UNIVERSIDAD DE MURCIA

DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Aspectos Esenciales del Período de Prueba: Formalización, Duración y Extinción (Transformación y Tendencias de una Institución Clásica)

D. Fermín Gallego Moya

2015

ASPECTOS ESENCIALES DEL PERÍODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO DE TRABAJO: FORMALIZACIÓN, DURACIÓN Y EXTINCIÓN (TRANSFORMACIÓN Y TENDENCIAS DE UNA INSTITUCIÓN CLÁSICA)

Tesis para la colación del grado de Doctor presentada por el Licenciado FERMÍN GALLEGO MOYA y realizada bajo la dirección de la Dra. Dña. Carmen SÁNCHEZ TRIGUEROS, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia.

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS 10

INTRODUCCIÓN 14

1. Alcance y metodología de la investigación 14
   a. Objeto material 14
   b. Objeto formal 19
2. Contenido de la tesis 22
   a. Estructura 22
   b. Fuentes formales 32
3. Elaboración de la memoria 34
   a. Elección del tema 34
   b. Otras cuestiones 36

I. CUESTIONES GENERALES 39

1. Delimitación del período de prueba 39
   a. Estabilidad en el empleo 39
   b. Funcionalidad teórica y real de la institución 42
   c. Naturaleza jurídica 48
2. Regulación 56
   a. Antecedentes y evolución 56
   b. Cuadro de fuentes estatales 67
   c. Normación internacional 70
   d. Papel de los convenios colectivos 76
3. Derechos y obligaciones durante la prueba 80
   a. La experimentación como presupuesto legitimador de la prueba 80
   b. Aplicación del resto de instituciones laborales 86
   c. Especificidad de la figura 88
   d. Seguridad social 93
      a. Cotización durante el período de prueba 93
      b. Prestación por desempleo 94
4. Efectos de la superación 107
   a. Consolidación de la relación laboral y cómputo de antigüedad 108
   b. Consecuencias de la falta de alta en seguridad social por tiempo igual al período de prueba que pudiera establecerse legalmente 109
   c. Límites a la resolución por ineptitud sobrevenida 112
5. La negociación colectiva 114
   a. Introducción 114
   b. Elección de la fórmula de regulación. Remisión al precepto legal o detalle del régimen jurídico 116

c. Establecimiento del período de prueba y formalidades 117
d. La obligatoriedad del período de prueba en los términos establecidos por el convenio colectivo 118
e. Duración del período de prueba. Criterios de graduación 120
f. Referencia a las experiencias propias del contrato a prueba 124
g. Reconocimiento general de derechos y obligaciones 126
h. Singularidades en función de la modalidad de contratación 130
i. La interrupción del período de prueba. Supuestos y efectos 132
j. Tratamiento de contrataciones anteriores. Restricciones o limitaciones en función de la relación previa de trabajo 135
k. Libertad de resolución del contrato durante el período de prueba 139
l. Aspectos varios 142
m. Recapitulación 143

II. FORMALIZACIÓN 147

1. Compromiso expreso 147
a. La voluntad bilateral como requisito esencial 147
b. Previsiones normativas o convencionale imponiendo la prueba 148
c. Irrevocabilidad del consentimiento 150
2. Compromiso inicial 153
a. Determinación del momento de la génesis 153
b. Efectos del período de prueba sobrevenido 154
c. Referencias a los "períodos de prueba" al novarse el contrato 157
3. Compromiso escrito 159
a. Regla general: alcance y consecuencias 159
b. Supuestos especiales 162
4. Recapitulación 165

III. DURACIÓN 168

1. Reglas generales 168
a. Establecimiento de plazos máximos y dispositivos 168
b. Límites a la negociación colectiva e individual 171
c. Cómputo de los plazos 177
2. Supuestos particulares 180
a. Duración coincidente de la relación laboral y de la prueba 180
b. Período de prueba superador de los límites temporales legales o convencionales 182
c. Supuestos de suspensión contractual 186
d. Paralización del cómputo de la prueba 190
3. Supuestos de previo conocimiento de las cualidades del trabajador 195
a. Supuestos de recontratación 196

a. Identidad del empleador 196
b. Novaciones en el empleador, sucesión de empresas y etts 201
c. Identidad de funciones 202
d. Inocuidad de la previa modalidad contractual 204

b. Alcance temporal de la prohibición 206
a. Separación entre los distintos contratos 206
b. Brevedad de la prueba precedente 208

c. Existencia de previos procesos selectivos, cursos o pruebas no superadas 211
a. En empresas privadas 211
b. En el sector público 213
c. No superación de previo periodo de prueba 217

d. Recapitulación 218

4. Modalidades contractuales y supuestos especiales 220
a. Contratos temporales 220
b. Contratos a tiempo parcial 225
c. Contratos formativos 228
a. Contrato de trabajo en prácticas 229
b. Contrato para la formación 232

d. Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores 234
a. Regulación legal y justificación del supuesto 234
b. Funcionalidad del período de prueba 236
c. Criterios iniciales de los tribunales ordinarios 239
d. Perspectiva constitucional. La stc 119/2014, de 16 de julio 249
e. Panorama judicial tras la stc 119/2014, de 16 de julio 254
f. La valoración empresarial de la viabilidad económica del contrato. La stc 8/2015, de 22 de enero 261
g. Perspectiva comunitaria. La stjue de 5 de febrero de 2015 (asunto c-117/14) 262
h. Posibilidades actuales ¿control de convencionalidad versus control de constitucionalidad? 264
i. Últimos pronunciamientos reseñables 266
j. La stc 140/2015, de 22 de junio 271

e. Relaciones laborales especiales 279
a. Personal de alta dirección 280
b. Servicio del hogar familiar 287
c. Penados en instituciones penitenciarias 291
d. Deportistas profesionales 294
e. Artistas en espectáculos públicos 297
f. Representantes de comercio y mediadores 299
g. Trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo 301

h. Estibadores portuarios contratados por las sociedades anónimas de gestión de trabajadores portuarios para realizar actividades integradas en el servicio portuario de manipulación de mercancías 306
i. Residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud 309
j. Abogados en despachos (individuales o colectivos) 311
f. Empleados públicos 313
a. En general 313
b. Personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares . 320
g. Socios trabajadores de cooperativas 324
h. Trabajadores sujetos a pactos de permanencia o no competencia 327
i. A modo de conclusión 335

IV. EXTINCIÓN DEL CONTRATO 341

1. El vector temporal 341
a. Momento hábil para el desistimiento: durante el transcurso del período de prueba 341
b. Ausencia de preaviso 343
2. El vector formal 348
a. Inexigibilidad de forma escrita 348
b. Comunicación a los representantes de los trabajadores 350
c. Inexigibilidad de causa 355
d. Utilización del desistimiento como sustituto irregular de la extinción formal 361
e. Recapitulación 365
3. El vector constitucional 367
a. Regla general: desistimiento y respeto a los derechos fundamentales 367
b. Protección del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo de la mujer trabajadora 375
c. Protección de los derechos fundamentales: indicios e inversión de la carga de la prueba 383
d. La nulidad objetiva *ex lege* en ciertos despidos y el desistimiento 387
a. Doctrina judicial 393
b. Doctrina del tribunal supremo 394
c. Doctrina del tribunal constitucional 398
e. Otros supuestos reseñables 402
f. Consideraciones críticas 404
4. Desistimiento durante la incapacidad temporal 407
a. Planteamiento general 407
b. Límites a la decisión empresarial 409
c. Incapacidad temporal derivada de enferemedad común y vulneración de derechos fundamentales 410
a. Cuestiones generales 410
b. Licitud inicial del desistimiento 414

c. Inocuidad de la causa de la incapacidad temporal 416
d. Consideraciones finales 418
5. Fenómenos interempresariales 420
a. Sucesión empresarial 421
b. Cesión ilegal de trabajadores 434
c. Empresas de trabajo temporal 437
d. Recapitulación 449
CONCLUSIONES 454
BIBLIOGRAFÍA 467
ANEXOS 483
1. Relación de sentencias examinadas 483
2. Relación de convenios colectivos examinados 501

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AL Actualidad Laboral

AN Audiencia Nacional

ANL Accidente No Laboral

AS Aranzadi Social

ASEC Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos

Art. Artículo

AT Accidente de Trabajo

ATS Auto del Tribunal Supremo

Bibl. Cit. Bibliografía citada

BOE. Boletín Oficial del Estado

CC. Código Civil

CCiv. Código Civil

CCAA comunidades Autónomas

CCol. Convenio Colectivo

CCom. Código de Comercio

CE. Constitución Española

CES. Consejo Económico y Social

cfr. Confróntese

CGPJ. Consejo General del Poder Judicial

D. Decreto

DAAB. Real Decreto de inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones en el sistema de la Seguridad Social

DGT. Dirección General de Trabajo

Dir. Directiva

DOCE Diario Oficial de la Comunidad Europea

DOUE Diario Oficial de la Unión Europea

EBEP Estatuto Básico del Empleado Público

EC Enfermedad Común

Ed. Editorial

E. de M. Exposición de Motivos

EM Equipo Multiprofesional

EP Enfermedad Profesional

EPA Encuesta de Población Activa

ERE Expediente de Regulación de Empleo

ET Estatuto de los Trabajadores (RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo)

ETT Empresa de trabajo temporal

FD Fundamento de derecho

FOGASA Fondo de Garantía Salarial

INEM Instituto Nacional de Empleo

INSS Instituto Nacional de la Seguridad Social

IT Incapacidad temporal

JS Juzgado de lo Social

JUR. Jurisprudencia Aranzadi

L. Ley

LCoop. Ley de Cooperativas

LCT Ley de Contrato de Trabajo (Decreto 26 enero 1944)

LEBEP. Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril)

LEC Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero)

LETA Ley 20/2007, de 11 de julio (Estatuto del Trabajo Autónomo)

LETT Ley de Empresas de Trabajo Temporal (Ley 14/1994, de 1 de junio)

LGSS Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RDLeg. 1/1994)

LO Ley Orgánica

LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 1 de julio de 19985)

LOTC Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LO 30 de octubre de 1979)

LPGE Ley de Presupuestos Generales del Estado

LPL Ley de Procedimiento Laboral (RDLeg 2/1995, de 7 de abril)

LPRL Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1985, de 8 de noviembre)

LRJS Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social

LRL Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976

MTIN Ministerio de Trabajo e Inmigración

O. Orden

OIT Organización Internacional del Trabajo

OM Orden Ministerial

Op. Cit. Obra citada

RD Real Decreto

RDL. Real Decreto-Ley

RDLeg. Real Decreto Legislativo

RDT Revista Española de Derecho del Trabajo

Rec. Recurso

RDPAD. RD 1382/1985, del Personal de Alta Dirección

RETA Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

RGD Revista General de Derecho

RJ. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi

Res. Resolución

RL Relaciones Laborales

RTSS Revista de Trabajo y Seguridad Social

S. Sentencia

SAGEP Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios

SMAC Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación

SMI Salario Mínimo Interprofesional

SPEE Servicio Público de Empleo Estatal

SS. Sentencias

TC Tribunal Constitucional

TCT Tribunal Central de Trabajo

TCE Tratado de la Comunidad Europea

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TFUE Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TGSS Tesorería General de la Seguridad Social

TJCE Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS Tribunal Supremo

TSJ Tribunal Superior de Justicia

UE Unión Europea

Vid. Véase

Vol. Volumen

VVAA. Varios Autores

INTRODUCCIÓN

1. ALCANCE Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

A. OBJETO MATERIAL

El objetivo de este trabajo es ofrecer una visión actualizada, desde un punto de vista práctico y útil para el operador jurídico, de una institución, el período de prueba, que siendo muy reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, está escasamente regulada (al menos desde las fuentes "legales"), y en un proceso que, más allá de la evolución lógica experimentada por toda institución jurídica, podríamos definir de "transformación"[1], planteándose no pocas dudas, que he tratado de identificar y ordenar sistemáticamente, para aparejarles la respuesta actualizada de nuestros Tribunales.

En efecto, quien no ha tenido la ocasión de acercarse a esta institución, ya desde un punto de vista académico, ya desde la defensa en juicio de intereses particulares, puede tener la impresión de que el contenido del período de prueba incorporado al contrato de trabajo apenas representa la obligación de empresario y trabajador de experimentar el mismo al objeto de comprobar si las cualidades mutuas satisfacen sus expectativas, y poder desistir libremente del vínculo laboral, antes de su transcurso, sin las "ataduras" propias de las decisiones extintivas que se tuvieran que acometer ulteriormente.

Sin embargo, al encajar esta institución en el engranaje propio de las relaciones laborales, y dentro de ellas, en las de contenido más complejo, surgen innumerables problemas de articulación, que he intentado abordar en este trabajo. Para ello, he dejado de lado la riquísima perspectiva histórica, así como el enfoque doctrinal (reservado a quienes atesoran un conocimiento real de la materia que les permite ofrecer un análisis original), tratando de ofrecer una visión rigurosa desde el punto de vista jurisprudencial y, en menor medida, desde el análisis de los convenios colectivos, ya que éstos carecen de interés general, al quedar aquellos limitados al concreto ámbito que acotan.

El período de prueba, como institución asentada en nuestra práctica jurídica (por mucho que su inclusión, con carácter general, para las relaciones de trabajo ordinario, provenga de la Ley de Relaciones Laborales de 1976) se justifica, al menos teóricamente, en la

[1] El art. 14 ET fue objeto de una profunda reforma por la Ley 11/1994, de 27 de diciembre, habiendo sido retocado también por el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre y, aunque desde un punto de vista muy concreto, el contrato de emprendedores, ha sido "expandido" en su funcionalidad por los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional en SSTC 119/2014, 19/2015 y 140/2015.

necesidad de que aquellos que se van a vincular de forma definitiva o a término (tiene más sentido en las relaciones de trabajo duraderas, por motivos obvios) puedan realizar un auténtico "ensayo" de la relación de trabajo, durante el tiempo que aquél se estime necesario, y dentro del marco legal y convencional marcados, para adquirir un conocimiento suficiente de las condiciones y cualidades de la contraparte que, en presunción de un mantenimiento ulterior, determinen su decisión de consolidar el vínculo, eliminando la precariedad en que se vino encontrando durante su fase inicial (que, en contra de lo que pudiera creerse, no puede generalizarse como de corta duración). El resultado insatisfactorio de la prueba determinará, contrariamente, la decisión de desistir del contrato, de manera libre, acausal, informal y no condicionada económicamente al pago de indemnización o compensación alguna (a excepción, todo esto, de lo que los convenios colectivos dispongan, en complemento a la escasa regulación sobre la materia).

Escasa regulación que (dejando de lado lo dispuesto para el contrato de trabajo en prácticas, el contrato indefinido de apoyo a emprendedores y las distintas relaciones laborales especiales) viene contenida en un precepto, el art. 14 ET, cuyo régimen jurídico apenas acota la institución en la descripción de sus elementos esenciales.

En efecto, la letra de esta norma esencial, dividida en tres apartados, apenas viene a telegrafiar su carácter facultativo y exigencia de pacto expreso, que debe formalizarse por escrito y no superar unos plazos máximos, en atención a tipo de trabajador y tamaño de la empresa, que operarán solo en defecto de convenio colectivo, obligando a las partes a experimentar el objeto del contrato y a no suscribir pacto de prueba con quien desempeñó idénticas funciones en la empresa previamente (apartado 1); reconocer al trabajador todos sus derechos y obligaciones salvo los derivados de la resolución contractual (apartado 2); y determinar, como consecuencia de la superación del período de prueba, la adquisición de plenos efectos por el contrato incluido el cómputo de la antigüedad inicial, precisando, por último, que el período a prueba no se interrumpirá, salvo pacto expreso, en las situaciones suspensivas que indica (apartado 3).

Sobre estos (no débiles, pero sí escasos) cimientos, se eleva la construcción de esta figura que, de manera generalmente escueta, acometen los convenios colectivos (habilitados legalmente no sólo para sustituir a la norma en el establecimiento de la duración máxima del período de prueba, sino para completar el resto de aspectos, con una definición más detallada) y, con carácter expansivo por su ámbito general, nuestros

Tribunales, al dotar de contenido a la figura analizada con motivo de la resolución de los diferentes conflictos que ésta genera. Conflictos que, en la mayoría de los casos derivan, como es obvio, de la impugnación, como despido, del acto empresarial de desistimiento, para lo que es preciso invocar, bien la ineficacia del pacto de prueba, bien la utilización desviada o abusiva del desistimiento.

Y es que, en efecto, la variedad de matices de esta institución no permite ocultar una realidad: que generalmente reparamos en su contenido desde la perspectiva del desistimiento, de manera que, si no existiera la posibilidad extintiva *ad nutum* atribuida a las partes del contrato, la figura del contrato durante la fase de prueba no tendría apenas interés. En este sentido, el estudio de la "formalización" de la prueba (momento, requisitos, etc.) es importante, pero desde el punto de vista de que su carácter defectuoso anularía el pacto y, con él, la extinción por desistimiento; la "duración" del periodo de prueba también lo es, sin duda, pero igualmente solo en la medida en que un exceso en la misma (por las diversas vías que lo pueden provocar: superar los límites del convenio, anudarse a un vínculo previo, etc.) invalidaría igualmente la facultad empresarial de desistimiento. Por tanto, para analizar la validez de la "extinción" habremos de analizar no sólo si ésta se adecua a sus propias exigencias, sino si el pacto de prueba aparece convenientemente suscrito en cuanto a su forma y duración.

Y en este contexto, se plantean diariamente interrogantes que las reglas del art. 14 ET no resuelven por sí solas, sino a través de la interpretación judicial, por otra parte, en constante evolución (de ahí la conveniencia de estos trabajos de actualización). Y así, es la reiteración de una solución concreta ante cada uno de estos interrogantes la que marca la tendencia de nuestra institución y nos permite ofrecer una respuesta que, no obstante, solo podrá tenerse por "válida" en la medida en que se ciña a un momento concreto y se desenvuelva, además, en los límites acotados por la doctrina unificada del TS.

Por lo demás, y ahora desde un punto de vista más general o pórtico de entrada a las cuestiones más particulares, a lo largo del presente trabajo hemos pretendido fomentar el debate de cuestiones que, en modo alguno, tienen una respuesta clara o definitiva:

- ¿Hasta qué punto las previsiones de los convenios colectivos que introducen exigencias formales para la constitución del pacto de prueba, o para el propio acto de desistimiento, determinan la ineficacia de éste? ¿Puede admitirse por

esta vía la desnaturalización de una institución justificada por su marcado carácter informal?

- ¿Existe la posibilidad de introducir una cierta exigencia de "motivación" en el acto de desistimiento? ¿Están nuestros negociadores colectivos despreciando la posibilidad de "racionalizar" la institución, otorgándole una mayor seguridad jurídica? ¿O ello supondría eliminar la esencia que lo justifica?

- ¿Hasta qué punto es nuestra regulación del período de prueba respetuosa con las declaraciones y principios contenidos en la normativa internacional y comunitaria? ¿Podría restringirse por esa vía la duración excesiva del pacto de prueba, su falta de motivación o la inexigencia de todo requisito formal en el desistimiento?

- ¿Qué contenido tiene el deber de experimentación impuesto a las partes? ¿Realmente no derivan, ni pueden exigirse, consecuencias ante su incumplimiento? ¿Podría exigirse una justificación del desistimiento por el resultado negativo de la experimentación?

- ¿Cuáles son los derechos que realmente mantiene el trabajador durante la fase de prueba? ¿Por qué la ley no considera al mismo como integrante de la "plantilla" hasta que no supera la fase probatoria?

- ¿No existe la posibilidad de acomodar la duración del período de prueba sin acudir necesariamente al abuso de derecho en la propia contratación?

- ¿Son suficientes unas únicas reglas de prueba para la diversa tipología de nuestras relaciones laborales (contratos indefinidos y temporales, a tiempo parcial, fijos discontinuos, etc.) o debiera desarrollarse reglamentariamente esta materia? ¿Por qué no acometen los convenios, generalmente, dicha misión?

- ¿Cuál es la razón por la que el legislador supedita la interrupción de la prueba al compromiso expreso de las partes en los supuestos de suspensión contractual del art. 14? ¿Tiene realmente sentido admitir, no obstante la interrupción, la posibilidad de accionar la facultad resolutoria?

- ¿Tiene garantizados el trabajador a prueba sus derechos fundamentales? ¿Hasta qué punto puede, desde esta perspectiva, controlarse la "acausalidad" en el desistimiento del empresario?

- ¿Hay base suficiente para excluir el período de prueba de la protección que otorga a las mujeres embarazadas la nulidad objetiva del art. 55.5 ET? ¿No es un retroceso "condenarlas" a utilizar la vía causal? ¿Y en este caso, por qué no es siempre considerado el conocimiento empresarial del embarazo como indicio suficiente para invertir las reglas procesales de la prueba?

- ¿Hemos de asumir que la decisión empresarial de desistir del contrato, por la mera constatación de enfermedad o accidente del trabajador que conlleve inicio de incapacidad temporal, queda justificada desde una perspectiva "lógica" de recursos humanos? ¿Renunciamos, por tanto, a considerar que dicho comportamiento puede invadir, en ocasiones, el ámbito constitucional?

- ¿Desnaturaliza la institución del período de prueba su inclusión, con dicha naturaleza jurídica, en el contrato de apoyo a emprendedores? ¿No habría sido más correcto articular una figura distinta, sin las connotaciones de experimento inherentes a la prueba? ¿No es absolutamente extraño al período de prueba la finalidad de verificar la viabilidad económica del puesto de trabajo (interpretación extensiva del TC en esta modalidad contractual)?

- ¿Están nuestros tribunales erosionando la regla estatutaria que anula el pacto de prueba a quien ya prestó idénticos servicios, con interpretaciones cada vez más restrictivas de dicha regla, basadas en la lejanía del viejo contrato, en la breve duración del mismo, o en la artificiosa distinción de cometidos?

- ¿Cómo compaginamos el derecho del nuevo empresario, por subrogación, de conocer las aptitudes y cualidades del nuevo trabajador (mediante un período de prueba) con el respeto al principio de estabilidad en el empleo de éste, que lo debiera impedir? ¿Son coherentes las soluciones que permiten al empresario que consintió la cesión ilegal utilizar la facultad de desistimiento que se le "cede"?

- ¿No es acuciante reglamentar el período de prueba en las empresas de trabajo temporal, para garantizar la estabilidad en el empleo del colectivo de trabajadores puestos a disposición?

- ¿No se muestran aún más escasas las reglas estatutarias, cuando se tienen que aplicar al trabajo en la Administración Pública? ¿Puede mantenerse aquí el principio de acausalidad e informalidad en el desistimiento? ¿Debiera darse un trato homogéneo e impeditivo del período de prueba, a la superación de procedimientos selectivos previos?

La lectura de este trabajo debiera, pues, ofrecer una visión general de las tendencias e interrogantes que plantea esta figura, así como de la posición actualizada de nuestros Tribunales ante los mismos, objetivo éste que no impide, en cualquier caso, la inclusión, por nuestra parte, de valoraciones y propuestas que también pueden encontrar su encaje, si bien con una relevancia para el lector claramente secundaria.

B. OBJETO FORMAL

Al tiempo que determiné el objeto de la tesis (por los motivos que se indicarán seguidamente), decidí dotarla de un enfoque eminentemente práctico, cercano, a su vez, a mi ámbito profesional como abogado laboralista (que compagino con la labor docente como profesor asociado de Derecho del Trabajo de la Universidad de Murcia). No ha sido, por tanto, intención de este trabajo realizar un análisis historicista del período de prueba, ni abordar la institución desde un enfoque doctrinal, pues en ambas áreas existen aportaciones muy cualificadas a cuya mejora difícilmente habría contribuido.

Entiendo que esta visión "práctica" es realmente útil, porque existen muchos y muy interesantes temas que tienen que ver, directa y tangencialmente, con el período de prueba, y que solo pueden enfrentarse desde el conocimiento detallado de la institución (el conocimiento de su raíz teórica es lo que permite definir vías de actuación novedosas), completado con el de la actualidad y tendencias de la actividad jurisdiccional.

Para acometer el estudio del período de prueba, como es obvio, hemos acudido a las fuentes legales, al análisis doctrinal y a la respuesta judicial. Es cierto que nos encontramos con un precepto, el art. 14 ET, muy parco en su regulación; sin embargo, existe una abundante producción doctrinal, que permite recorrer diversas sendas de análisis, además de que, con frecuencia, las temáticas se "refrescan" al hilo de pronunciamientos judiciales que apuntan en direcciones hasta ese momento no vislumbradas.

Cada una de estas sentencias apunta un nuevo problema, un enfoque o una materia que se abre al debate. El interés por la institución se incrementa. Un artículo o comentario doctrinal sugiere, a su vez, nuevos enfoques que, enseguida encuentran respuesta. Los pronunciamientos judiciales son abiertamente contestados por la doctrina, que no muestra nunca una actitud pasiva o acomodaticia. Los propios órganos jurisdiccionales "pugnan" entre ellos. Los componentes de una misma Sala defienden, con vehemencia su posición. Muchas veces, los votos particulares superan en calidad a la postura mayoritaria. Y la historia se repite en un tema, otro, y otro más. La perspectiva sobre la relación entre derechos fundamentales y período de prueba; los límites entre libertad resolutoria y arbitrariedad; la rebeldía ante posturas que vacían de contenido la experimentación durante la prueba, privando de efectos al incumplimiento, etc. Un autor cita al contrario y éste, a su vez, a aquel que mantiene una postura intermedia. Todo se imprime, se lee, se subraya y se anota.

A estas alturas, se es ya consciente de la necesidad de acotar los aspectos de mayor interés, procurarse la mayor bibliografía posible y decidir qué se quiere añadir. Los manuales clásicos y monografías sobre el tema han sido objeto de lectura obligada. Incluso las obras más alejadas, no sólo en el tiempo, sino también en su enfoque, han mostrado un valor incalculable, pues, desconociendo, siquiera sea básicamente, los antecedentes históricos de una institución, es difícil entenderla en su versión más actual. A su vez, la lectura, pausada, de buenos pasajes doctrinales, incluso de aquellos que se remontan a la pugna por la naturaleza jurídica de la institución, ha ofrecido un aporte riquísimo y muy válido para quien, acuciado por la "prisa" de toga y reunión, apenas se había planteado el porqué de la institución muchas veces aplicada (ese enfoque es el que permite al jurista trascender la letra y extraer de ella lo que ésta quería ser).

Estas obras generalistas sirven, además, para ir confeccionando un esquema de temas que se consideran esenciales, y que luego será objeto ampliación. A su vez, cada artículo doctrinal, deteniéndose en uno de los múltiples temas a tratar, ofrece una visión aún más amplia y actualizada. La idea es poder agrupar dichas aportaciones por temas, y, a su vez, ir ampliando cada tema con las diferentes perspectivas.

Dichas aportaciones puntuales, a la vez, contienen referencias jurisprudenciales; en muchas ocasiones el propio artículo es consecuencia de la Sentencia que comenta. No importa sólo la "jerarquía" del Tribunal, sino el tema, la novedad o la valentía en el planteamiento, convertida en tendencia, si es seguida por nuevos pronunciamientos. Por

su parte, las sentencias, al margen de la aportación de nuestros jueces, se nutren de aportaciones doctrinales a las que, sin quererlo, vienen a "cualificar". Cada una de estas sentencias tiene valor por lo que dice y, a su vez, por las reacciones que desencadena. Las bases de datos se revelan, a través de la red, como una herramienta magnífica, al transportarte de una a otra resolución; desde la que aplica el mismo criterio hasta la que lo hace en sentido contrario; de la que muestra una "cierta" relación, que no conoceremos hasta clicar en el enlace, hasta aquella que apenas confirma o revoca la que consultamos. En este contexto, lo que apenas había de ser una rápida consulta de una fecha, un Tribunal o un Ponente, se convierte en un fructífero paseo, a veces sin rumbo, que finaliza varias horas después con nuevas ideas, nuevos apuntes, nuevas referencias que seguir analizando.

Afortunadamente, sin apenas poder darte cuenta, has llegado a ese momento en el que logras desprenderte del mayor temor: ¿habremos acertado en el tema? ¿Contaremos con "material" suficiente para elaborar el trabajo? Una vez que has respondido afirmativamente y sabes que el período de prueba no puede abarcarse desde todas las perspectivas que ahora sí sabes existen, ha de afinarse en la elección precisa de los temas a tratar y de aquellos que se deben descartar.

En nuestro caso, la formalización del pacto, la duración de la prueba y la extinción del contrato, nos parecieron los temas esenciales, y el desarrollo dado, a su vez, a cada uno de ellos, creemos que otorga a este trabajo un enfoque amplio, aunque, sin duda, existan otras cuestiones que quizás habrían podido encajar también en nuestro estudio. Como dijimos inicialmente, no ha sido objetivo de estas páginas posicionarnos en torno a polémicas doctrinales clásicas, sino entrar de lleno en los problemas aplicativos de la institución probatoria.

En cuanto al análisis desde las fuentes, hemos manejado, obviamente, los textos básicos (Estatuto de los Trabajadores), la normativa de las distintas relaciones laborales especiales y modalidades contractuales, así como los convenios colectivos. Con respecto a estos últimos, había que definir el ámbito de la consulta, y lo hemos hecho optando por un estudio actualizado de los convenios colectivos estatales, lo que nos ha parecido suficiente para dar un enfoque amplio y válido de cómo la negociación colectiva ha aprovechado la habilitación legal expresa (en cuanto a la fijación de la duración) y su propia funcionalidad como fuente para resolver las grandes dudas que antes se apuntaron. Obviamente, un descenso pormenorizado a convenios colectivos de

ámbitos inferiores habría excedido el objeto de este trabajo, además de ofrecer un resultado más "localista" y entiendo que menos valioso.

Tampoco hemos considerado conveniente abordar la institución probatoria desde el marco que ofrece el Derecho Comparado, renuncia que se ha basado en las mismas causas: superar la extensión del trabajo y ofrecer un resultado más teórico que práctico, ciertamente interesante pero menos valioso para el operador jurídico.

En fin, aprovechando la facilidad que otorga el acceso a los distintos materiales, y realizando un análisis detenido de los mismos, creemos haber detectado la mayoría de cuestiones que actualmente son objeto de polémica doctrinal y judicial, aislando cada materia por su pertenencia a una temática concreta y ofreciendo la respuesta que nuestros órganos jurisdiccionales brindan, en un ejercicio de sistematización y actualización.

2. CONTENIDO DE LA TESIS

A. ESTRUCTURA

El presente trabajo se estructura en cuatro títulos, con sus respectivos capítulos, precedidos de una introducción, a los que se adiciona un apartado de conclusiones, además de dos anexos.

En cuanto al título del trabajo ["Aspectos esenciales del período de prueba: formalización, duración y extinción (Transformación y tendencias de una institución clásica)], creo, honestamente, que éste cumple la misión de reflejar el contenido que anuncia; efectivamente, no se aborda el período de prueba en todos sus aspectos, sino sólo desde aquellos que consideramos esenciales: la formalización (¿en qué casos será válida su estipulación?), la duración (aspecto central, en cuanto determina el mantenimiento durante su transcurso de una situación claramente mermada en derechos, desde la perspectiva del trabajador); y su extinción (el acto de desistimiento empresarial como desencadenante de la mayoría de procedimientos judiciales, analizándose a partir del mismo, la propia validez del pacto de prueba).

En una breve introducción damos cuenta del propósito de este trabajo, de la metodología utilizada en su elaboración (en la que hemos pretendido relacionar las distintas aportaciones teóricas, combinadas, a su vez, con la respuesta judicial, lo que ha permitido "aislar" temáticas con entidad propia), de la estructura y fuentes formales y,

por último, de los motivos por los que se ha elegido el período de prueba como objeto de estudio (la necesidad de poner al día una institución de plena actualidad, en fase de transformación, y que desde el punto de vista práctico despierta un indudable interés).

El título I dedicado a "Cuestiones generales" se divide en cinco capítulos.

El capítulo 1 es el encargado de delimitar la institución relacionándola con su principal antagonista: el principio de estabilidad en el empleo (apartado A). Seguidamente, se da cuenta de la facilidad con la que este instituto permite al empresario burlar su funcionalidad "teórica", mediante un uso más "realista" (e irregular) del período de prueba (apartado B). Y, finalmente, desde una visión teórica, anuncia las discrepancias en nuestra doctrina acerca de la naturaleza jurídica que haya de darse al período de prueba, aspecto teórico que, sin embargo, tiene ciertas consecuencias prácticas que se examinan (apartado C).

El capítulo 2 nos acerca al período de prueba desde su propia regulación, esto es, desde el aspecto positivo de la figura. Hacemos un breve repaso (apartado A) a los antecedentes y evolución del instituto (desde su recepción parcial en la Ley de 17 de julio de 1911, hasta la versión actualizada de 2013, destacando la omisión que del período probatorio en las relaciones comunes se da en nuestra normativa hasta la Ley de Relaciones Laborales de 1976). Acto seguido (apartado B), identificamos aquellas fuentes estatales que regulan la institución, con claro protagonismo de un precepto estatutario (art. 14), completado con otras normas, algunas de gran calado. Las fuentes supranacionales (apartado C), también son objeto de cita, por la aplicabilidad que tienen para el operador jurídico, tanto en la vertiente internacional como comunitaria. Y finalmente, se resalta el papel clave de los convenios colectivos (apartado D), en la regulación del período de prueba, en la medida en que éstos no solo complementan el escaso ordenamiento legal, sino que, por remisión expresa, lo han de sustituir en una materia capital como es su duración.

El capítulo 3 ("Derechos y obligaciones durante la prueba"), trata de colmar el vacío que el legislador propicia a través de un precepto (art. 14.2 ET) que se limita a declarar que, durante la fase de prueba, "el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes a su puesto de trabajo como si fuera de plantilla…". Así, hacemos referencia (apartado A) a la experimentación del contrato, como presupuesto legitimador del pacto de prueba, destacando la paradoja que supone no vincular aquellas

experiencias al posterior acto resolutorio. Concretamos, seguidamente (apartado B), que el contrato durante la prueba reclama la aplicación del resto de instituciones laborales, con independencia (apartado C) de su clara configuración como figura específica y no reconducible a esquemas generales, siquiera moldeados. Desde un punto de vista concreto (apartado D), analizamos los derechos y obligaciones en materia de cotización a la seguridad social y muy especialmente en prestaciones de desempleo, en los que el período de prueba, por la facultad extintiva *ad nutum*, ofrece múltiples posibilidades de uso fraudulento e irregular, lo que ha provocado una restrictiva respuesta legislativa y considerable litigiosidad judicial. Por lo demás, también se analiza la aparente descoordinación entre una normativa que postula la informalidad en el acto de desistimiento (que puede ser verbal) y otra que exige la acreditación de la situación legal de desempleo en el acceso a las prestaciones, lo que se soluciona, por la vía reglamentaria, estableciendo una documentación *ad hoc* del desistimiento, absolutamente independiente del acto por el que éste se haya acordado.

El capítulo 4 examina los efectos de la superación del período de prueba, esto es, las consecuencias de su transcurso, aceptado por las partes que deciden no desistir del contrato. El primero de ellos (apartado A), la consolidación de la relación laboral, que adquiere "plenos efectos" (en desafortunada expresión legislativa que se analiza). El segundo (apartado B), el cómputo de la antigüedad, que ha de entenderse a todos los efectos y que plantea ciertos problemas de interés. Finalmente (apartado C), los límites que, en orden a un ulterior despido por ineptitud sobrevenida, representa para el empresario haber "aceptado" la superación, por el trabajador, de la fase de prueba.

El capítulo 5, dedicado a la negociación colectiva, pretende ser un ejemplo de lo que, con carácter general, se había anunciado, esto es, del papel protagonista de la negociación colectiva en la delimitación del contenido del período de prueba, no sólo en el establecimiento de su duración máxima, sino en el resto de aspectos apenas tratados por la normativa estatutaria. Y así, en este análisis de los convenios de ámbito estatal (incorporar otros ámbitos habría excedido el objeto de este trabajo), tras un introductorio apartado A, hemos revisado el quehacer de los negociadores colectivos, a la hora de: elegir la fórmula de regulación, con mayor o menor remisión al régimen jurídico estatutario (apartado B); incorporar formalidades al establecimiento del período de prueba, más allá de su necesario carácter escrito (apartado C); establecer, pese a su censura por los tribunales, el carácter obligatorio de la prueba como consecuencia

directa del propio convenio (apartado D); fijar la duración del período de prueba y, en su caso, la existencia y detalle de los criterios de graduación de aquellos (apartado E); concretar el contenido de las experiencias propias del contrato durante la prueba (apartado F); detallar el contenido de los derechos y obligaciones que mantiene el trabajador durante esta fase (apartado G); singularizar el período de prueba en función de la modalidad de contratación -contratos temporales, a tiempo parcial, fijos discontinuos, etc.- (apartado H); decidir los supuestos suspensivos en que se interrumpe el período de prueba y, en su caso, los efectos de la interrupción (apartado I); restringir o limitar, y en qué casos, la imposición de pacto de prueba en supuestos de contratación anterior (apartado J); condicionar la libertad resolutoria durante la prueba al cumplimiento de requisitos adicionales (apartado K); y abordar aspectos varios (apartado L).

El título II analiza la formalización del período de prueba, esto es, los requisitos sin los cuales el pacto de prueba carece de validez, abordando en tres capítulos, cada una de estas exigencias y las consecuencias del incumplimiento, en diferentes grados, de las mismas.

El capítulo 1 ("Compromiso expreso") explicita la necesidad de que el pacto de prueba se incorpore por las partes, de manera voluntaria, esto es previo concurso consciente y bilateral de someter la fase inicial del contrato a una experimentación que determinará el mantenimiento ulterior del vínculo (apartado A), compromiso que (apartado B) es independiente del que pueda preverse, aún con carácter obligatorio, en el convenio colectivo de aplicación (pese a su unánime rechazo por los Tribunales, son muchos los convenios que pretenden disponer de dicha facultad) y que, una vez otorgado (lo que implica cualquier modo de participación en la decisión, siempre que no concurran vicios que lo invaliden) será irrevocable, pese a la posibilidad de rehabilitación previo nuevo concurso de voluntades (apartado C).

El capítulo 2 ("Compromiso inicial"), analiza el elemento temporal que ha de respetarse en la constitución del pacto de prueba, por definición sólo incorporable *ab initio*, esto es, con carácter simultáneo al comienzo de la prestación laboral (apartado A), de manera que (apartado B), la incorporación tardía conllevará su nulidad, por constituir renuncia ilícita del adquirido derecho a no ver resuelta la relación laboral por desistimiento *ad nutum* de la contraparte (no obstante lo cual, dicho efecto es a veces objeto de matización jurisprudencial, en atención al poco tiempo transcurrido entre el

inicio del contrato y la formalización del pacto); por lo demás, el carácter sobrevenido del pacto no lo invalida en los supuestos coincidentes con novaciones contractuales, si la no superación del mismo no conlleva la extinción *ad nutum*, sino sólo la no consecución del puesto al que se pretendía promocionar (apartado C).

El capítulo 3 ("Compromiso escrito") apunta al último de los requisitos, el que obliga a las partes a documentar por escrito el pacto de prueba, con independencia del eventual carácter verbal del propio contrato de trabajo, analizándose (Apartado A) el alcance y consecuencias de la omisión de la forma escrita: la ineficacia del pacto, que únicamente se excepciona en supuestos límite, como aquel en que es la propia actuación del trabajador la que obstaculiza o impide, con su negativa a suscribirlo por escrito, el cumplimiento de dicha formalidad *ad solemnitatem*. El apartado B analiza supuestos especiales relacionados con el cumplimiento de este requisito en relación con las previsiones convencionales.

El título III ("Duración") aborda una de las cuestiones más espinosas, la duración del pacto de prueba, y lo hace en cuatro capítulos que intentan sistematizar aquella problemática.

El capítulo 1 ("Reglas generales") aborda, en primer término (apartado A) la habilitación plena a los convenios colectivos para establecer la duración del período de prueba en su respectivo ámbito de aplicación, de forma que es el negociador colectivo el que habrá de establecer la duración máxima de aquel plazo, con el nivel de detalle que convenga, sustituyendo a la regulación legal, que solo actuará en defecto de aquel (siendo por tanto los plazos fijados en el art. 14 ET de carácter máximo y dispositivo). No obstante, existen límites en este ámbito, tanto para los convenios colectivos como para los propios contratantes (apartado B). Finalmente, se analiza la interesante cuestión del cómputo de los plazos, distinguiendo el carácter hábil o laborable de aquellos, las diferencias en su establecimiento por meses o días, las singularidades en contrataciones en las que la prueba no se realiza de manera uniforme, etc., análisis que obtiene un claro interés práctico desde el momento en que el cómputo que se realice puede determinar la conversión de un desistimiento en despido y viceversa (apartado C).

En el Capítulo 2 se analizan los supuestos particulares, ya generalizados, en los que la práctica judicial ha venido a validar actuaciones que parecerían vedadas o, al menos, de dudosa aceptación, si nos atenemos a la interpretación literal de la norma estatutaria.

Entre ellos (apartado A), la coincidencia entre la duración prevista para el contrato y el propio periodo de prueba (de forma que el trabajador estará expuesto durante todo su transcurso a la resolución empresarial libre y no indemnizada); (apartado B) los efectos de incorporar al contrato un período de prueba que supere los límites máximos establecidos por el convenio o, en su defecto, el ET (¿es nulo el pacto o solo el exceso?); los supuestos en que la suspensión del contrato lleva aparejada la interrupción del período de prueba (apartado C); la extensión de los efectos interruptivos del período de prueba (¿se mantiene también interrumpida la facultad de desistimiento *ad nutum*?) y la disposición de las partes sobre estos extremos (apartado D).

En el capítulo 3 ("Supuestos de previo conocimiento de las cualidades del trabajador") se aborda la esencia del período de prueba desde la perspectiva empresarial (período experimental con la finalidad de conocer las cualidades y aptitudes del trabajador antes de consolidar el contrato), en relación con la regla que prohíbe introducir un pacto de prueba en el contrato del trabajador cuyas cualidades se conocen y hacen innecesario, por tanto, acudir al instituto probatorio. En concreto, se analizan (apartado A), los supuestos de recontratación, esto es, de formalización de nuevo vínculo laboral con quien mantuvo un contacto previo, mostrando especial atención al tipo de funciones desempeñadas (¿qué grado de identidad se exige para vedar el nuevo pacto?, a la modalidad de contratación previa (¿sólo laboral, y, dentro de éstas, de cualquier tipo?) y a la identidad del empresario, originario o por subrogación. Se aborda, asimismo, el alcance de la prohibición de inclusión del nuevo pacto de prueba, desde la perspectiva temporal, de donde se acepta que una amplia separación entre los contratos o la escasa duración del vínculo precedente, puede matizar aquella limitación inicial (apartado B). Y, finalmente, se analiza la incidencia que, en la fijación del período de prueba, puede representar el hecho de que el trabajador haya superado, previamente a su contratación, pruebas selectivas o cursos de capacitación (que, a priori, debieran limitar el sometimiento del contrato a experimentación), diferenciando, a su vez, el carácter público o privado de los mismos, así como la circunstancia de que, en sentido contrario, la contratación venga precedida de la no superación, para dicha empresa, de un período de prueba anterior (apartado C).

El capítulo 4 ("Modalidades contractuales y supuestos especiales") muestra cómo, pese a existir un tronco común en materia de prueba, representado por el art. 14 ET, las singularidades de algunas modalidades contractuales o la especialidad propia de cada

relación laboral especial, llevan al legislador a establecer matices relevantes. En ese contexto se analizan (apartado A) los contratos temporales (desde la propia posibilidad de inclusión de pacto de prueba, pasando por las reglas de proporcionalidad, hasta la autorización de uso ilimitado sólo restringido por su eventual carácter abusivo). Los contratos a tiempo parcial por su formato peculiar (por horas, por días, con carácter fijo discontinuo, etc.) reclaman, pese al silencio del legislador, soluciones flexibles que permitan la experimentación de la prueba, concebida indistintamente para cualquier tipo de contrato, soluciones que otorga la Jurisprudencia (apartado B). En materia de contratos formativos, se analizan los contratos para la formación (cuyo régimen no varía con respecto al ordinario) y los contratos de trabajo en prácticas, para el que el legislador ha introducido algunas reglas especiales (apartado C). En el apartado D se aborda una de las figuras "estelares" relacionadas con nuestra institución, el contrato de trabajo por tiempo indefinido para apoyo a los emprendedores, modalidad contractual que, pese a la riqueza en contenidos, es identificada de forma unánime (me atrevería a decir que dentro y fuera del ámbito jurídico), por su rasgo más característico: (coloquialmente) como el contrato por el que los trabajadores pueden ser cesados, durante un año, sin causa ni derecho a indemnización; pues bien, a esta modalidad contractual (que efectivamente se ha "construido" en torno a la facultad de desistimiento *ad nutum* durante dicho período) nos acercamos desde un punto de vista judicial, analizando la respuesta que nuestros órganos jurisdiccionales han venido dando a los conflictos generados en torno a ella (a raíz de un desistimiento, posiblemente abusivo), pronunciamientos que han abordado la cuestión no sólo desde la legalidad ordinaria sino, sobre todo, constitucional y comunitaria, habiéndose dictado importantes sentencias por el Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, no obstante, no han zanjado definitivamente la cuestión, al mantenerse por algunos Tribunales la ilegalidad de dicho período de prueba al amparo de normativa internacional y comunitaria. El apartado E hace un repaso legal y jurisprudencial del período de prueba en las distintas relaciones laborales especiales, marcando las diferencias entre el régimen común y aquellas, y destacando la problemática que algunas presentan en el ámbito judicial. La justificación del apartado F es mostrar las dificultades de acoplar tanto el período de prueba como la facultad de desistimiento inherente al mismo, en una relación laboral común, pero prestada en el seno de la Administración Pública, en la que, por una parte, el acceso tras la común superación de pruebas selectivas (igualdad, mérito, capacidad y publicidad) casa mal con la ulterior

inclusión de un período de prueba en el contrato y, por otra, la discrecionalidad inherente al desistimiento no es fácilmente admisible en el empleador público; a lo anterior se añade el posible condicionamiento del contrato de trabajo por las condiciones incorporadas en la previa convocatoria selectiva, así como el papel que el Tribunal encargado de la selección de personal pueda desempeñar en el "control" de la decisión de desistimiento por el empleador. El apartado G, finalmente, aborda la problemática del período de prueba en la figura del socio trabajador de cooperativas, ámbito éste que, afectado por la legislación cooperativa, ajena al marco estatutario, incluye reglas propias que merecen siquiera ser enunciadas. Y el apartado H, finalmente analiza las restricciones a la libre resolución contractual que se anejan, aún durante la fase de prueba, a los contratos que incluyen pactos de permanencia o no competencia postcontractual.

El último de los títulos, el IV ("Extinción del contrato"), aborda el período de prueba desde el ámbito de su finalización, activada por las partes a través del desistimiento, y lo hace desde cinco enfoques diversos.

El capítulo 1 ("Vector temporal") hace referencia (Apartado A) al momento en que la decisión ha de ser comunicada a la contraparte, y los efectos que una participación tardía conlleva (la nulidad o improcedencia, según los casos, de un cese que, fuera del marco temporal de la prueba, precisa causa, de ahí su ilegalidad), pudiendo adoptarse el desistimiento (Apartado B), sin respeto de plazo alguno de preaviso (al no exigirse legalmente), lo que no impide que las partes puedan quedar vinculadas por dicha formalidad, de haberse incorporado convencionalmente, pudiendo discutirse, en caso de incumplimiento, los efectos del mismo, que, en principio, sólo apuntarían a la compensación económica por los días anticipados.

El capítulo 2 ("Vector formal"), apunta al período de prueba en su esencia: la informalidad del desistimiento, que lo separa de la raíz común de las decisiones extintivas, asentada en la concurrencia de una causa y en la comunicación precisa y documentada de la misma en el acto por el que se extingue la relación laboral. Así, se analiza, en primer término, la inexigencia de forma escrita, relajación formal del acto resolutorio (no parece tener una justificación clara) que genera cierta inseguridad jurídica y diversos problemas aplicativos (apartado 1). En segundo término (apartado B), la informalidad apuntada no elimina, desde luego, la posibilidad de los negociadores colectivos de incluir requisitos adicionales al acto extintivo, como puede ser la

comunicación, previa o posterior, a los órganos de representación de los trabajadores; en este caso, siendo obvio que el desistimiento no participa de la naturaleza jurídica del despido, ni le son por tanto aplicables las reglas que prevén requisitos de información o consulta previas en determinados supuestos (afiliados y representantes unitarios), lo cierto es que las obligaciones convencionales han de ser cumplidas, una vez incorporadas al marco de derechos del trabajador, por lo que su omisión puede conllevar, en caso de haberse así establecido, la propia invalidación del acto extintivo (lo que, parece, no procederá en caso de mero silencio con respecto a tales consecuencias). Y, en último término, se analiza cómo la regla de acausalidad en la extinción puede ser utilizada con motivación ilícita. En efecto, el período de prueba precisa, para su efectividad, que las partes puedan dar por finalizado el vínculo en su fase inicial sin necesidad de alegar, no ya acreditar, concurrencia de causa alguna. El límite a esta discrecionalidad legalizada viene representado por la utilización abusiva, fraudulenta o contraria a derechos fundamentales, del acto de desistimiento; se analiza, por lo demás si en caso de concurrir causa lícita que "atraiga" su modalidad específica de extinción (despido disciplinario u objetivo), ha de acudirse a la misma, o aquella queda incluida en el "cajón-desistimiento", y en caso negativo, cuáles son las consecuencias de esa errónea elección (apartado C).

El capítulo 3 ("El Vector constitucional"), analiza la garantía que el necesario respeto a los derechos fundamentales representa ante la facultad resolutoria acausal por parte del empresario. En efecto (apartado A), la regla general es la validez del desistimiento, si bien éste devendrá nulo si se articula de manera torpe (por vulneración de cualesquiera de los derechos que la CE califica de "fundamentales") y el trabajador es capaz de presentar un panorama indiciario que, trasladando la carga de la prueba en contrario al empresario, consiga "descubrir" la realidad escondida en el acto extintivo, esto es su motivación contraria al derecho fundamental (apartado B). Siendo paradigma constitucional en este ámbito de la prueba, la lesión del principio de igualdad, en su perspectiva biológica, basada en la condición de embarazo de la mujer trabajadora; en este contexto, el marco de impunidad con que el desistimiento puede actuar se ha intentado limitar judicialmente desde dos puntos de vista: la nulidad objetiva (ajena a la motivación, que sólo tiene en cuenta el estado de embrazo, conocido o no), y la nulidad "causal" (que solo procede en caso de acreditarse vulneración constitucional); la postura de nuestros Tribunales se ha decantado por aplicar al desistimiento solo esta segunda

posibilidad, lo que, sin duda es una decisión más que discutible (apartado D). Por último, se analizan otros supuestos de nulidad en desistimientos durante la prueba (apartado E). El apartado F contiene una recapitulación de los aspectos más relevantes.

El capítulo 4 ("Desistimiento durante la incapacidad temporal") aborda una cuestión muy común y, sin embargo, de gran interés: Si el período de prueba precisa, para cumplir su finalidad, la experimentación del contrato y éste, por enfermedad o accidente del trabajador, se suspende, aquella finalidad queda frustrada. La norma estatutaria estipula que el período de prueba se interrumpirá (entre otras) por esta causa, si así lo establecen los contratantes. Nada más (apartado A). A partir de ahí surgen diversos interrogantes: ¿Es lícito el desistimiento sin aguardar a la recuperación del trabajador? ¿Pueden las partes determinar los efectos concretos de esta interrupción? (apartado B); ¿Pueden entenderse afectados derechos fundamentales por la decisión extintiva en un momento en que el trabajador se encuentra impedido para el trabajo y precisado de asistencia médica?, ¿Es abusivo o responde, en cambio, a una decisión marcadamente legítima desde una perspectiva de recursos humanos? (apartado C); ¿Puede la distinta contingencia de la incapacidad temporal determinar un régimen distinto durante la prueba o en el momento de la extinción? (apartado D).

Por último, el capítulo 5 ("Fenómenos interempresariales") hace referencia a una realidad cada vez más extendida en virtud de la cual ha de examinarse la posibilidad de establecimiento de períodos de prueba y articulación del desistimiento empresarial en supuestos de (apartado A) sucesión de empresas, analizando el contenido y efectos de la subrogación tanto en la nueva empresa (que adquiere la titularidad por cualquier medio de la explotación en que el trabajador presta servicios) como en el empleado, desde la tensión representada por el interés del primero de someter a prueba a quien va a formar parte de su plantilla (libertad de empresa) y del segundo en no verse sometido, nuevamente o no, a un período de prueba cuando ya ha acreditado su solvencia como trabajador (estabilidad en el empleo). Analizamos también, los controvertidos supuestos de cesión ilegal de trabajadores, en los que, pese al fraude en la contratación, no se priva al empresario cedido de la posibilidad de desistir el contrato durante la prueba incluida por el cedente (apartado B). Y, en última instancia, se aborda la compleja cuestión de la relación triangular entre ETT, empresa usuaria y trabajador puesto a disposición, desde la necesaria limitación que ha de incluirse, so pena de admitir que los trabajadores cedidos mantengan, *sine die*, la incertidumbre y precariedad que conlleva el

establecimiento de un período de prueba cada vez que es enviado a realizar su cometido laboral a cualquiera de aquellas empresas usuarias, situación que solo parcialmente ha intentado acotarse por los convenios colectivos (apartado C).

Las conclusiones no pretenden ofrecer una síntesis del trabajo realizado sino una visión crítica de aquellos aspectos que se considera debieran ser objeto de un replanteamiento que contemple y dé solución a las carencias y desigualdades que el uso de esta institución genera en no pocas ocasiones.

La bibliografía contiene una relación, ordenada alfabéticamente, de las obras consultadas para la elaboración de este trabajo, sin cuyo manejo y consulta frecuentes no podría haberse llevado a cabo.

Finalmente, se ha considerado útil elaborar un anexo conteniendo todas las resoluciones judiciales que han sido consultadas y, a la vez, utilizadas en esta Tesis, ordenadas por capítulos y, dentro de ellos, por tribunales y fechas, y, asimismo, un anexo de los convenios colectivos igualmente consultados e incluidos en el texto.

B. FUENTES FORMALES

Para la elaboración de la presente Memoria nos hemos servido de muchos y muy diversos materiales, dada la facilidad de acceso a los mismos a través de las bases de datos de la Universidad de Murcia y, en general, a través de las diferentes plataformas *on line*.

Así, hemos manejado diferentes obras, desde monografías clásicas hasta meras referencias en prensa digital. Las monografías sobre el período de prueba han sido objeto de lectura detenida, lo que nos ha proporcionado un conocimiento necesario de la institución y nos ha facilitado su posterior análisis. Por lo demás, la cuidada técnica y sistemática de dichas obras nos ha servido de guía en la elaboración de los apartados del índice más enquistados.

Las abundantes citas contenidas en estas monografías nos han facilitado, a su vez, la ampliación del estudio, mediante el acceso a las fuentes citadas, también a través de los servicios de la biblioteca de la Universidad de Murcia.

Junto a estos trabajos, la búsqueda por cronología y voces a través de plataformas digitales nos ha permitido descargar una gran cantidad de artículos. El acceso a éstos, además, se ha realizado por remisión de otros artículos y comentarios. Hemos intentado

obtener el mayor número de referencias doctrinales de cada uno de los temas tratados en el índice, para conseguir la visión más amplia de cada cuestión, y trasladarla al texto. En efecto, cada comentario doctrinal, incluso aquellos que reiteraban ideas en torno a un mismo problema o reconocían glosar la opinión de otro autor, nos ha ofrecido algún perfil interesante para ampliar nuestro análisis.

Por último, durante el período de elaboración de esta Tesis, hemos leído cientos de noticias jurídicas y comentarios de blogs: todos aquellos que contenían, siquiera de forma remota, alguna referencia al período de prueba. De ellos hemos extraído ideas y reflexiones válidas, de entre las cuales hemos plasmado aquellas de mayor relevancia u originalidad.

En cuanto a las sentencias analizadas, hemos utilizado la base de datos de Aranzadi-Thomson Reuters (Westlaw). Todas las referencias que se incorporan al texto contienen el marginal con el que pueden ser localizadas en dicha base de datos. Hemos accedido a multitud de sentencias del Tribunal Supremo, que nos han servido para marcar las líneas maestras de la institución, si bien, en muy pocos temas podemos considerar que exista una doctrina unificada consolidada.

El grueso de referencias jurisprudenciales lo componen las sentencias de los tribunales autonómicos, que hemos intentado sistematizar con un criterio de actualidad. En el anexo de resoluciones judiciales que se incorpora se aprecia la cercanía en el tiempo de las resoluciones citadas, en consonancia con el objetivo de este trabajo; no obstante, en algunos temas, las referencias relevantes no son recientes, si bien se han incorporado por su interés.

La cita de sentencias de Juzgados de lo Social es muy marginal y se reduce a aquellas que ofrecen un punto de vista novedoso o muy relevante o que destacan por su originalidad en el tema objeto de estudio.

Por supuesto, el tratamiento de alguno de los temas más interesantes y actuales, ha venido de la mano de los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional. Se han referenciado y comentado todas las que, en materia de prueba, hemos considerado relevantes, siendo muy destacables aquellas que, por la vía de la cuestión o el recurso de inconstitucionalidad, han venido a validar los aspectos más polémicos de las reformas legislativas que, también, han afectado al período de prueba.

En cuanto a la negociación paccionada, es cierto que, en un primer momento, entendí posible abrir las referencias a convenios de cualquier ámbito, buscando la novedad, la originalidad o el detalle en el tratamiento del período de prueba. No obstante, este análisis que, desde el punto de vista anecdótico habría mostrado interesantes cuestiones, no tendría, a mi juicio, más valor que ese. Por ello he entendido más conveniente ofrecer una perspectiva de la respuesta global que se ofrece, con carácter general, en los convenios estatales, con preferencia clara por la actualidad. Así, las referencias a los diferentes convenios colectivos estatales nos revelan un panorama, además de ilustrativo, de cierto contenido práctico por su visión generalista.

3. ELABORACIÓN DE LA MEMORIA

A. ELECCIÓN DEL TEMA

Toda la regulación atinente al período de prueba en las relaciones laborales comunes se encuentra contenida, básicamente, en un precepto del Estatuto de los Trabajadores (art. 14 ET), que se completa, para el contrato de trabajo en prácticas, con las disposiciones del art. 11 de dicho texto y, para el contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores, con los preceptos del Real Decreto Legislativo 3/2012 y posterior Ley 3/2012 (art. 4.3). Por su parte, las relaciones laborales especiales cuentan con su propia normativa que, en la mayoría de los casos, incluye mínimas referencias a la institución analizada.

Dicha escasez de fuentes normativas determina, en la práctica, la aparición de muchas y relevantes dudas interpretativas que se traducen, a su vez, en multitud de conflictos a los que han de dar respuesta nuestros Tribunales, habiendo considerado útil, desde el punto de vista del operador jurídico, elaborar un trabajo en el que puedan sistematizarse dichas cuestiones críticas y anejarles, no la solución, que como tal no es dable en Derecho, pero sí la posición mayoritaria de nuestros órganos jurisdiccionales, destacando el valor que, en unificación de doctrina, contienen los pronunciamientos del Tribunal Supremo y, desde una perspectiva constitucional, las resoluciones del Tribunal Constitucional, expresadas al resolver cuestiones y recursos de inconstitucionalidad o amparo.

Desde mi condición de abogado laboralista, el período de prueba es un tema que siempre ha despertado en mí un gran interés, habiendo defendido en varias ocasiones la posición jurídica e intereses de trabajadores que vieron resuelta su relación laboral por desistimiento empresarial, frente al que accionamos por despido. Es cierto que en la

mayoría de supuestos, el único enfoque fue el constitucional, en la medida en que la decisión ocultaba realmente una motivación torpe, contraria a derechos fundamentales; sin embargo, en otras ocasiones, en las que no aprecié la posibilidad de impugnar dicha medida por otras vías, éstas si existían, y además eran perfectamente invocables, conclusión a la que he podido llegar, gracias, precisamente, al estudio previo a este trabajo que entiendo, contiene una visible utilidad desde el punto de vista de la aplicación del Derecho positivo.

Para elaborar el presente trabajo he partido, por supuesto, de construcciones doctrinales "clásicas" y aportaciones de menor calado, intentando ofrecer el punto de vista más actualizado de las cuestiones analizadas, sin descuidar los antecedentes. Tales aportaciones, además de ofrecer un marco sistemático y un encuadre teórico imprescindible para avanzar en el desarrollo de nuestro estudio, han servido para identificar de una forma amplia, las diferentes cuestiones que debían ser tratadas.

En efecto, sin olvidar que nuestro estudio se centra en el período de prueba, desde la perspectiva de su formalización, duración y extinción (por lo que otras perspectivas no han sido abordadas), creo poder afirmar que la lectura previa de decenas monografías, comentarios y artículos, de mayor o menor enjundia, ha servido para identificar prácticamente todos los problemas que, desde aquella perspectiva apuntada, ofrece la institución desde un punto de vista doctrinal, lo que, a su vez, nos ha servido de guía para intentar "localizar" las respuestas que, a dichas cuestiones, ofrece en la actualidad nuestra Jurisprudencia. En otras ocasiones, las menos, el tema tratado ha venido "sugerido" por el hallazgo casual de una sentencia, a partir de la cual hemos intentado realizar un análisis contextualizado del mismo.

Cuando hemos calificado de "escasa" la producción normativa en materia de prueba nos referimos, claro está, a fuentes legales, pues en nuestro tema de análisis el convenio colectivo, como fuente del Derecho, muestra una relevancia incuestionable. Ello es así porque, en primer término, es el habilitado *ex lege* para determinar uno de los aspectos cruciales del período de prueba: su duración. Y, en segundo lugar, porque está encargado, asimismo, de complementar la parca regulación de esta institución, que, en todas sus facetas, puede ser integrada por la autonomía colectiva. La conclusión es clara: cada convenio colectivo podrá "acomodar" la institución probatoria a las circunstancias concretas de su ámbito de aplicación, lo que hace inabarcable un análisis de cada uno de ellos, ni siquiera acotando un ámbito concreto. Sin embargo, esa

dificultad no nos permite dejar de lado, en el estudio del período de prueba, una fuente regulatoria esencial, por lo que hemos optado por acotar sectorial y temporalmente nuestro estudio a los convenios estatales, y dentro de ellos, a los más recientes, de manera que, previa sistematización de las parcelas más relevantes de análisis, poder encontrar y ofrecer las soluciones y respuestas que la autonomía colectiva ha dado en su labor integradora del ordenamiento. De esta forma, nos hemos acercado al convenio colectivo en su papel de fuente, identificando aquellas parcelas que, con sus correspondientes límites, puede ocupar el contenido de la negociación paccionada, al tiempo que ofreciendo las soluciones diversas que, en el ámbito acotado, se han dado, y cuya consulta tiene, asimismo, interés.

También ha influido en la elección del tema de análisis la constatación de que, pese a la abundancia en resoluciones judiciales en materia de prueba, la producción doctrinal (a excepción de contados temas) ha sido más bien escasa, no habiendo encontrado monografías actualizadas del período de prueba, a excepción de las pocas que aparecen citadas en este trabajo y que, por supuesto, han sido objeto de consulta, de manera que los trabajos menos recientes, cuyo valor, sin embargo, es mayúsculo (por la sistematización de las diversas problemáticas, enfoque doctrinal, tendencia jurisprudencial, etc.) bien podrían ser objeto de la actualización que, con carácter mucho más modesto, hemos intentado acometer.

Por último, en la elección del tema ha influido un agente externo claramente identificable: la promulgación de la Ley 3/2012, a través de la cual se introduce en nuestro ordenamiento la modalidad contractual indefinida de apoyo a emprendedores, contrato que, como sabemos, contiene un elemento "estrella" determinado por la posibilidad de incorporar un período de prueba cuya duración será de un año en todo caso, es decir, sin posibilidad alguna de modulación convencional, medida cuya contundente reacción desde diversos sectores doctrinales y judiciales ha conferido una "actualidad" inesperada a esta institución, reactivando la publicación de artículos y comentarios sobre dicha norma, que, a su vez, han servido para propiciar la discusión sobre otros temas candentes, más allá del carácter abusivo o ilegal de aquella duración.

B. OTRAS CUESTIONES

Pronto atisbará el lector que no está ante un trabajo "académico" ni ante una elaboración que rezume el cuidado y contundencia que se exigen a una "aportación" doctrinal. Muy

al contrario, asiste al resultado del esfuerzo honesto de quien, con poco tiempo y mucha ilusión, culmina un proyecto que no hace mucho pensó habría de abandonar definitivamente.

Está ante el trabajo de quien hace veinte años saliera de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, para crecer como abogado y como persona en un taller laboralista tutelado por el mejor maestro que jamás pensó pudiese tener, pero que no llegó a desprenderse del todo de aquella "otra forma" de entender el Derecho (más allá de las normas que lo regulan) y transmitir su esencia. Esta pasión es la que, diez años más tarde, me hizo llamar a las puertas de aquella casa, con la satisfacción de haber sido acogido y desempeñar desde entonces la labor docente como Profesor Asociado del Departamento de Derecho del Trabajo.

Ambas facetas me atraen por igual, pero es la primera a la que vengo dedicándome de forma prioritaria. Por ello, esta Tesis no es el trabajo de un investigador del Derecho, sino la de un abogado de profesión, y docente de vocación; esto es, un práctico al cien por cien, cuyo oficio es defender, lo mejor que sabe y puede, en la sala de vistas, a quienes le confían dicha tarea, para después, al hilo de las explicaciones de los temas de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, trasladar a sus alumnos aquella experiencia, sin esconderles los fallos y errores cometidos, precisamente, para que aquellos, si quieren, puedan evitarlos.

No estamos ante el trabajo, por tanto, de un investigador a tiempo completo, sino ante un "autónomo" del Derecho, cuya ilusión por acometer este proyecto le ha llevado a aceptar un contrato precario, a tiempo parcial, no remunerado y con distribución irregular de jornada (viernes tarde, sábados, domingos, festivos, puentes y vacaciones) cuyo objeto, no obstante, es el gran premio de haber realizado este trabajo con honestidad.

Desde este prisma entiendo debe ser entendida y enjuiciada mi aportación al estudio del período de prueba. Es cierto que no me es absolutamente ajena la labor científica, al haber abordado, en estos años, la elaboración de artículos, comentarios y diversas colaboraciones en obras colectivas. Pero sí es la primera vez que me enfrentaba a una tarea de esta envergadura, con una limitación muy importante de tiempo.

En efecto, el día a día en un estudio de abogados, pequeño, casi artesanal, apenas permite sacar tiempo durante la semana: teléfono, fax, mails, whatsapps, clientes desde

primera hora; reuniones, tardes de consultas; preparación de vistas; juicios; preparación de clases; horas en la Facultad, etc. Esa falta de tiempo es la que ha hecho que, embarcado desde hace más de dos años en esta aventura, no haya sido consciente, hasta los últimos seis meses, de poder culminar mi tarea, algo que, sin ninguna duda, no habría sido posible sin el ánimo y tesón de quien la ha dirigido y la inmensa comprensión de mi familia.

En ese contexto, sí querría destacar, como obstáculos importantes, las dudas iniciales y el desconocimiento de la metodología. En primer lugar, llegar al convencimiento de que el tema elegido era realmente un buen tema; a dicha conclusión llegamos muy pronto, y lo fuimos corroborando al tiempo que las revistas especializadas se llenaban de comentarios relativos al período de prueba, al hilo de las recientes aportaciones de la jurisprudencia unificada y constitucional. Luego surgieron los problemas de acotar los subtemas a tratar y elaborar un índice; aquí optamos por ir abordando cada temática por separado y, una vez comprobamos que las cuestiones de análisis se estaban agotando, confeccionar un esquema e ir rellenando aquellos huecos que descubrimos estaban sin tratar. Y así hasta que un día, casi sin darnos cuenta, el trabajo estaba terminado. Aún con todos sus defectos, confío en que pueda ser un útil instrumento de consulta.

I. CUESTIONES GENERALES

1. DELIMITACIÓN DEL PERÍODO DE PRUEBA

A. ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

Más allá de su concepción como experimento bilateral, la fase de prueba satisface esencialmente el interés del empleador consistente en la rescisión contractual, sin coste alguno, de un vínculo jurídico que no llegará a consolidarse, precisamente, porque al momento de su establecimiento se reservó la facultad resolutoria de aquél en caso de mera "inconveniencia" de éste.

Sabemos que, con la suscripción del contrato, las partes se obligan al cumplimiento de las obligaciones recíprocas que, sobre las mismas, vierta la legislación vigente, la normativa paccionada y las propias cláusulas individuales respetuosas con las anteriores y con los principios esenciales del Derecho del Trabajo, entre ellos, la estabilidad en el empleo. Si bien este principio parece estar ausente o, al menos, muy matizado durante la vigencia del período de prueba, en la medida en que el desistimiento empresarial en esa fase representa la excepción al sistema de extinción causal implantado en nuestro sistema de relaciones laborales.

Como indica BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ[2], la resolución contractual durante la fase de prueba evidencia una desigualdad o una grave desproporción entre las prestaciones de ambas partes, adquiriendo una especial relevancia en la configuración de la estabilidad en el empleo, al convertirse en la "fuente de inestabilidad contractual" más común y amenazante. Y ello porque la resolución del contrato de trabajo, por definición, debe estar motivada (incumplimiento imputable, imposibilidad objetiva y excesiva onerosidad), siendo la concurrencia de un motivo razonable una consecuencia intrínseca a la resolución contractual, que no puede basarse, por tanto, en la arbitrariedad (lo que encaja perfectamente con la garantía de seguridad inherente a la estabilidad en el empleo).

[2] I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ: "Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores: argumentos para la inconstitucionalidad del período de prueba", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 158, Enero-Marzo 2013, pág. 200.

En este contexto, estabilidad en el empleo y resolución libre o *ad nutum* son conceptos antagónicos, habiendo señalado gráficamente MARTÍN VALVERDE[3], cómo el desistimiento durante el período de prueba evidencia una difícil convivencia con la estabilidad en el empleo.

En efecto, la necesidad de motivación que ha de presidir la resolución unilateral del contrato es lo que permite desplegar la red de protección jurídica bajo dicha decisión, en la medida en que su ajuste a Derecho es garantía de licitud, a la vez que el incumplimiento de la anterior premisa generará la responsabilidad derivada, actuando el sistema judicial, por último, como cláusula de cierre o de control de legalidad a instancias del perjudicado.

Así, y con carácter general, aunque el art 35 CE no reconozca explícitamente el derecho a una extinción motivada del contrato, debe entenderse que la causalidad en la extinción del vínculo laboral queda incluida en dicho marco constitucional, tal y como establece, recapitulando su doctrina anterior, el ATC 12 febrero 2014 (RTC 2014/43), que viene a confirmar que "el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, sino que supone también el derecho a un puesto de trabajo, que se caracteriza por presentar una doble dimensión: colectiva e individual" (con cita de sus STC 22 julio 1981, RTC 1981/229, STC 5 junio 2003, RTC 2003/109 y STC 27 enero 1994, RTC 1994/20); en su vertiente colectiva -reflejada en el art. 40.1 CE-, el derecho al trabajo implica "un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma". En su vertiente individual -reconocida en el art. 35.1CE-, el derecho al trabajo se concreta "en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación", y asimismo, "el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa", añadiendo, que "la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva".

[3] A. MARTÍN VALVERDE: *El Período de prueba*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1976, pág. 20.

No obstante, también indica el Auto del TC, que "la determinación de las técnicas y alcance de esa reacción adecuada frente al despido queda dentro del ámbito de configuración deferido al legislador por el art. 35.2 CE"[4].

Desde ese punto de vista, no quedaría afectada la estabilidad en el empleo, desde su concepción individual como derecho al trabajo, si el desistimiento empresarial se desenvuelve en el marco de legalidad que el legislador ha establecido. Es a éste, en definitiva, a quien corresponde configurar la "causalidad" que deba observarse en la extinción contractual; y en materia de prueba, el legislador ha apostado por su inexigencia, por lo que existirá un motivo "justo" para el desistimiento siempre que éste no entrañe fraude, abuso de derecho o violación de derechos fundamentales, de manera que los límites al desistimiento habremos de buscarlos no en la configuración "legal" de ese derecho al trabajo, sino en el marco constitucional mismo.

Como indica PIQUERAS PIQUERAS[5], "el entronque constitucional del principio de estabilidad en el empleo se erige en una de las piezas fundamentales sobre las que ha de sustentarse el análisis del período de prueba, en el sentido de que la flexibilización de los límites a la libre resolución solo adquieren legitimidad si responden a la necesidad de satisfacer otro derecho reconocido por el ordenamiento y se ejercitan en el modo que menor quebranto impliquen para aquel". Para esta autora[6], el período de prueba muestra una intensa relación con el principio de estabilidad en el empleo: la desaparición o debilitación de las normas limitadoras de la libre extinción de la relación laboral,

---

[4] Conclusión que (en relación a las causas del despido objetivo) reitera en posterior STC 22 enero 2015 (RTC 2015/8), al indicar que el derecho al trabajo (art. 35.1.CE) no se agota en la libertad de trabajar, sino que en su vertiente individual, se concreta, entre otras cosas, «en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa». Ahora bien, en la medida en que la regulación de las relaciones de trabajo se ha deferido por la Constitución al legislador, es a éste a quien corresponde la determinación de las causas de extinción del contrato, no siendo nuestra función la de «enjuiciar la oportunidad o conveniencia de la elección hecha por el legislador para valorar si es la más adecuada o la mejor de las posibles», sino únicamente la de determinar si la opción asumida por el legislador en el ejercicio de la competencia que le atribuye el Texto Constitucional sobrepasa o no el margen razonable de libertad que le reconoce el art. 35 CE.

[5] M. C. PIQUERAS PIQUERAS: *La Extinción del contrato de trabajo durante al período de prueba como despido*, Ibidem Ediciones, 1995, pág. 13 y ss. La autora considera que la merma que el principio de estabilidad en el empleo viene sufriendo en las últimas décadas tiene mucho que ver con el "compañero histórico del Derecho del Trabajo" (la crisis económica), citando las palabras de PALOMEQUE: "Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica", *Revista de Política Social*, núm. 143, 1984, pág. 15 y ss, quien censura a utilización del argumento de la crisis económica como coartada para justificar el derrumbamiento del principio de estabilidad en el empleo.

[6] M. C. PIQUERAS PIQUERAS: "El período de prueba: pasado y presente de una institución jurídico-laboral clásica", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 70, Marzo-abril 1995, pág. 250.

especialmente por voluntad del empresario, constituye quizás el rasgo que caracteriza con mayor fuerza el período de prueba; por otro, el principio de estabilidad en el empleo tiene una de sus manifestaciones en la protección de la permanencia del trabajador en la empresa, por lo que puede afirmarse que entre este principio y aquella figura se establece una "relación primariamente antagónica".

No obstante, atendiendo exclusivamente a la legalidad ordinaria, y relacionando la estabilidad en el empleo (principio que debe informar al contrato de trabajo, también, durante la fase de prueba) con el principio de conservación del negocio jurídico (el propio contrato de trabajo a prueba), observamos en el art. 14 ET diversos elementos que constreñirían el uso del desistimiento (protegiendo tangencialmente la estabilidad en el empleo), sin eliminar, por supuesto, el citado antagonismo; en concreto[7]: 1) su carácter facultativo para los contratantes y, por tanto, renunciable; 2) el pacto expreso como fuente constitutiva, sin que quepa su presunción; 3) la necesidad de ciertas formalidades (pacto escrito *ad solemnitatem* y al inicio del contrato) para desplegar efectos; 4) el establecimiento de máximos temporales, ajustados generalmente a la cualificación profesional y dimensiones de la empresa; 5) el condicionamiento de la interrupción del período de prueba, en las situaciones suspensivas indicadas, a la existencia de acuerdo expreso; y 6) la imposibilidad de recurrir a él (por abusivo) cuando el trabajador haya prestado las mismas funciones con anterioridad.

B. FUNCIONALIDAD TEÓRICA Y REAL DE LA INSTITUCIÓN

Como expone DE VAL TENA[8], dado el carácter personal del contrato de trabajo y la prolongación en el tiempo de las obligaciones nacidas del mismo, puede concluirse que la finalidad de comprobar fehacientemente la aptitud y adaptación del trabajador al puesto y a la organización, eliminando el riesgo para la empresa que supondría la consolidación de una relación insatisfactoria, sólo se consigue por medio del pacto de prueba insertado en el contrato de trabajo, en la medida en que permite dar vida a la prestación de servicios, con idénticos derechos y obligaciones que surgirían de no estipular tal pacto, sólo que permaneciendo abierta durante una fase inicial delimitada temporalmente la facultad de desistimiento libre (que gráficamente compara con una "válvula de seguridad", en expresión del autor italiano de litala).

[7] Según destaca I. BELTRÁN de HEREDIA RUIZ: "Contrato indefinido… (Bibl. cit.), pág. 206.

[8] A. L. de VAL TENA: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas, 1998, pág. 30.

Sin ser éste, desde luego, el lugar de análisis teórico del fundamento de una institución como la analizada, sí es obligado hacer referencia a lo que, siquiera sintéticamente mantiene uno de los mayores y más cualificados autores. Y a este efecto, explica MARTÍN VALVERDE, cómo la investigación doctrinal y jurisprudencial sobre el fundamento del período de prueba (¿por qué es válida la libertad contractual durante la fase inicial del contrato, en contra de la estabilidad del contrato?) se ha centrado, generalmente, en afirmar la conveniencia de dicha institución basándose en el carácter fiduciario del contrato de trabajo (la fase de prueba permite conocer las cualidades y aptitudes "personales" del trabajador, además de las condiciones en las que se va a desarrollar el trabajo), si bien, este fundamento tiene fisuras, según este autor, si atendemos, al deber de vigilancia *in contrahendo* (que en la mayoría de los casos haría innecesaria una fase de prueba), así a como a la posibilidad siempre abierta de la anulación del contrato por el error en el consentimiento. Por lo demás, los deberes de colaboración y fidelidad inherentes al vínculo laboral no parecen definitivos en la consideración "fiduciaria" del contrato de trabajo, en la medida en la que es la constatación de la transgresión de estos deberes (y no la mera sospecha), lo que justificaría la extinción del contrato por incumplimiento. Y lo mismo sucede con los rasgos personales del trabajador que sean ajenos a la aptitud o *intuitu qualitatis personae*, que quedan fuera del *intuitu personae* del contrato de trabajo y cuyo conocimiento es irrelevante a la hora de decidir la consolidación de la relación de trabajo. En este sentido, podría afirmarse que las reglas de selección habrían de tener suficiente fuerza predictiva y validez en la elección de trabajadores descualificados, mientras que, en trabajos cualificados en los que entren en juego las condiciones psicosociales, dichas reglas podrían ser insuficientes sin un posterior período de verificación; lo mismo que sucede en aquellos trabajos cuya puesta a punto requiera un proceso complementario *ad hoc* de formación, en los que muchos de los ingredientes de la aptitud se adquieren durante la fase inicial del trabajo; e incluso en la admisión de trabajadores deficientemente cualificados que pretendan cubrir sus defectos de formación básica en el curso de la relación de trabajo. Pero en definitiva, en la mayoría de casos, lo único que importará son las condiciones técnicas del trabajador, por mucho que en algunos tipos de trabajo, el papel de ciertas cualidades de carácter repercutan

sensiblemente sobre el desempeño del puesto y hayan de entrar en consideración, por tanto, como ingredientes de la aptitud[9].

Con respecto a su funcionalidad, existe un dato claro, cual es la posibilidad de desistimiento bilateral durante la fase de prueba, de donde cabría deducir que la institución atiende por igual a intereses patronales y obreros, lo que en realidad no es así.

En efecto, al margen de la vinculación específica que las partes puedan acordar, con arreglo a circunstancia diversas (piénsese en los pactos de permanencia en la empresa), lo cierto es que la facultad de desistimiento no otorga al trabajador privilegio especial, más allá de eliminar la exigencia del preaviso[10] que, una vez superada la prueba, habría de contemplar en supuesto de dimisión; de hecho, el trabajador no contemplará nunca como "amenaza" el transcurso del período de prueba, al no existir ninguna obligación de vínculo estable con su empleador, sino siempre como una garantía de adquisición del pleno estatus como trabajador. Por tanto es el empresario el gran favorecido por una institución que nace, precisamente, como reacción ante la paulatina limitación de sus facultades extintivas.

Función definitoria del período de prueba es la verificación de las cualidades del trabajador mediante una dinámica y simultánea experimentación de la propia relación de trabajo (no de algo distinto ni acomodado a la desconocida capacidad de aquel), que cobrará mayor relevancia cuanto más complejo sea el cometido a desarrollar y mayor el desconocimiento mutuo de los contratantes, de modo que, antes de su finalización, las

[9] Cfr. A. MARTÍN VALVERDE: *El período de prueba* (Bibl. cit.). En síntesis, de la teoría del autor, puede decirse que: a) Fundamentar el período de prueba en la fiducia es inconsistente, al no ser ésta un componente del contrato de trabajo, salvo en casos muy excepcionales; b) en cuanto al *intuitus*, su presencia en el contrato de trabajo ha de ser reconocida sólo en lo que respecta a las cualidades del trabajador relevantes para su aptitud; c) El sistema industrial contemporáneo ha relativizado grandemente la aptitud profesional para buena parte de los trabajos; d) No es suficiente argumento para justificar el período de prueba la constatación del frecuente desajuste entre cualificación profesional y aptitud, pues aquel puede cubrirse con una fase de adiestramiento al inicio del contrato; d) Para justificar la fase de prueba, hace falta, además, una vez descartada la operatividad de la acción de nulidad en el contrato de trabajo, que la predicción de la aptitud sea muy difícil y muy costosa en la fase de las negociaciones preliminares, incertidumbre que puede justificar la existencia de una fase experimental de la relación de trabajo; e) la incidencia de esta justificación del período de prueba se proyecta sobre distintos aspectos normativos del mismo: reduce los supuestos en los que está justificado acudir al mismo, pone de relieve algunas de las peculiaridades del contenido del período de prueba, explica las diferencias en la duración del mismo en función de los grupos profesionales y centra el problema del desistimiento durante la fase de prueba en la valoración desfavorable de la aptitud del trabajador de nuevo ingreso.

[10] Art. 49.1.e) ET: "El contrato de trabajo se extinguirá: por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar".

partes habrán debido verificar, no solo la capacidad para un desempeño satisfactorio de la tarea contratada, sino también la (conseguida o no) adaptación al puesto de trabajo, entendida como la satisfactoria integración en el ámbito organizativo de la empresa[11].

Para MONTOYA MELGAR[12], la funcionalidad de la prueba es que "las partes puedan apreciar empíricamente si se dan las circunstancias propicias" para dotar al contrato de plenos efectos, por lo que, como indica FERNÁNDEZ MÁRQUEZ[13], el período de prueba se permite "solo porque y en la medida en que el empresario no conoce las aptitudes y cualidades profesionalmente relevantes del trabajador, por lo que debe servir a la empresa para procurarle informaciones o datos del trabajador desconocidos para la misma y que solo mediante el ejercicio de la actividad laboral quedan efectivamente de manifiesto".

Desde este punto de vista, no podrá entenderse el período de prueba como una "reserva temporal de las facultades de desistimiento empresarial", sino como una fase instrumental de la relación de trabajo encaminada a la configuración de un vínculo laboral más estable[14].

No obstante la función "teórica" apuntada, lo cierto es que el período de prueba permite otros usos que podemos considerar irregulares: el más característico y, también, el de reproche más liviano, es el de acudir, por inercia, de forma automática, al pacto de prueba, sin cuestionar su necesidad (en este caso, siempre será apreciado por la empresa como una ventaja al facilitar ulteriormente los trámites extintivos en caso de mala elección del trabajador contratado); también es incorrecta su incorporación ajustada, en todo caso, al máximo temporal que marque la norma legal o paccionada, sin revisión ni ajuste que atienda, por tanto, a la cualificación de la tarea específicamente contratada (¿Por qué renunciará el empresario a parte del período que legítimamente puede ser

---

[11] A. MARTÍN VALVERDE: *El período de prueba* (Bibl. cit.), pág. 153, considera, desde esta función del período de prueba como "adaptación al puesto de trabajo", que no se pueden admitir los intentos empresariales de configurar y establecer un período de adiestramiento o de prácticas posterior al propio período de prueba, ya que, en esencia, desde su punto de vista, el período de prueba es período de adaptación, y la adaptación pasa necesariamente por el entrenamiento en el puesto contratado, y el entrenamiento incluye la práctica de los cometidos laborales, de manera que no puede hablarse de dos realidades diferenciadas que se suceden en el tiempo.

[12] A. MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 35ª edic., Madrid, 2014, pág. 521.

[13] O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba en el contrato de trabajo: notas para un balance*, Tirant lo Blanch, 2014, pág. 22.

[14] A. MARTÍN VALVERDE: *El período de prueba* (Bibl. cit.), pág. 151.

incorporado al contrato del que no se desprende efecto negativo alguno?). En ambos casos, el empresario se garantiza, durante dicho período, una especie de "bolsa de impunidad"[15].

Mayor reproche merece, en cambio, la utilización desviada del período de prueba en sustitución de la contratación temporal causal; en estos casos, la finalidad es el ahorro de los costes económicos que, aún no elevados, representa el abono, al finalizar la contratación temporal, de la indemnización marcada por la normativa específica[16], aprovechándose además la empresa de la mayor "implicación" que el trabajador demostrará ante la inseguridad de su situación a prueba.

Cuando las condiciones profesionales del trabajador son conocidas al tiempo de pactar la prueba (supuestos de vinculación previa, conocimiento personal, modificación irrelevante de la categoría profesional en el nuevo contrato, etc.), se incurre igualmente en fraude, por mucho que formalmente la empresa pueda utilizar la institución probatoria.

También se da una función distinta y abusiva al período de prueba cuando acude la empresa al desistimiento *ad nutum* para sancionar el incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador a prueba, que habría requerido acudir al despido disciplinario; en ese caso, el –si cabe lógico- acceso al desistimiento, releva al empresario de la obligación de iniciar un procedimiento formal (que comenzará con carta de despido, incluso expediente contradictorio previo y que, según los casos, podrá continuar por la vía conciliatoria, acto de juicio y trámites de recurso, si el trabajador decide o la empresa precisa completar el citado "itinerario") y asumir, en caso de considerarse ilícita la extinción, la opción entre indemnizar al empleado o readmitirlo con abono de los salarios de tramitación (riesgos ambos también presentes en los supuestos en que la maniobra se reproduzca ante despidos por causas económicas, organizativas o de producción).

[15] Sabemos, no obstante, que la contratación laboral típica, a través de las asesorías de empresa, suele responder, en este caso, al mismo patrón: un modelo de contrato que contiene pacto de prueba ajustado al máximo que permite el convenio colectivo, sin que dicha decisión vaya precedida realmente de una valoración empresarial.

[16] La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, estableció la indemnización por finalización de contratos temporales en 12 días de salario por año trabajado, con un régimen transitorio para una aplicación progresiva desde 2011.

Y en fin, exponente definitivo del desvío del período de prueba de su funcionalidad legítima, es la utilización lesiva de derechos fundamentales, funcionalidad "atípica" estrella, a decir por el tratamiento dado en los repertorios jurisprudenciales, colmados de decisiones ilegítimas, enmascaradas por la prueba, en represalia por denuncias previas del trabajador, reclamaciones salariales, manifestaciones en el ámbito de su libertad de expresión y, con demasiada frecuencia, basadas en circunstancias relativas a la condición biológica de las personas.

El abuso en todos los casos esbozados (a los que se dará un tratamiento más extenso y casuístico en las páginas siguientes), no está solo en acudir de manera impropia a una institución que debiera ajustarse a la mera experimentación del contrato y al desistimiento en caso de insatisfacción, sino en el mantenimiento que se produce, durante la fase de prueba (que en ocasiones puede ser muy prolongada, dada la inexistencia de límites temporales más allá de la autonomía colectiva o la existencia de modalidades contractuales que amplían excesivamente el mismo), de una situación que MARTÍN VALVERDE configuró atinadamente como un período en el que, al desconectarse las reglas generales de protección de la estabilidad en el empleo, "se acentúa la condición de contratante débil del trabajador, que estará dispuesto, durante esta fase, a realizar un esfuerzo laboral mayor del normal, a realizar horas extras, cumplir órdenes de dudosa legitimidad, etc."[17].

Párrafo último que, en el plano teórico, podríamos enlazar con una arriesgada cuestión para la que ya adelantamos, desde nuestro punto de vista, una respuesta negativa ¿Podría el período de prueba previsto en la contratación ordinaria verse afectado por la "nueva funcionalidad" que el Tribunal Constitucional ha "elaborado" para el contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores? Es decir, aparte de la experimentación del objeto del contrato a fin de valorar la capacitación profesional y cualidades del trabajador ¿podría servir el período de prueba para valorar la viabilidad económica del puesto contratado también en los contratos ajenos a dicha modalidad? Como analizaremos en su apartado específico, el TC, al hilo de la resolución de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad relativas al art. 4.3 Ley 3/2012, ha validado la duración fija de un año, en todo caso, para el período de prueba que se inerte en este tipo de contratos, basándose, como argumento esencial, en que en esta novedosa

[17] A. MARTÍN VALVERDE: *El período de prueba* (Bibl. cit.).

modalidad contractual se ha "ampliado" la finalidad tradicional del período de prueba desde la perspectiva empresarial, sirviendo el plazo de un año para verificar la sostenibilidad económica y posibilidad del mantenimiento del puesto de trabajo, plazo, desde esta perspectiva, válido para todos los trabajadores sin distinción de categoría o cualificación.

La duda es si dicha funcionalidad podríamos considerarla aparejada también a la contratación ordinaria. Entiendo que no, dada la muy específica coyunturalidad definida por el máximo intérprete constitucionalidad. Con todo, la relevancia de este planteamiento es menor, pues la facultad de desistimiento *ad nutum* no precisa de un apoyo fáctico concreto, por lo que poco importará si la resolución empresarial durante la prueba se produce por la inviabilidad económica del nuevo puesto o por cualquier otra causa legítima, al no tener que justificar el empresario la motivación, más allá de la eventual apreciación de vulneración de derechos fundamentales.

C. NATURALEZA JURÍDICA

Uno de los aspectos más controvertidos del período de prueba es el que tiene que ver con su naturaleza jurídica y, más concretamente, con la configuración de su elemento central: el desistimiento *ad nutum* ¿puede considerarse el contrato a prueba un contrato temporal mientras no se agota la duración del período fijado como tal? ¿Es, por el contrario una fase identificable y distinta de la que ulteriormente completará la relación de trabajo? ¿Es un contrato sometido a una condición resolutoria potestativa, en la medida en que durante su transcurso puede extinguirse libremente por cualquiera de las partes? ¿Y a una condición suspensiva, consolidándose solo si la prueba resulta satisfactoria?

No siendo, claramente, objeto de este trabajo la elaboración de un semblante teórico de la institución a modo de repaso y valoración de las distintas posturas que, sobre la materia se han elaborado (muchas de ellas de una riqueza teórica indudable), sí parece conveniente siquiera apuntar la existencia de este debate y la complejidad de alinearse, por completo, con una u otra concepción. Y en este sentido, es obligado acudir a uno de los autores que, con mayor acierto y claridad han abordado este tema, MARTÍN VALVERDE, quien dedica una gran parte del Capítulo VI de su obra El período de prueba, a esta cuestión, y apunta a que existen diversas concepciones doctrinales de la

relación laboral sometida a prueba, girando el enfoque tradicional, en torno a dos opciones: las teorías "dualistas" y las "monistas".

a) Las primeras, o teorías "dualistas", conciben dos momentos contractuales distintos: el sometido a período de prueba (denominado, indistintamente contrato "preliminar" o "preparatorio", contrato "especial a prueba", o contrato "por tiempo determinado") y el contrato de trabajo definitivo.

   La construcción teórica del período de prueba como "contrato preliminar" lo identifica como un contrato celebrado en calidad de ensayo, cuya finalidad es la preparación y facilitación de otro contrato, al que está ligado teleológicamente, pudiendo contener una promesa unilateral del mismo, y funcionando con un contenido de prestaciones similar a éste, sin que tenga cabida en este contexto la tesis del abuso de derecho a efectos de extinción unilateral del mismo (al existir, sin trabas, el receso *ad nutum*).

   La doctrina alemana del "contrato de trabajo por tiempo determinado" que otorga al empresario una libertad absoluta para su extinción unilateral, no casa con la figura del período de prueba en nuestro ordenamiento, pues además de que en ésta la extinción del contrato se puede producir sin necesidad del vencimiento del término, aquella doctrina solo sería justificable en la contratación de trabajos temporales.

   Y la tesis que considera al período de prueba como "contrato de trabajo especial" lo conceptúa como un contrato con causa mixta, que hibrida elementos causales, de manera que la función económico-social específicamente propia del contrato de trabajo a prueba es la actuación del experimento, y el cambio entre prestación de trabajo y retribución tiene en el mismo un mero valor instrumental. Esta tesis, igual que otras anteriores, fracciona artificiosamente la unidad de la relación de trabajo, mediante la ficción de un segundo momento contractual, que raramente aparece en la práctica (y que, además, podría reconducirse a la novación contractual). La mayor crítica a esta doctrina es relegar a accesorio lo que debe ser esencial en el contrato de trabajo: el intercambio de servicios a cambio de retribución (crítica que hay que eliminar, no obstante, cuando nos referimos al período de prueba con finalidad formativa).

b) Las teorías "monistas" consideran al período de prueba como la fase inicial de una relación contractual duradera y supeditada, bien a condición "suspensiva", bien "resolutoria", incluyendo formulaciones más complejas que combinan condición y término.

Dentro de las teorías monistas, la primera fue la del período de prueba como "condición suspensiva" del contrato de trabajo (con mucha pujanza en Italia). El contrato de trabajo a prueba no existe en plenitud de efectos en tanto en cuanto se cumpla la condición del resultado satisfactorio de aquella o del transcurso de la fase probatoria sin ejercicio de la facultad de despido; el período de prueba se concibe, pues, como una fase de pendencia del contrato de trabajo, desencadenándose la eficacia de éste a partir de la terminación de la situación provisional del experimento (que cabe identificar, bien con la valoración positiva del empleador, bien con la mera voluntad de las partes en la consolidación del contrato). El principal inconveniente de esta tesis es concebir el período de prueba como mera expectativa de efectos contractuales cuando, en realidad, las obligaciones principales se están produciendo durante el mismo. Lo querido por las partes (intercambio de trabajo por retribución) no espera al acaecimiento de la condición para entrar en juego. Además, en esta concepción, la producción del desistimiento unilateral (que implicaría validar que la condición pudiera depender de la voluntad de uno solo de los contratantes) equivaldría a que el contrato no habría producido ningún efecto, más que los conservativos propios de la situación de pendencia.

Para evitar estos inconvenientes, la doctrina italiana, concibió la fórmula del pacto de prueba como "cláusula compleja", en la que se combinan un término final referido a la relación de trabajo a prueba (incierto, dado que no es necesario el agotamiento de la fase probatoria) y una condición suspensiva referida a la relación de trabajo definitiva. Aunque esta teoría, monista, evita la conceptuación de dos momentos del contrato, y evita también el inconveniente del no surgimiento de efectos del contrato hasta un momento determinado, tiene también inconvenientes: a) sigue recurriendo al esquema condicional para explicar el desistimiento del contrato a prueba; y b) no explica satisfactoriamente la articulación entre el período de prueba y los momentos posteriores de la relación de trabajo; en efecto, al "jugar" el término para la relación a prueba (el término

funciona como mecanismo de extinción de la relación a prueba), y la condición suspensiva para la relación laboral definitiva, se está marcando la sustantividad de una y otra relación, que se suceden, a modo de conversión o transformación, algo que no sucede en el período de prueba, donde asistimos a la continuidad de dos momentos distintos de la misma relación.

La última tesis contempla al período de prueba como "condición resolutoria", esto es como un pacto o cláusula añadido al contenido del contrato, que no impide que la relación obligatoria despliegue todos sus efectos a partir de la celebración del negocio jurídico 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.

Esta tesis, sin embargo, tiene también inconvenientes: la definición de la condición como un elemento del negocio jurídico apela a un evento del que depende la "existencia" de la relación obligatoria, algo que no se da en el período de prueba, donde lo que depende de la no superación de la prueba es la "subsistencia" del contrato de trabajo. Lo que se produce es una desvinculación hacia el futuro, y no una eliminación de la relación de trabajo en su integridad (por mucho que se pueda acudir al argumento forzado de la restitución pecuniaria de las prestaciones anteriores irrestituibles). Esta tesis añade, a los inconvenientes analizados para las condiciones suspensivas, y a los problemas prácticos de mantener la relación de trabajo sometida al juego de los pactos condicionales, la problemática del difícil encaje del concepto de despido en el molde civil de la resolución de los contratos, pues ambos conceptos coinciden en sus elementos definitorios (extinción de la relación de trabajo, para el futuro, por voluntad unilateral, del empleador -o del trabajador en caso de dimisión-).

En nuestra doctrina, es identificable la posición de ALONSO OLEA[18] con la tesis de la condición resolutoria, al afirmar que "técnicamente, durante el período de prueba el

[18] M. ALONSO OLEA: *El despido*, IEP, Madrid, 1958, pág. 24. Conclusión que reitera en *Derecho del Trabajo*, Civitas, 26ª edic., 2009, pág. 334, al señalar que "de las distintas posiciones en cuanto a su naturaleza jurídica -contrato sujeto a condición resolutoria, contrato sujeto a condición suspensiva, contrato especial <experimental>, precontrato de trabajo- probablemente es la primera de ella la que mejor se acomoda a la regulación legal de la institución, concibiendo la condición resolutoria como positiva y potestativa".

contrato de trabajo está sometido a la condición resolutoria de que la prueba no sea favorable", tesis que, sin embargo, no comparte RODRÍGUEZ-PIÑERO[19], para quien la afirmación de que el evento al que se liga la condición resolutoria es una decisión (como tal y no como hecho) es insostenible, por lo que, descartada la tesis de la condición resolutoria, puede afirmarse que el desistimiento consiste en la facultad de libre rescisión unilateral del contrato de trabajo sin derecho a indemnización alguna". Para este autor, "la relación de trabajo estable se desarrolla normalmente a través de un período de prueba y un sucesivo <período estable>; durante el transcurso del primero se concede a las partes la facultad *ex lege* de libre rescisión unilateral que desaparece en la fase posterior; existiendo, pues, un único contrato de trabajo, que da nacimiento a una única relación, en la que, en todo momento, se presta una función o tarea <estable> y definitiva, siendo la única diferencia entre las dos fases la de haberse previsto una causa de extinción de la relación por la libre voluntad de las partes, en la primera[20]. Para SEMPERE NAVARRO, la configuración del pacto de experimentación como condición resolutoria es también inaceptable[21].

Igualmente es identificable en MONTOYA MELGAR la posición dualista; el autor (que ubica sistemáticamente al que denomina "contrato de trabajo a prueba" en el capítulo de su monografía que tiene por título "Relaciones Laborales Especiales; contratos comunes con particularidades"[22]), destaca su clara diferenciación con respecto al contrato de trabajo ordinario, en la medida en que el legislador habría privado al contrato durante la prueba de sus plenos efectos, que sólo se consiguen (y, con ellos, la propia configuración de contrato común) una vez superada la fase de prueba; en este sentido,

---

[19] M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: "Naturaleza jurídica del período de prueba", en *Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas*, Tomo 3, Vol. III, IEP, Madrid, 1961, pág. 106.

[20] Así, el transcurso del término supone automáticamente la desaparición de la posibilidad de libre rescisión, y, consiguientemente, la consecución de la "estabilidad". Como consideración de *lege ferenda* apunta a la posibilidad de exigir que la decisión extintiva fuese "motivada", permitiendo a la otra parte probar la falsedad de los motivos alegados, siendo la "descarga de la prueba en la otra parte el efecto esencial de la prueba: la facultad rescisoria existiría como facultad discrecional, pero no como poder arbitrario", de manera que "la función del período de prueba podría conseguirse, sin que por ello la subsistencia del contrato hubiera de depender de la decisión caprichosa de cualquiera de las partes" (M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: "Naturaleza jurídica…, cit., págs. 112 y 114).

[21] A.V. SEMPERE NAVARRO: "Resolución del vínculo laboral y período de prueba", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 6, 1981, pág. 245, que no considera aceptable la configuración del pacto de experimentación como condición resolutoria.

[22] A. MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo* (Bibl. cit.), págs. 505 y 521.

las partes decidirán, a través de la experimentación del contrato, si se dan las condiciones para concertar un contrato de trabajo *stricto sensu*.

Como aportación singular, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ[23] considera al período de prueba, inserto en el contrato de trabajo, como una especie singular de los denominados pactos "ad inspiciendum", o cláusulas en virtud de las cuales uno de los contratantes estipula entregar provisionalmente al otro el objeto del contrato –la cosa en venta, por ejemplo-, con la finalidad de que éste la examine y decida si asume plenamente el compromiso contractual. Se trata de pactos en los que se dan dos premisas: la dificultad de determinar, *prima facie*, el valor del objeto, y la intensidad o carga de compromiso asumido por las partes que se liga a la cláusula de ensayo. En el período de prueba el trabajador pone a disposición del empresario su prestación contractual con la finalidad de que éste examine por un tiempo las capacidades realmente poseídas por el trabajador y, a resultas de ello, decida si le interesa asumir un compromiso definitivo con él (no obstante, el autor enseguida destaca el inconveniente de que el período de prueba se incardina en el seno de un contrato de trabajo que ya está en curso y plenitud de efectos). Trasladado el esquema al ámbito laboral, produciría dos efectos restrictivos: la no pertinencia del período de prueba cuando las tareas comprometidas por el trabajador fuesen simples; y la inconveniencia del indicado período en los contratos de corta duración, efectos que, como veremos, no ha reconocido la Jurisprudencia.

A juicio del autor, cuyo estudio simplemente hemos intentado sintetizar, no hay que buscar una calificación general unitaria que resuelva toda la problemática de la naturaleza jurídica del período de prueba, sino que es más acertada una aproximación particular a cada una de sus articulaciones normativas, analizando tres núcleos íntimamente relacionados entre sí: el pacto de prueba, las especialidades de la relación en prueba y el desistimiento del contrato durante el transcurso del citado período.

En todo caso, coincidimos en la dificultad de concebir el contrato a prueba como una fase distinta y ulterior del contrato de trabajo ordinario, en la que prevalezca la experimentación sobre la propia prestación laboral y su consiguiente retribución, sobre todo si partimos de la aceptación legal de amplísimos períodos de prueba durante los que es difícil decir que no exista, de manera protagonista, una verdadera prestación de

[23] O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…*, cit., págs.14 y ss.

trabajo, al igual que ocurre con aquellas actividades de complejidad menor en las que, sin duda, primará el contenido laboral sobre el de verificación. Por lo demás, la subjetividad del acto de desistimiento difícilmente casa, en nuestra opinión, con la concepción de la prueba como pacto sujeto a condición resolutoria.

Quizás por la dificultad teórica y escasez de efectos prácticos, nuestra Jurisprudencia se ha mostrado, en general, "neutral" en esta discusión, como pudo verse ya en STS 3 diciembre 1987 (RJ 1987/8821), que reconoció el carácter "no pacífico" de esta cuestión, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, conclusión reiterada, más tarde en STSJ Aragón 18 noviembre 1992 (AS 1992/5792) y más recientemente, y en idénticos términos, por STSJ Madrid 20 marzo 2009 (JUR 2009/260696)[24].

No obstante, pese a la indicada complejidad, alguno de nuestros Tribunales sí ha querido participar del debate, al tiempo que resolvía el asunto litigioso. Así, la STSJ 27 julio 2001 (AS 2001/1918) viene a reconocer que la apariencia que el pacto de prueba tiene en la letra del artículo 14.2 ET, es, efectivamente, resolutoria, pues, en principio, parece presentar un contrato sometido a condición de esta clase, obediente a la definición del artículo 1113, 2º del Código Civil, siendo el evento el grado de satisfacción con que el trabajador haya atendido durante dicho período las obligaciones laborales propias de su oficio. La dificultad surge, cuando se considera que el buen o mal trabajo no integra un acontecimiento natural, que a sí mismo se verifica en el cumplimiento en que ocurre, sin más comprobaciones, sino que está sujeto en su concurrencia a la calificación del empresario. La condición se cumplirá o no, según éste se muestre conforme con la prestación laboral o defraudado por ella. Como a ello no se ponen módulos, criterios o cánones objetivos de ninguna clase, se estaría ante una condición puramente potestativa, pacto que prohíbe el orden público (artículo 6º.3 del Código Civil), *ex* art. 1115 del propio cuerpo legal. Como tal condición, habría de tenerse por no puesta y carecería radicalmente de eficacia por ilícita, conforme al

[24] Nuestro Tribunal Supremo, en STS 3 diciembre 1987 (RJ 1987/8821) reconocía la complejidad de la cuestión, mostrando su "neutralidad", al indicar que "cualquiera que sea la naturaleza jurídica del período de prueba, tema no pacífico ni en la doctrina científica ni en la jurisprudencia, lo cierto es que el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores prevé la posibilidad de que durante su transcurso cualquiera de las partes pueda producir la resolución de la relación laboral. Por ello la jurisprudencia reitera que la decisión de una u otra de no proseguirla, si se manifiesta antes de la superación del plazo fijado, no precisa especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, en cuanto motivación subjetiva de quien la adopta, siempre que, se insiste, al proceder así no afecte a ninguno de los derechos fundamentales de la contraparte.

artículo 1274 del repetido texto. Ahora bien, ello no quiere decir que la ley incurra en contradicciones, autorizando en un lugar lo que en otro prohíbe, sino, mucho más sencillamente, que la apariencia de negocio condicional, afectado así por la eventualidad de la acción resolutoria, es falsa. El artículo 14.2 ET confiere al empresario la facultad de retractarse durante los primeros días de vigencia del contrato de trabajo, si así se ha estipulado por escrito, de la voluntad por él declarada al concertarlo y eso se llama revocación. La facultad revocatoria no está admitida en nuestro Derecho de contratación, sino en términos aún más limitados que la rescisoria. El «pacta servare» que inspira rígidamente nuestro ordenamiento se opone con toda energía a ella, de manera que la norma no la reconoce para los contratos onerosos y aun para los gratuitos, lo hace con una técnica restrictiva de causas tasadas (artículo 648 del Código Civil). Ahora bien, el artículo 14.2 ET, al establecer una excepción absolutamente única al principio de obligatoriedad de los pactos (artículos 1091, 1255, 1256 y 1258 del Código Civil), permitiendo la revocación de un contrato oneroso como el laboral, perece, sin embargo, atenerse a la regla de la revocación causal, de manera que, en principio, el empresario, para desvincularse unilateralmente de sus obligaciones laborales, habría de acreditar la causa de insatisfacción a que el repetido precepto da toda la impresión de someter la acción revocatoria que consagra.

Y aquí es donde el TSJ advierte que la doctrina legal, en este punto, ha chocado inveteradamente, a la hora de localizar al menos una tilde objetiva de referencia causal en los casos de revocación durante el período de prueba, con la dificultad insalvable de que la ley no exige más que la manifestación subjetiva, justificando, durante el breve lapso que la acción dura, cualquier criterio personal del empleador, por arbitrario que pueda ser, mientras no exhiba una naturaleza torpe u opuesta al orden público y, dentro de él, señaladamente la de infligir algún deterioro a los derechos fundamentales del trabajador. De ahí que, a la sazón, constituya un lugar común en nuestra jurisprudencia (artículo 1º.6 del Código Civil), mantenido incluso por el Tribunal Constitucional (artículo 5º1 LOPJ) el carácter nudo de la revocación, cuya eficacia no exige al empresario ninguna otra motivación causal que la de su voluntad extintiva, siendo el trabajador quien, en su caso, deba alegar y probar los eventuales motivos de ineficacia, bien entendido que rige aquí también el principio de inversión de la carga probatoria.

2. REGULACIÓN

A. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN

No puede calificarse al período de prueba como una institución inmutable desde su origen, común al del propio Derecho del Trabajo, pero sí como una figura uniforme y plenamente reconocible, que mantiene su raíz pese a las modificaciones que la propia evolución histórica imprime a la configuración del propio ordenamiento jurídico laboral. En este sentido, cada momento histórico muestra, con la singular inserción del período de prueba en sus normas laborales, cuál es la relación que el legislador ha querido establecer entre aquel y el principio de estabilidad en el empleo, utilizándose por la normativa laboral el período de prueba como un "instituto ambivalente"[25], esto es, por una parte, como un "amortiguador" del proceso de reforzamiento del principio de estabilidad en el empleo, pero, por otra, como un instrumento más de política de empleo[26].

Y así, si el período de prueba se justifica en la existencia de restricciones a la facultad de extinción unilateral del contrato, vemos que éstas han sido diversas, según las épocas, los sectores de actividad, los tipos de contrato o los grupos profesionales, y todo ello ha influido en la regulación consiguiente de esta institución.

Prescindiendo de manifestaciones de menor calado en las relaciones gremiales[27], el período de prueba encuentra su origen en la regulación de las relaciones de aprendizaje

---

[25] M. C. PIQUERAS PIQUERAS: "El período de prueba: pasado y presente…" (Bibl. cit.), pág. 250. La autora explica cómo el período de prueba se manifiesta, de un lado, como "amortiguador" del progresivo reforzamiento del principio de estabilidad en el empleo, en su aspecto protector de la permanencia del trabajador en su puesto de trabajo, y consecuentemente como "almohadilla" de la "rigidificación" de las normas reguladoras de la extinción de la relación laboral por voluntad unilateral del empresario. Sin embargo, cuando esa figura adquiere solidez en nuestro ordenamiento, se observa cómo el binomio principio de estabilidad en el empleo / período de prueba pierde su inicial equilibrio, porque la progresiva debilitación de este principio no produce como respuesta una razonable y proporcional adaptación del régimen jurídico de la figura estudiada, debido a la revelación de esta figura como un instrumento más de la política de empleo.

[26] Para la elaboración de este apartado se han seguido los trabajos de A. MARTÍN VALVERDE: *El período de prueba*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1976; M. C. PIQUERAS PIQUERAS: "El período de prueba: pasado y presente de una institución jurídico-laboral clásica", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 70, Marzo-abril 1995 y A. L. de VAL TENA: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1998. Se realiza, a partir de los mismos, una síntesis, sin ánimo de exhaustividad y necesariamente acotada en su extensión, de los aspectos más relevantes de aquellos trabajos, propia del contexto de esta Tesis, ajena a cualquier perspectiva histórica.

[27] El contrato de aprendizaje se concebía como medio de acceso al gremio y mecanismo de formación profesional; el maestro aceptaba en su casa al aprendiz durante todo el tiempo de duración del aprendizaje, que oscilaba normalmente entre dos y cuatro años, le daba alojamiento, comida, vestido y

(inicialmente en la Ley de aprendizaje de 1911, de donde pasa al Código de Trabajo de 1926 y posteriormente a la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944), si bien la finalidad del mismo en este contexto jurídico (la relación que vincula al aprendiz con el maestro) no es la propia de las relaciones laborales comunes, fundamento propio de nuestra institución que sí aparecerá en las normas reglamentarias sectoriales (bases de trabajo de la II República, ordenanzas laborales, reglamentaciones de trabajo y convenios colectivos preconstitucionales) y luego en la Ley de Relaciones Laborales de 1976 en que, por primera vez se produjo el reconocimiento de la figura en una norma legal de carácter general.

En efecto, con respecto a su implantación, meramente parcial, en el contrato de aprendizaje, fue el reconocimiento por los poderes públicos de la asimetría en las relaciones laborales y la constatación, además, de los abusos propios de la época gremial sobre el contratante más débil (el aprendiz-trabajador) lo que determinó en la normativa estatal un creciente intervencionismo que, en lo que ahora interesa se plasmó en La Ley de aprendizaje de 17 julio 1911 (Gaceta de Madrid de 19 julio 2011), norma que reguló por vez primera y con carácter general en España el período de prueba para dicha modalidad contractual, considerándolo una cláusula necesaria del contrato, que, como éste, debía constar por escrito; la finalidad de la norma era que ambas partes, maestro y aprendiz, pudiesen resolver libremente y sin derecho a indemnización (salvo pacto en contrario), un vínculo que nacía con vocación de permanencia (ya que su duración era de cuatro años y las causas de extinción estaban tasadas[28]) y con rasgos de máximo personalismo; y así, durante ese período de prueba (de duración máxima de dos meses), el maestro debería ser capaz de conocer la capacidad para el aprendizaje del oficio y las cualidades personales del contratado, mientras que el aprendiz debería ser capaz de atisbar cuáles habrían de ser las condiciones de vida y trabajo de ese peculiar vínculo, antes de mostrar su aceptación definitiva. Superado el período de prueba, el

---

educación, al tiempo que le enseñaba el oficio, a cambio de una cantidad reglamentaria que abonaba la familia del aprendiz o éste mismo, que, por otra parte, recibía un pequeño sueldo.

[28] Conviene tener presente que, previamente, el art. 27 de la Ley de Aprendizaje de 1911 contenía (con escasa sistematicidad) una regulación de las causas que dan lugar a la extinción indemnizada del contrato: «falta continua o repetida a las condiciones estipuladas de una de las partes contratantes; abusos o dureza del patrono o maestro en el trato que dé al aprendiz; incapacidad de éste, ya provenga por falta de salud o de condiciones; deseo manifiesto del aprendiz de dejar el oficio; traslado de industria a otra población; trasladar su residencia a otra localidad la familia del aprendiz; y matrimonio del aprendiz» (así lo indica I. BELTRÁN de HEREDIA RUIZ: "¿Indemnización por despido versus compensación por daños y perjuicios?", Aranzadi Social, núm. 5/2013 (versión digital), BIB 2013/1669.

tiempo dedicado al mismo se computaba como parte del tiempo de aprendizaje. En definitiva, dicha norma buscaba proteger al aprendiz de un compromiso apresurado con el maestro, dándole la posibilidad de desistir del contrato antes de que el citado vínculo se consolidara como adscripción temporal prácticamente irrompible; por otra parte, permitía al maestro conocer las condiciones laborales y personales del aprendiz, antes de decidir si encargarse del proceso de aprendizaje.

El Código de Trabajo de Primo de Rivera (1926)[29] reprodujo en su articulado, de manera literal, las normas de la Ley de aprendizaje de 1911, que se mantuvieron, igualmente, en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931[30], norma que, pudiendo haber servido para adaptar esta figura al nuevo contexto político, se limitó a declarar el carácter de relación laboral especial del contrato de aprendizaje, sin añadir cambios al esquema jurídico que arrastraba la institución desde su origen.

Tras la Guerra Civil, la Ley de Contrato de Trabajo de 1944[31] (que siguió sin introducir en su normativa la institución probatoria en el ámbito común), reguló específicamente la figura del contrato de aprendizaje, sin abandonar su típica y tradicional esencia[32], siendo las notas básicas de su régimen jurídico: la necesidad de formalización escrita, la duración de dos meses y la libertad de resolución durante su transcurso sin derecho, salvo pacto en contrario, a indemnización.

[29] Como indica A. MONTOYA MELGAR: "el espíritu protector de las leyes laborales da un gran paso, desde las normas aisladas y de carácter monográfico… a las regulaciones más extensas y provistas de ambición codificadora. El primer esfuerzo en este sentido, tras el fracaso de diversos intentos normativos, es el Código de Trabajo de Primo de Rivera, del año 1926; una obra que, aun no exhaustiva, tuvo la virtud de componer un primer cuerpo de normas laborales atinentes a los principales aspectos a los que éstas alcanzaban en aquel momento: los contratos de trabajo y aprendizaje, los accidentes de trabajo y los Tribunales industriales. Debe destacarse que en la E. de M. del Código, debida a Eduardo Aunós, se habla ya, no de Derecho obrero, industrial o social, sino de Derecho del Trabajo, empleándose la terminología que perdura hasta hoy" ("El espíritu de las leyes laborales", *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 165/2014, edición digital, BIB 2014/1057).

[30] Ley de 21 de noviembre de 1931 (Gaceta de Madrid del 22 de noviembre).

[31] Decreto de 26 de enero de 1944, Texto Refundido de la Ley de Contrato de Trabajo (BOE 24 febrero 1944).

[32] M. C. PIQUERAS PIQUERAS: "El período de prueba: pasado y presente…" (Bibl. cit.), pág. 257, destaca como el maestro, en claro paralelismo con la figura del tutor o las relaciones personales, incorporaba en sus poderes el "deber de vigilancia" del aprendiz y la facultad de "moderada corrección" incluso de comportamientos extralaborales, además de la posibilidad de ausencia de remuneración.

En las relaciones laborales comunes[33], ya se anticipa que el período de prueba, como figura plenamente implantada con carácter general y rango legal, no aparecerá sino hasta la Ley de Relaciones Laborales de 1976, norma encargada de dotar de un marco normativo general al período de prueba válido para todos los contratos de trabajo, en sus múltiples modalidades (incluida, a partir de ese momento, también el contrato de aprendizaje, cuya regulación autónoma, por tanto, desaparece), si bien, merece la pena destacar, siguiera telegráficamente, la existencia de antecedentes más y menos directos que han marcado el rumbo de esta figura, desde la concepción de su necesidad, hasta su definitiva implantación con carácter legal.

En este sentido, sabemos que las primeras leyes obreras de principio del Siglo XX no contuvieron referencias al período de prueba, consecuencia del amplio poder resolutorio empresarial, enmoldado en la vieja *locatio conductio* de nuestro Derecho común, que, en aquel momento no venía contrapesado por la –inexistente- garantía de estabilidad en el empleo.

A partir de la regulación del contrato de arrendamiento de servicio en el Código Civil de 1889, que exigía el respeto de un plazo de preaviso para dar por finalizadas las relaciones de duración indefinidas (despido ordinario), y una justa causa, con respecto a las de tiempo determinado (despido extraordinario), se pudo apreciar la necesidad, hasta entonces inexistente, de dotar al empresario de un instrumento de comprobación previa de las condiciones del trabajador antes de formalizar un vínculo cuya terminación irregular ya podía conllevar efectos económicos adversos (el incumplimiento del plazo de preaviso o la inexistencia de justa causa determinaban una obligación sustitutiva de indemnización), ámbito éste en el que fueron apareciendo usos profesionales en determinadas industrias, consistentes en la experimentación de la relación de trabajo por un tiempo determinado durante el cual se permitía al empresario extinguir la relación laboral, indefinida o por tiempo determinado, sin alegación de causa ni abono de indemnización.

Estos usos profesionales sobre período de prueba, recogidos en las normas reglamentarias sectoriales, se mantuvieron durante la dictadura de Primo de Rivera, aún

[33] En la actualidad, el período de prueba es un instituto unitario, con independencia de que pueda presentar diferentes variantes, como puede ser la del contrato de trabajo en prácticas o la que se inserta en el contrato de trabajo indefinido de apoyo a emprendedores.

sin recepción alguna de la figura en el Código de Trabajo de 1926 (que acogía el principio de Derecho común según el cual en los contratos de duración determinada no existía libertad de despido-denuncia, pero sí, en cambio, un poder amplísimo de despido en la relación de trabajo prolongada indefinidamente), ni mención en las bases de trabajo de los Comités paritarios[34]. Y seguirían haciéndolo también durante la II República y en la postguerra civil, pese a que ni la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 ni la de 1944 regularon la figura del período de prueba.

En efecto, los Jurados Mixtos de la II República[35], como continuadores de los Comités paritarios, y en la inercia de estabilización del empleo instaurada en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931[36], no solo recepcionaron estos usos profesionales existentes en algunas industrias, a través de sus bases de trabajo, sino que crearon y regularon en éstas el período de prueba para otras muchas industrias, en las que hasta entones no existía.

De esta forma, las bases de trabajo de los Jurados Mixtos, al incorporar, como normas sectoriales escritas de origen profesional a aquellas normas consuetudinarias, vinieron a generalizar el reconocimiento y regulación del periodo de prueba; así, entre 1931 y 1936 es fácil encontrar acuerdos paritarios en los que se hace referencia al período de prueba, existiendo notables diferencias entre unos y otros, dependiendo del ámbito sectorial y territorial; con todo: a) es común observar la finalidad de favorecer el interés empresarial de conocer las condiciones (conducta y moralidad) del trabajador; b) se establecen topes máximos a su duración (algunos "excesivos" como los de seis meses a un año de las "bases de trabajo para las sociedades de electricidad y gas"); c) no existe indemnización por el desistimiento empresarial, d) que puede producirse, salvo excepciones, en cualquier momento del período de prueba; e) su regulación difiere según la modalidad contractual utilizada (fijos o eventuales), encontrándose, incluso,

[34] M. C. PIQUERAS PIQUERAS: "El período de prueba: pasado y presente…" (Bibl. cit.), pág. 261, indica que la verdadera razón que permite afirmar la pervivencia de los usos referidos durante este período, radica en el propio régimen jurídico de la extinción del contrato regulado en el Código de 1926, que mantenía con cierto grado de firmeza las limitaciones a la absoluta libertad de resolución por voluntad empresarial, de manera que los usos se mantuvieron durante la dictadura de Primo de Rivera como contrapeso de aquellas limitaciones, y a favor del empresario, aunque no apareciesen recogidos por las bases de trabajo de los Comités paritarios.

[35] Ley de 27 de noviembre de 1931, de Jurados Mixtos (Gaceta de Madrid de 28 de noviembre).

[36] Los arts. 88 a 94 establecían la exigencia en todo caso de la justificación del despido.

limitaciones a la utilización de la facultad resolutoria implícita al período de prueba durante los meses de mayor actividad, para evitar abusos.

Como la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 no regulaba el período de prueba en el contrato laboral común, podría decirse que, a falta de apoyo normativo, el análisis de aquella figura había de abordarse desde la perspectiva de las causas de extinción del contrato y de los pactos adicionados al mismo por voluntad de las partes, quedando abiertas tres posibilidades de encuadramiento del instituto: a) considerarlo como una de las causas de extinción consignadas válidamente en el contrato, lo que explica el desistimiento por resultado negativo del ensayo; b) considerar que la relación de trabajo a prueba es un contrato con termino final que se extingue por expiración del tiempo convenido, salvo que no hubiera denuncia por ninguna de las partes, señal de que el experimento había sido favorable; c) considerar el desistimiento empresarial como despido justificado por la ineptitud del trabajador.

Paradójicamente la promulgación del Fuero del Trabajo en 1938[37] no supuso la derogación de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, manteniéndose, pues, en vigor (salvo modificaciones puntuales) la norma republicana hasta ser sustituida por su homónima de 1944, norma que tampoco se ocupó de regular el período de prueba en la relación laboral común, sí en el contrato de aprendizaje.

Y es que a nivel legislativo, la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 no hacía referencia a esta figura sino de manera indirecta en la sucinta referencia al contrato de aprendizaje, pese a lo cual los Tribunales admitían los pactos de prueba con fundamento en el art. 76 de aquella norma[38], que validaba la extinción del contrato en aplicación de las cláusulas del mismo que no implicasen manifiesto abuso de derecho.

No obstante, el período de prueba permanecería en nuestro ordenamiento jurídico, formando parte de las Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas Laborales, Convenios Colectivos Sindicales y Reglamentos de Régimen Interior, siendo además el

[37] Decreto 9 de marzo 1938.

[38] Los contratos de trabajo terminarán por alguna de las causas siguientes (Primera): "las consignadas válidamente en el contrato salvo que el ejercicio de la facultad contractual constituya manifiesto abuso de derecho por parte del empresario".

período de prueba una institución que aparecerá, en la década de los años sesenta, aceptada expresamente en algunas normas reglamentarias interprofesionales[39].

Como ha señalado la Doctrina[40], durante la etapa franquista el reconocimiento del período de prueba se realizó por medio de Reglamentaciones y Ordenanzas de Trabajo, que contenían regulaciones sectoriales del período de prueba y suplían la falta de regulación legal (en ocasiones llegaban a imponer períodos de prueba obligatorios para la autonomía individual).

En cuanto al régimen jurídico del período de prueba en esta regulación reglamentaria sectorial (Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas Laborales), cuyo fenómeno expansivo se produce a partir de los años cuarenta, puede considerarse característico del mismo que: a) el período de prueba se presume existente sin necesidad de pacto expreso; b) prepondera en los contratos indefinidos o de larga duración; c) desde el inicio genera las obligaciones y derechos propios del contrato de trabajo, a excepción de los derivados de la resolución del vínculo; d) la retribución es como mínimo la base legal correspondiente a la categoría para la que se contrató al trabajador; e) la resolución del contrato durante esta fase opera por voluntad libre de los contratantes, sin exigencia de preaviso o indemnización; f) la duración del período de prueba, inmodificable por la voluntad de las partes en perjuicio del trabajador, se establece en función de la cualificación profesional exigida para el desempeño del trabajo y computa a efectos de antigüedad; g) aun superado el período de prueba se admite (lo que fue muy cuestionado por la doctrina) el despido por ineptitud originaria; h) el ingreso como trabajadores fijos se retrasa hasta la terminación con éxito del período de prueba.

Las escasas modificaciones de este régimen por parte de la negociación colectiva consistieron en el incremento de la duración de los períodos de prueba y en la reducción de las retribuciones del trabajador durante su vigencia. En efecto, a partir de los años sesenta, la negociación colectiva española se empezó a ocupar del período de prueba,

---

[39] Las primeras consideraciones del período de prueba en las normativas reglamentarias interprofesionales, como indica A. MARTÍN VALVERDE (*El período de prueba*, cit.), son: a) Decreto de 12-1-61 y Orden de 6-2-1961 (referencia al período de prueba en los Reglamentos de Régimen Interior; b) Orden de 28-12-1966 (obligación de alta en Seguridad Social desde inicio del período de prueba); c) Decreto 22-08-1970 (el período de prueba en trabajadores minusválidos puede ser superior al ordinario); d) Decreto 17-12-1970 (en materia de contratación fraudulenta, adquisición de fijeza si no se cursa el alta durante un período superior al período de prueba).

[40] M. A. BALLESTER PASTOR: *El período de prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 9 y ss.

sin demasiada imaginación, y en general, con regresión, en cuanto a medidas protectoras, con respecto a la normativa reglamentaria. En cuanto a la ampliación de la duración (algunos convenios, hasta dos años), ello generó bastante litigiosidad, siendo común en los Tribunales la negación de aplicabilidad a estas cláusulas de prolongación, que venían a suponer un importante factor de indefensión frente al despido en la fase inicial del contrato, al considerar dichas cláusulas contrarias a ley. En cuanto a la retribución, se conseguía, mediante las cláusulas de menor salario, trasladar al trabajador el "coste de adaptación" a la empresa, siendo pocos los convenios colectivos que se apartaron de esta regulación regresiva.

En el mismo sentido, los Reglamentos de Régimen Interior (repárese en que a través de los mismos se manifestaba el poder de dirección del empresario, sin requerirse audiencia previa del Jurado en diversas materias, como el período de prueba) optaron, bien por copiar las Reglamentaciones de Trabajo, bien por aumentar la duración del período de prueba, siendo escasos los instrumentos internos que contenían alguna garantía adicional para el trabajador (del tipo: exención del mismo si se acreditaba experiencia previa en otra empresa del sector, previsiones de un breve preaviso para el desistimiento o necesidad de agotamiento íntegro de la prueba).

Con la promulgación de la Ley de Relaciones Laborales de 1976[41] se vino a unificar la institución, dotándola de un contenido identificable[42]. En efecto, esta primera norma que, con rango legal y carácter general, venía a regular en nuestro Derecho Laboral[43] el período de prueba, contiene, en su art. 17, un régimen jurídico del instituto del que puede extractarse: a) el carácter facultativo del pacto; b) la remisión a la normativa sectorial para su regulación, con duración limitada y documentada; c) la formalidad escrita para su establecimiento; d) la duración máxima (y por tanto, reducible por las Ordenanzas, Convenios y los propios contratantes) en función de la cualificación

[41] Ley 18/1976, de 8 de abril.

[42] Como indica A. L. de VAL TENA: *Pacto de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 35, el paso definitivo en el proceso de "consolidación legal" de esta figura en nuestro ordenamiento laboral lo dio la Ley de Relaciones Laborales de 1976, si bien la "actualidad" o novedad de ésta reside en la incorporación del pacto de prueba a una norma de rango legal, y no el hecho de contener una formulación normativa distinta y más perfeccionada que la aplicada fragmentariamente hasta la fecha.

[43] A. V. SEMPERE NAVARRO: "Resolución del vínculo laboral y período de prueba", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 6, 1981, pág. 244, señala gráficamente, como esta norma vino a "levantar acta de lo que no era sino una realidad ampliamente extendida". Si no fuera así, difícilmente podría haberse definido al período de prueba como una "institución jurídico-laboral clásica", en expresión de M. C. PIQUERAS PIQUERAS.

profesional (3 meses en general, 6 meses para técnicos titulados y dos semanas para trabajadores no cualificados); e) el deber recíproco de experimento por ambas partes; f) el acuerdo escrito entre las partes para interrumpir el período de prueba en supuesto de incapacidad laboral transitoria; g) el reconocimiento de derechos y obligaciones propios de la categoría y puesto contratados, a excepción de los derivados de la resolución del contrato, que podrá producirse sin necesidad de causa[44], preaviso ni indemnización; y h) la consolidación de la relación de trabajo que se produce una vez transcurrido el período de prueba, computando el mismo a efectos de antigüedad en la empresa.

La Doctrina ha destacado como "aciertos" de esta norma, la fijación de criterios hasta entonces fluctuantes en la doctrina, tales como la exigencia *ad solemnitatem* de forma escrita, el carácter máximo de los plazos (lo que permite una rebaja por la autonomía colectiva e individual, así como la inexigencia de agotamiento íntegro de la prueba), la obligación de experimento para ambos contratante o el cómputo del período de prueba como antigüedad, si bien se ha criticado, por el contrario, la falta de especificación de la "finalidad" del período de prueba, para marcar nítidamente las fronteras de la facultad de desistimiento empresarial por resultado desfavorable de la prueba, así como el mantenimiento de aspectos oscuros como no exigir forma determinada al acto resolutorio durante el período de prueba[45].

Sea como fuere, esta primera formulación legislativa (y preconstitucional) del período de prueba sería la base de la que, con apenas modificaciones, se insertaría en la redacción original del ya democrático art. 14 del Estatuto de los Trabajadores de 1980 (que mantendría su vigencia hasta la reforma del mismo operada por Ley 11/1994).

---

[44] El carácter eminentemente acausal, excepcionado del régimen común del despido, viene recalcado en el art. 31.2 Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo, que solo admite el despido "cuando exista causa", excepcionando, inmediatamente, de esta regla, la facultad unilateral durante el período de prueba.

[45] Con la Ley de Relaciones Laborales desaparecieron, además, los problemas de articulación normativa que se daban, en la práctica, vigente la Ley de Contrato de Trabajo de 1944. Ente ellos: a) la distinta regulación de la necesidad de "pacto" para su implantación (la reglamentaciones de trabajo no lo exigían normalmente); b) la ampliación de la duración, por convenio colectivo, más allá de lo previsto en las reglamentaciones (generalmente declarada contraria a derecho) o c) las incompatibilidades entre el régimen del período de prueba de las Ordenanzas Laborales y lo dispuesto en Reglamentos de Régimen Interior (resuelto normalmente a favor de las primeras, partiendo del carácter no normativo de estos últimos).

En efecto, el art. 14 de la Ley 8/1980[46], de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, permitía el establecimiento (núm. 1) con carácter facultativo ("podrá concertarse") de un período de prueba, con finalidad de experimentación ("empresario y trabajador están respectivamente obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba"), durante un período máximo e indisponible para la autonomía colectiva e individual que, "en ningún caso podría 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". Durante su transcurso (núm. 2), se reconocían al trabajador "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"; de no producirse ésta (núm. 3), el transcurso del período de prueba (que quedaba interrumpido por la situación de incapacidad laboral transitoria siempre que se produjese acuerdo entre ambas partes) producía "plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador en la empresa".

Con respecto al texto de 1976, destaca en el ET 1980, entre otras circunstancias: a) la desaparición de la remisión a "Ordenanzas Laborales" y "Convenios sindicales", para adaptarse al nuevo sistema de negociación colectiva; b) el silencio en cuanto a la forma en que ha de pactarse la interrupción por incapacidad temporal; c) la ausencia de toda referencia a la indemnización en caso de desistimiento durante la prueba, al contrario de la prohibición expresa de la LRL; o d) la ligera ampliación del plazo de prueba para los oficios no cualificados, que representaba su establecimiento en quince días laborables, en lugar de las previas dos semanas.

[46] Artículo 14 ET 1980 "Período de prueba: 1) 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. 2) 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. 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. 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 partes".

La promulgación de la Ley 11/1994, de 19 mayo 1994, de Modificación de determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, provocaría la introducción, a su vez, de algunos cambios con respecto a la regulación anterior (al modificar los apartados 1 y 2 del art. 14 ET), destacando, entre todos ellos: a) la ampliación del papel de la autonomía colectiva, que sería, desde ese momento, la auténtica encargada de establecer, a través de los convenios, la duración del período de prueba en su ámbito de aplicación[47]; además, se constata: b) la simplificación de los grupos de trabajadores y plazos que regirán, en defecto de pacto colectivo: plazo máximo de seis meses para los técnicos titulados y dos meses para el resto de trabajadores, que será de tres meses en empresas de menos de veinticinco trabajadores; c) la introducción de la cláusula por la que se considerarían nulos, a partir de su promulgación, los pactos de prueba en los supuestos de desempeño previo de idénticas funciones bajo cualquier modalidad contractual; d) la adaptación terminológica del precepto, suprimiendo la referencia a la categoría profesional del trabajador para el debido reconocimiento de sus derechos y obligaciones laborales mientras transcurra la prueba (pues la reforma admite la polivalencia funcional, de manera que tales derechos son los que correspondan al puesto de trabajo); e) la sustitución de la referencia a la incapacidad laboral transitoria por la nueva denominación como incapacidad temporal; e) y, por último, la ampliación del efecto de interrumpir el período de prueba, previo pacto, también a las situaciones de maternidad, adopción y acogimiento.

Para PIQUERAS PIQUERAS, la reforma de 1994 representa el exponente máximo, hasta la fecha, de la utilización del período de prueba como instrumento de la política de empleo, revelando un papel desconocido hasta el momento, al abandonar el fundamento que le fue propio para adoptar otro de naturaleza absolutamente distinta como instrumento flexibilizador de las relaciones laborales[48].

---

[47] La Exposición de Motivos de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, incluye, como uno de los objetivos de la reforma "la potenciación de la negociación colectiva y la mejora de sus contenidos", otorgando a esta fuente jurídica un papel primordial, dado el mayor conocimiento y capacidad de adaptación a cada sector productivo.

[48] Más contemporáneamente, la mejor muestra de esa utilización del período de prueba como instrumento de política de empleo, flexibilizador de las relaciones laborales, quizás sea la Ley 3/2012, que da vida al nuevo contrato de trabajo indefinido de apoyo a emprendedores (al introducir el período de prueba indiferenciado, y *ex lege*, de un año) tal y como se desprende de la propia exposición de motivos y, sobre todo, de la aportación jurídica realizada al efecto por nuestro TC al validar la constitucionalidad de la norma.

Y, en fin, reformado en estos términos, quedó incorporado el precepto en el RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprobó el actual Estatuto de los Trabajadores, siendo la última modificación reseñable del art. 14 ET la operada por RD Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de Medidas para favorecer la contratación estable, que introdujo, con respecto a los contratos de trabajo de duración determinada regulados en el art. 15 ET, la regla que imponía un período de prueba de duración máxima de un mes en los contratos de trabajo que no tuvieran prevista una duración superior a seis meses, al tiempo que vino a completar las situaciones suspensivas que conllevaban la interrupción de la prueba, en caso de pacto, para incluir el riesgo durante el embarazo, el riesgo durante la lactancia y la paternidad.

B. CUADRO DE FUENTES ESTATALES

Actualmente la regulación del período de prueba se encuentra, casi íntegramente en el art. 14 ET 1994 (a cuyo análisis dedicamos el grueso del presente trabajo), que define su régimen jurídico en tres apartados que han incorporado las modificaciones habidas, con mayor o menor calado, desde la redacción originaria contenida en ET 1980. La redacción actual es la 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.*
>
> *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.*
>
> *Las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, y adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad, que afecten al trabajador durante el período de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes.*

Sin abandonar el ámbito estatutario también se encuentran referencias indirectas al período de prueba en el art. 52.a) ET, en virtud del cual, será causa objetiva para extinguir el contrato la ineptitud sobrevenida, sin que pueda alegarse la existente con anterioridad al cumplimiento del período de prueba; también en el art. 15 ET se encuentra una referencia, ésta aún más indirecta, en la medida en que el art. 14 ET se remite al anterior a la hora de concretar la regla que restringe a un mes la duración de la prueba en este tipo de contratos temporales (no en todos) con duración no superior a seis meses.

En relación a las modalidades contractuales singulares, y dentro aún del marco estatutario, el art. 11 ET se encarga de regular el contrato de trabajo en prácticas (una de las dos modalidades de contrato formativo), definiendo un régimen específico del período de prueba, que desplaza al común del art. 14 ET, según se analiza posteriormente.

Aunque, sin duda, las mayores singularidades en la regulación del período de prueba se encuentran, fuera ya del ET, en la modalidad del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, de incorporación mucho más reciente a nuestro ordenamiento, a través de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, de cuyo régimen jurídico destaca, sobremanera, la imposición *ex lege* de un

período de prueba indiferenciado, de duración, en todo caso, de un año[49]; regulación del período de prueba en este nuevo contrato que ha de integrarse, además, con la interpretación jurisprudencial que anuda al período de prueba en esta relación una (auténticamente) nueva finalidad: la de comprobación de la viabilidad económica del puesto de trabajo.

Fuera del ET, encontramos también, referencias al período de prueba en la regulación de cada relación laboral especial, en la medida en que el art. 2 de la norma estatutaria se limita a "considerar" como relaciones laborales de carácter especial, sin definir su régimen jurídico: a) La del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3 c ET; b) La del servicio del hogar familiar; c) La de los penados en las instituciones penitenciarias; d) La de los deportistas profesionales; e) La de los artistas en espectáculos públicos; f) La de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas; g) La de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en los centros especiales de empleo); h) La de los estibadores portuarios que presten servicios a través de sociedades estatales o de los sujetos que desempeñen las mismas funciones que éstas en los puertos gestionados por las Comunidades Autónomas; i) Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley.

Para conocer el tratamiento que cada relación especial hace del período de prueba (como se analiza en su apartado correspondiente, hay algunas que niegan la propia posibilidad de concertar pactos de prueba; otras que efectúan una "cómoda" remisión al ET; y otras que establecen una regulación diversa y notablemente distanciada, en algunos extremos, del régimen común) hay que acudir, actualmente al: a) RD 1382/1985, de 1 agosto (Personal de Alta Dirección); b) RD 1620/2011, de 14 noviembre (Empleados del Hogar); c) RD 782/2001, de 6 julio (Penados en talleres penitenciarios); d) RD 1006/1985 de 26 junio (Deportistas profesionales); e) RD 1435/1985, de 1 agosto (Artistas en espectáculos públicos); f) RD 1438/1985, de 1 agosto ("Personal que interviene en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquellas); g) RD 1368/1985, de 17 julio

[49] Cuyo régimen jurídico define su art. 4.3, al establecer que se le aplicará, con carácter general, lo dispuesto en el ET y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido, con la única excepción de la duración del período de prueba a que se refiere el artículo 14 ET, que será de un año en todo caso.

(Discapacitados en Centros Especiales de Empleo); h) RDLeg 2/2011, de 5 septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante que dedica el Cap. VI, del Título VI, del Libro I (arts. 149 a 154) al régimen de gestión de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías (denominación actualizada de la de "estibadores portuarios" que acometió su antecesora Ley 33/2010, de 5 agosto, con diversas modificaciones con respecto a la normativa precedente); i) RD 1146/2006, de 16 junio (Residentes sanitarios) y j) RD 1331/2006, de 17 noviembre (Abogados en despachos profesionales).

C. NORMACIÓN INTERNACIONAL

Sabemos que las fuentes del Derecho del Trabajo no se agotan en la disciplina nacional, pues tienen una dimensión internacional y, en el caso de España, también comunitaria, de manera que la formulación de nuestras normas ha de respetar tanto los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, como los que derivan de la propia pertenencia a un sistema común, y de aplicación prioritaria, en el que se integra nuestro Derecho interno.

Desde este punto de vista, sin embargo, pocas miradas, y apenas de reojo, ha recibido la normativa internacional en una materia como el período de prueba, autoabastecida domésticamente, hasta que ha habido que buscar fuera de nuestras fronteras, un arma con la que repeler el ataque de una norma que ha superado todas las barreras defensivas internas. Obviamente, nos referimos con este símil bélico a la figura del contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores, cuyo período de prueba de un año, indiferenciado e indisponible, parece superar el marco que se supone justificaba la institución probatoria, desencadenando una airada respuesta desde posiciones doctrinales y judiciales, que han acudido a la normativa internacional, en busca de la protección que no parece dispensar nuestro ámbito interno, al haberse validado por el TC la constitucionalidad de tan cuestionada medida legislativa. Con este pretexto, acercamos nuestro estudio a la producción normativa internacional en la que poder acomodar la institución probatoria.

Y acudimos, en primer término, a los Convenios de la OIT, concebidos como auténticos tratados internacionales, de carácter colectivo, vinculantes en nuestro país una vez han sido objeto de ratificación interna y publicación oficial. En este contexto, reclama toda

nuestra atención el Convenio 158[50], adoptado en Ginebra en 22 junio 1982 y ratificado por España en 26 abril 1985, cuyo art. 4 establece que: "no se podrá 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 necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio", condicionamiento que, no obstante (y esto es lo que nos interesa), no será de aplicación (art. 2.2.b) en el supuesto de "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". El Convenio establece, pues, que solo una causa convenientemente justificada puede amparar la decisión unilateral extintiva del empresario (lo que, a su vez, permitirá al trabajador el acceso a la Jurisdicción, al objeto de analizar la concurrencia de dicha causa), garantía que no alcanza al contrato durante su fase de prueba siempre que la duración de ésta se haya fijado en términos de razonabilidad.

Con respecto a la apuntada "razonabilidad", el Comité de Expertos que analizó el Convenio entiende que aquella "puede variar mucho de un país a otro, y a veces también de una a otra categoría de trabajadores", por lo que "corresponde a cada país que ratifique el Convenio determinar los períodos que se consideran razonables, siempre que tal determinación se haga de buena fe". Y en este sentido, nuestro derecho interno (art. 14 ET) parece integrar dicha racionalidad cuando hace depender la duración de la fase de prueba, por una parte, del tipo de trabajo encomendado (mayor en los técnicos titulados) y, por otra, del tamaño de la empresa (de plantilla mayor o menor a 25 trabajadores), razonabilidad que, desde luego, parece estar ausente en la regulación del período de prueba realizado, para el contrato indefinido de apoyo a emprendedores, en la Ley 3/2012.

Dentro de Naciones Unidas, la promoción social y cultural de los trabajadores, atribuida al Consejo Económico y Social, se ha plasmado en la Carta de 1945, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), y en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), sin que hayamos apreciado datos relevantes en cuanto a período de prueba.

---

[50] Junto al mismo, la Conferencia adoptó la Recomendación núm. 166, de 26 junio 1963, sobre la terminación de la relación de trabajo. Ambos textos, el Convenio y la Recomendación, fueron objeto de análisis, ante las consultas planteadas, por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT para la 82ª reunión de la Conferencia Internacional celebrada en 1995.

Asimismo, las competencias sobre política social y laboral atribuidas al Consejo de Europa (Londres, 1949), se han traducido en importantes instrumentos, como el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950)[51], con sus sucesivos Protocolos (el último de los cuales fue ratificado por España en noviembre de 1989), si bien, por la relación con nuestra materia, hemos de hacer referencia a la Carta Social Europea (1961), ratificada por nuestro país en abril de 1980[52], que puede ser invocada ante los tribunales jurisdiccionales, "en aplicación, por un lado, del art. 96 CE, en el que expresamente se reconoce a los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente, como normas que forman parte de nuestro ordenamiento interno, y, por otro lado, del art. 10.2 CE, en el que se dispone la necesidad de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la CE reconoce, de conformidad con… los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España"[53].

De esta última ha de destacarse el art. 4.4, que reconoce "el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo", plazo que no concurre durante el período de prueba que, como sabemos, no exige requisitos de forma al desistimiento ni, en consecuencia, su preaviso.

Con respecto al precepto indicado, existen diferentes pronunciamientos del Comité Europeo de Derechos Sociales[54], en los que se destaca que la principal finalidad de la Carta es, en este ámbito, dotar al trabajador de un tiempo para explorar o sondear el mercado de trabajo con anterioridad a que su trabajo haya finalizado, entendiendo que un plazo de preaviso razonable ha de aplicarse a todas las categorías de trabajadores, incluidos los que estén en período de prueba; en la decisión de 23 mayo 2012, con

[51] España reconoció, por Declaración de 11 junio 1981, renovada en 18 octubre 1985, la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos para recibir demandas, por particulares y organizaciones, sobre violación de los derechos contemplados en el citado Convenio.

[52] España tiene firmado y ratificado, asimismo, el Protocolo adicional de 1988, no así la ampliación de la Carta que se hizo en el año 1996, firmada por el Gobierno en el año 2000, pero aún no llevada a las Cortes para su ratificación, ni el Protocolo adicional de 22 junio 1995.

[53] C. SALCEDO BELTRÁN: "El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional", *Revista de Derecho Social* núm. 62, 2013, pág. 113.

[54] Como la Conclusión de 22 octubre de 2010, en relación con Ucrania, a la que hace referencia Ibidem, pág. 116.

motivo de una reclamación colectiva relativa a una norma griega[55] que permitía la extinción del contrato indefinido durante el período de un año sin preaviso ni compensación alguna, el Comité ha concluido que tal disposición ha de considerarse contraria al citado art. 4.4 de la Carta[56].

En cuanto a las dudas sobre la aplicabilidad de la Carta, SALCEDO BELTRÁN[57], que ha estudiado de manera muy concienzuda el tema, advierte que el sistema de ratificación de la Carta Social Europea es peculiar, en el sentido de que es posible que no todos los Estados estén vinculados por los mismos preceptos. En este sentido, España ratificó en su totalidad la Carta Social Europea originaria (por instrumento de 29 de abril de 1980), estando vinculada, por tanto, por los derechos y garantías reconocidos y las interpretaciones que realice el Comité Europeo de Derechos Sociales en relación a todos los preceptos incluidos en la misma; y si bien es cierto que nuestro país no tiene ratificada la versión revisada de 1996, ni tampoco el Protocolo de 1995 necesario para quedar vinculada por el procedimiento de reclamaciones colectivas, hay que destacar que el precepto referido, el art. 4.4., se encuentra en su versión originaria y forma parte, en consecuencia, del ordenamiento jurídico español. Por ello, no debe relativizarse la aplicabilidad de la Carta Social Europea en nuestro país y la vinculación a las interpretaciones y resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales, ya sea por la vía del procedimiento de informes (de aplicación incuestionable a España), ya por el efecto, a modo de "jurisprudencia"[58], que adquieren las resoluciones como consecuencia de reclamaciones colectivas impuestas por los agentes sociales de otros Estados contratantes.

En el ámbito comunitario, la Unión Europea reconoce entre sus objetivos, desde su originaria constitución como CEE (Roma 1957): elevar el nivel de vida de los trabajadores de los países miembros, garantizar el empleo y nivelar sus condiciones

---

[55] La Ley 3899, de 17 diciembre 2010.

[56] Con respecto al contenido de la Carta Social Europea, pese a haber sido reconocido su carácter vinculante para los Estados miembros de la UE, el TJCE evita pronunciarse, al no ser, propiamente, una norma emanada de la UE (STJUE 5 febrero 2015, TJCE 2015/3).

[57] C. SALCEDO BELTRÁN: "Incumplimiento por España de los Tratados Internacionales: Carta Social Europea y periodo de prueba", *Revista de Derecho Social*, núm. 64, (2013), pág. 124.

[58] Las STSJ Comunidad Valenciana, Sala Contencioso-administrativo 8 marzo 2011 (JUR 2011/191434, confirmada por STS 25 mayo 2012, RJ 2012/7032) hace referencia expresa a "la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales", a la que se conceptúa como "jurisprudencia europea".

laborales, aspectos que han sido complementados en los sucesivos Tratados de adhesión y modificación y que, desde la incorporación española a esta organización, forman parte de nuestro ordenamiento, al igual que los Reglamentos y Directivas comunitarias en las que queden integrados, con primacía (art. 93 CE) sobre nuestra propia Constitución (de aquí la relevancia de encontrar amparo en sus preceptos).

Entre las finalidades u objetivos básicos del Derecho social de la UE se encuentran, además de la protección de la libre circulación de trabajadores, la garantía de los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes o el diálogo social europeo, la necesidad de "armonizar las legislaciones sociales", de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 114 a 118 del Tratado de Funcionamiento de la UE, objetivo armonizador que ha de enmarcarse en el fomento al empleo y mejora de las condiciones de vida y trabajo que propugna el art. 151[59] de dicho texto[60].

Ello ha dado paso a importantes Directivas, si bien ninguna en materia de período de prueba, pudiendo referirnos, no obstante, por la relación indirecta con el tema analizado, a la núm. 1999/70/CE del Consejo, de 28 junio 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y la CEPP, sobre el trabajo de duración determinada, norma a la que solo se puede "acceder" en el entendimiento de que, en determinados casos, la fijación de un largo período de prueba en el contrato de trabajo convierte, de facto, al contrato indefinido en un contrato temporal carente de causa. A través de esta norma de derecho derivado, se pretende a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación; y b) establecer un marco para

[59] Artículo 151 TFUE: "La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. A tal fin, la Unión y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión. Consideran que esta evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado interior, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en los Tratados y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas".

[60] La STJUE (Gran Sala) 15 enero 2014 (TJCE 2014/6), tras reconocer el amplio margen que los Estados miembros tienen para elegir las medidas con las que realizar los objetivos de su política social, apunta, sin embargo, que dicho margen de apreciación de que disponen los Estados miembros en materia de política social no puede tener el efecto de vaciar de su sustancia la aplicación de un principio de Derecho de la Unión o de una disposición de ese mismo ordenamiento jurídico.

evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, sin que se contenga una referencia expresa al período de prueba, ni en cuanto a los términos para su establecimiento ni en cuanto a su posible duración[61].

También en este marco comunitario, el art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclama, como derecho fundamental de los trabajadores, la protección frente al despido sin causa[62], declaración ésta que cabría relacionar, también indirectamente, con el periodo de prueba, ahora desde su perspectiva extintiva.

El problema con el que nos encontramos, no obstante, al intentar mirarnos en el espejo comunitario es que el mismo solo proyecta su aplicabilidad en "las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, no fuera de ellas; y respecto del período de prueba nada dice tal ordenamiento"[63]. Por ello, el contenido del art. 30 de la Carta no puede aplicarse al período de prueba y, en cuanto al art. 151 TFUE, nos encontramos con que el precepto no contiene ninguna obligación concreta atinente a los períodos de prueba en los contratos de trabajo, más allá de la genérica aspiración que contempla; en cuanto a la Directiva 1999/70/CE, la misma tiene únicamente aplicación en los contratos "temporales".

Junto al Derecho internacional "uniforme", emanado de los organismos internacionales (en materia laboral, la OIT es la institución más relevante), existe un Derecho

---

[61] En la Cláusula 5ª, la Directiva 1999/70/CE establece que: "1) A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales. 2) Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada: a) se considerarán «sucesivos»; b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido".

[62] Art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Protección en caso de despido injustificado: "Todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales". Por su parte, el art. 6 del TUE contempla el reconocimiento por parte de la UE de los derechos, libertades y principios enunciados en esa Carta, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

[63] A. V. SEMPERE NAVARRO: "El TJUE y el TC examinan el contrato de apoyo a emprendedores", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2015 (Edición digital), BIB. 2015/695, pág. 2.

internacional convencional o pactado, que tiene su origen en acuerdos directos entre dos o más Estados, y su expresión en los convenios bilaterales o multilaterales (la ratificación es condición imprescindible para su aplicabilidad), cuya finalidad central es la protección laboral de los trabajadores emigrantes[64], sin que en este contexto se hayan localizado referencias al período de prueba.

En última instancia, la transposición al ámbito internacional del esquema interno del convenio colectivo, y el deseo de las organizaciones sindicales y patronales por negociar condiciones de trabajo a nivel internacional (todo ello propiciado por la generalización de las empresas multinacionales) hace surgir la figura del convenio colectivo "internacional", si bien su implantación es muy limitada, más allá de marcos regionalizados y homogéneos, dadas las enormes diferencias que exteriorizan los sistemas de negociación colectiva de cada país, las diferencias económicas y productivas entre los diferentes territorios y, en fin, la deficiente organización sindical en este contexto internacional, no obstante todo lo cual, es un marco éste, el de la experiencia convencional, en el que no sería descartable lograr una cierta homogeneización de las reglas sobre la prueba en el ámbito aplicativo que consigan acotar.

D. PAPEL DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Los convenios colectivos regulados en el ET, como expresión del derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 CE, forman parte del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo, dado su carácter regulador de la relación laboral (art. 3.1.b ET), siendo el principal instrumento de fijación de las condiciones de trabajo en nuestro país, al "facilitar la consecución de una situación de equilibrio negocial entre las partes, que es imposible de conseguir con las meras y simples relaciones contractuales individuales entre empresario y trabajador"[65].

Este papel protagonista, atribuible a los convenios adquiere aún mayor relevancia cuando el legislador opta por encomendar a la negociación colectiva la regulación de aspectos esenciales de las relaciones de trabajo, como sucede en materia de prueba.

---

[64] A. MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo* (Bibl. cit.), pág. 206.

[65] J. GORELLI HERNÁNDEZ: "Sobre la eficacia de los convenios colectivos una vez agotada su vigencia", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2014, Edición digital, pág. 1.

Si, además, convenimos en que el nivel de detalle empleado por el art. 14 ET en la regulación del período de prueba es mínimo, y a ello se añade que no existen normas de desarrollo, más allá de las que muestran particular interés en la normación de su respectiva modalidad contractual o relación especial, parece claro que el papel potencialmente atribuido a los negociadores colectivos es de una relevancia máxima, en la integración y complemento de una regulación deliberadamente abierta.

En efecto, la literalidad de este precepto nuclear, apenas viene a cimentar la institución del período de prueba sobre los siguientes pilares: a) su carácter facultativo y la exigencia de pacto expreso para su constitución; b) la formalidad de su establecimiento, por escrito; c) el carácter referencial de unos plazos máximos (que operan sólo en defecto de convenio) acomodados al tipo de trabajador (técnicos titulados y resto de trabajadores), tamaño de la empresa (mayor o menor de 25 trabajadores) y duración del contrato (mayor o menor a seis meses); d) la compulsión a los contratantes en cuanto a la realización de las experiencias propias del contrato; e) la prohibición de imponer un período de prueba a quien previamente desempeñó idénticas funciones en la empresa; f) el reconocimiento al trabajador del catálogo íntegro de derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo durante la prueba; g) la libertad en la resolución contractual como única excepción a los derechos anteriormente afirmados; h) la adquisición de plenos efectos por el contrato, individualizadamente el cómputo de la antigüedad, como consecuencia aparejada al transcurso de la prueba; i) la no interrupción del período de prueba, salvo pacto expreso, en las situaciones suspensivas del contrato que el precepto define.

Desde este punto de partida, el convenio colectivo tiene una misión esencial (14.1), que no es otra que marcar a los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, los límites de duración a los que habrán de atenerse al establecer, en el contrato individual, el pacto de prueba, habilitación legal que, en buena lógica, debiera ser aprovechada por los negociadores para perfilar, en función de los más variados elementos que ofrezca el sector de actividad (con los que no puede contar el legislador) el tiempo que se estima necesario para cumplir con solvencia la misión prospectiva anudada a la prueba. En cumplimiento de esta misión, los negociadores han de decidir, quizás, el aspecto más importante de la institución, pues la amplitud del marco temporal que definan condicionará, a su vez, la provisionalidad y precarización del vínculo laboral, circunstancias éstas que únicamente podrán ser paliadas por los órganos

jurisdiccionales, en caso de apreciar su carácter abusivo en caso de impugnación individual del cese producido durante la vigencia del período probatorio.

La importancia de esta habilitación es más clara si atendemos a que, hasta la reforma de 1994, como se ha visto, el precepto legal regulaba imperativamente la duración de la prueba, haciéndola indisponible para la autonomía colectiva, que únicamente podía establecer duraciones iguales o inferiores a la establecida en el art. 14 ET, nunca superiores. La norma actual opera, pues, una "deslegalización relativa"[66] de la duración del período de prueba, efectuando una llamada al convenio colectivo como sustituto de la norma, y no como complemento o suplemento de ésta, en la medida en que la regulación legal solo operará en defecto del citado convenio. Ahora bien, de la propia dicción del precepto (límites de duración que se establezcan en los "convenios colectivos") parece deducirse que tal atribución se efectúa, efectivamente, a los convenios colectivos (con independencia del ámbito de negociación, sectorial o no), pero no a los acuerdos de empresa[67].

Más allá de esta habilitación sustitutiva, los negociadores tienen la oportunidad de dotarse de normas jurídicas *ad hoc* complementarias del régimen estatutario, más allá de la duración. En efecto, pueden:

a) Realizar un ajuste efectivo de la duración de la prueba en función de criterios objetivos, que tengan en cuenta las circunstancias efectivas de la actividad contratada, el tamaño de la empresa, etc.

b) Ajustar el régimen jurídico de la institución a la naturaleza, temporal o indefinida del contrato de trabajo, mediante fórmulas de proporcionalidad o, incluso,

---

[66] A. L. de VAL TENA: *Pacto de prueba…* (Bibl. cit), pág. 66, considera más acertado este término que el de "dispositivización", empleado por T. SALA FRANCO: *La reforma del mercado de trabajo*, CISS, Valencia, 1994, pág. 248, al que cita.

[67] Para M. A. BALLESTER PASTOR: *El período de prueba* (Bibl. cit.), pág. 20, la regulación del período de prueba no puede contenerse en acuerdos de empresa, porque si ésta hubiera sido la voluntad del legislador lo hubiera reflejado expresamente, debiendo entenderse tasados los supuestos de pactos de empresa. Por su parte, A. L. de VAL TENA: *Pacto de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 69, entiende, en el mismo sentido, que la llamada para suplir lo es únicamente a los convenios colectivos, sin posibilidad de hacerla extensiva a los acuerdos de empresa, ya que la habilitación está limitada por una norma supletoria imperativa, existiendo una reserva material absoluta en favor de los convenios colectivos de cualquier ámbito, pero que no llega a integrar el contenido necesario del convenio porque la ausencia de negociación sobre la materia supone, por mandato legal, la aplicación de las reglas específicas del Estatuto. De la misma opinión es O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 65, quien extiende la imposibilidad de regulación también a los convenios extra-estatutarios.

exclusión en los de corta duración; adaptar, igualmente, el período de prueba, a la singularidad representada por la contratación a tiempo parcial o la figura del trabajador fijo discontinuo, en las que la experimentación de la prueba no goza de la uniformidad del contrato ordinario a tiempo completo.

c) Clarificar el carácter natural o laborable de los plazos de prueba.

d) Dotar de contenido a las "experiencias" cuya realización viene exigida a los contratantes.

e) Explicitar, en su caso, la formalidad que podría exigirse a la decisión de desistimiento.

f) Dotar de seguridad jurídica, sin desnaturalizarla, dicha facultad *ad nutum*, incluyendo la audiencia previa del órgano de representación de los trabajadores como requisito previo o, exigiendo una vinculación entre el motivo del cese y el resultado de la experimentación.

g) Contemplar, sobre todo en contratos condicionados por períodos de prueba de larga duración, la existencia de indemnizaciones o compensaciones cuando el cese se produzca transcurrido un tiempo considerable desde su formalización.

h) Concretar la formalidad que haya de darse al acuerdo por el que se interrumpa el período de prueba, en las circunstancias suspensivas indicadas, estableciendo, además, los "efectos" de dicha suspensión, esto es, si durante aquella se mantiene activa la facultad resolutoria o ésta puede limitarse en algún caso.

i) Desarrollar los supuestos en los que el período de prueba se limita ante contrataciones anteriores del mismo trabajador, teniendo en cuenta el contenido de aquella, la duración de dicha contratación o el tiempo transcurrido desde su finalización.

j) Etc.

Del interés que, efectivamente, muestren los negociadores colectivos en esta materia dependerá el que trabajadores y empresarios puedan incorporar en el vínculo contractual una figura útil y ajustada, realmente, a las necesidades advertidas en su sector o, por el contrario, tengan que conformarse con una reiteración del marco estatutario, precisado de continuos complementos por parte de la Jurisprudencia, esto es, una vez verificados

los conflictos que, precisamente, podrían evitarse o minorarse, a partir de la integración de esta figura por medio de las normas que las propias partes hayan decidido otorgarse.

3. DERECHOS Y OBLIGACIONES DURANTE LA PRUEBA

A. LA EXPERIMENTACIÓN COMO PRESUPUESTO LEGITIMADOR DE LA PRUEBA

En expresión de nuestra Real Academia de la Lengua[68], "prueba" es, en una de sus primeras acepciones, el "ensayo o experimento que se hace de algo, para saber cómo resultará en su forma definitiva", definición que, sin necesidad de incorporar matiz jurídico alguno, nos serviría para caracterizar el período de prueba como aquella fase, temporal, durante la que se experimenta la relación de trabajo al objeto de decidir su consolidación.

Como sabemos, nuestra normativa sobre contratación laboral no permite acudir, sin más, a los contratos temporales a modo de banco de pruebas o trampolín de un hipotético vínculo definitivo posterior para el caso de haber concluido satisfactoriamente el primero; la contratación temporal es causal y, en ausencia de las circunstancias que la habilitan legalmente, la misma se reputará fraudulenta, con todas las consecuencias que ello conlleva, de modo que el empresario (al menos en teoría, porque en la práctica sucede con frecuencia lo contrario), no podrá utilizar el contrato temporal como experimentación de un eventual y posterior contrato indefinido.

Por otra parte, las consecuencias de cualquier decisión que conlleve la extinción de una contratación concertada *ab initio* con carácter indefinido, serán siempre gravosas para el empresario pues, salvo procedencia del cese por causa disciplinaria acreditada, toda decisión en este ámbito conllevará el abono de una indemnización por despido o la obligación de readmisión con la consecuente obligación de pago y cotización por los salarios de tramitación.

Pues bien, en este marco ha de tener cabida la legítima aspiración del empresario de garantizar, siquiera en términos de mediana aceptación, que la persona que incorpora a su plantilla reúne las condiciones idóneas para el desempeño del puesto contratado, no pudiendo exigírsele que arriesgue en la contratación de quien previamente no ha podido acreditar que reúna las citadas condiciones. En este contexto, torna esencial la

[68] http://lema.rae.es/Edición 22ª.

posibilidad de que las partes, durante un período determinado, y sin verse obligados a acudir de forma irregular a la contratación temporal, puedan experimentar el objeto del contrato de forma que, desplegando la diligencia precisa, puedan contar con elementos de juicio suficientes para decidir libremente la continuidad del vínculo y, con él, su consolidación como contrato indefinido o causal o, en otro sentido, su finalización sin las consecuencias negativas apuntadas.

Y esta "experimentación" es la que debe tener lugar, precisamente, durante el período de prueba que las partes hayan decidido incorporar al contrato, experimentación cuyo contenido poca atención ha obtenido por parte de doctrina y jurisprudencia, más centradas en el análisis de la naturaleza jurídica, las condiciones necesarias para el establecimiento del pacto, los límites y duración de aquel y, sobre todo, su régimen extintivo.

Tampoco a nivel normativo contiene el ET una definición de la institución, ni clarifica en qué habrá de consistir el objeto de la prueba, pero sí esboza su contenido y presupuesto legitimador, al instar a los contratantes, de manera imperativa[69] ("empresario y trabajador están, respectivamente, obligados") a "realizar las experiencias que constituyen el objeto de la prueba" (art. 14.1.3º), de manera que éstos deberán, pues, dedicar a la experimentación del contrato, el esfuerzo y atención necesarios para lograr la finalidad que ha legitimado la imposición del pacto de prueba, sin darla por finalizada sino hasta tener cabal conocimiento de que no se dan las circunstancias que permitirían consolidar el vínculo; el empresario experimentará durante la fase probatoria hasta conocer las habilidades y aptitudes del trabajador, mientras que el trabajador desenvolverá su prestación de servicios con el objetivo de atisbar su íntegra cotidianeidad antes de acceder a la consolidación.

Como señala MARTÍN VALVERDE[70], el deber de experimento vincula a ambas partes del contrato durante la fase probatoria a realizar (por el trabajador) y a facilitar y

---

[69] Aunque la norma no establece sanción alguna a su incumplimiento, en contraposición a la nulidad que sí apareja, por ejemplo, al pacto de prueba cuando el trabajador haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa (art. 14.1.4º ET).

[70] A. MARTIN VALVERDE: *El período de prueba* (Bibl. cit.), págs. 217-223. El autor indica, no obstante, que "el deber de experimento (esfuerzo en conocer las facultades y peculiaridades del empleado, sin abusar de la prerrogativa empresarial de despedir sin antes haber dado al trabajador la oportunidad de manifestar sus aptitudes durante el período de prueba) es consustancial al propio contrato, sin necesidad de una referencia legal *ad hoc*, si bien es cierto que ni la doctrina ha identificado teóricamente su

consentir (por el empleador), la prestación de servicios (idéntica, en principio, a la que es objeto del contrato) de forma que pueda verificarse la aptitud y la adaptación del trabajador al trabajo contratado; puesta en práctica que no habrá de estar orientada a la comprobación de cualidades diferentes a la aptitud profesional, debiendo desarrollarse en forma que resulte funcional a los intereses de demostración y ensayo, permitiéndose por el empleador la efectiva ocupación del puesto de trabajo por su empleado, dándole la información que precise, compensando los déficits formativos y de adaptación que surjan, sin interrumpir la experimentación antes de adquirir elementos de juicio suficientes sobre la idoneidad del trabajador que, por su parte, habrá de cooperar al éxito del experimento, sin ejercitar su facultad de desistimiento de forma abusiva o emulativa.

Esta experimentación "finalista" es el presupuesto que justifica y legitima la propia inclusión del período de prueba y que debiera definir, asimismo, los términos en los que ejercitarse la prerrogativa empresarial de desistir del contrato, necesariamente ajustada al resultado de la experimentación, tras valoración de los elementos mensurables en el contexto de la buena fe contractual. Si las partes han de experimentar necesariamente el objeto del contrato, se entiende que no debieran desistir del mismo si el resultado de aquella colma las expectativas depositadas.

De hecho, doctrinalmente se ha defendido que la acreditación de la inhabilidad o falta de aptitudes por parte del trabajador, como resultado de la previa experimentación, es necesaria para un desistimiento eficaz[71], siendo esta interpretación "plenamente consecuente con la justificación de la institución probatoria que, además, impide la utilización fraudulenta del período de prueba y frena potenciales utilizaciones de la institución contrariando el principio de estabilidad en el empleo"[72]. Y es que "de no ser así, la obligación legal de realizar las experiencias propias de la prueba no sería más que

contenido, ni la jurisprudencia ha recalado en él desde un punto de vista práctico, de manera que los tribunales siguen funcionando con el esquema abstracto del período de prueba como ámbito temporal de despido absolutamente libre (¿abuso o ejercicio antisocial del derecho?).

[71] *Ibidem*, págs. 267 y ss.

[72] M. A. BALLESTER PASTOR: *El período de prueba* (Bibl. cit.), pág. 45, considera, no obstante, que "desde este punto de vista, el deber de experimento (esfuerzo en conocer las facultades y peculiaridades del empleado, sin abusar de la prerrogativa empresarial de despedir sin antes haber dado al trabajador la oportunidad de manifestar sus aptitudes durante el período de prueba) es consustancial al propio contrato, sin necesidad de una referencia legal *ad hoc*, si bien es cierto que ni la doctrina ha identificado teóricamente su contenido, ni la jurisprudencia ha recalado en él desde un punto de vista práctico, de manera que los tribunales siguen funcionando con el esquema abstracto del período de prueba como ámbito temporal de despido absolutamente libre (¿abuso o ejercicio antisocial del derecho?).

una pretensión ornamental introducida por el legislador, con carácter dispositivo, no imperativo, y por tanto no constituiría un deber para las partes"[73].

Para FERNÁNDEZ MÁRQUEZ[74], "forma parte de la esencia del período de prueba la experimentación y verificación de las facultades del trabajador, lo que en buena lógica debería traducirse en vincular el cese de los trabajadores afectados al resultado negativo de los ensayos". Para este autor, la irrefutable funcionalidad "prospectiva" del período de prueba tiene como resultado la necesidad innegable de experimentación, no sólo porque así deriva directamente del art. 14.1 ET, sino porque el mismo precepto, de modo indirecto, también lo está anunciando: a) cuando distingue los topes temporales máximos en función de la cualificación del trabajador (muestra evidente de que la experimentación de tareas complejas precisa más tiempo); b) cuando prescribe la interrupción, salvo pacto, del período de prueba en determinadas suspensiones del contrato (porque durante dicho período no va a ser posible la experimentación del contrato): o c) cuando califica de nulo el período de prueba cuando se han desempeñado idénticas funciones con anterioridad (precisamente porque en ese caso no es necesaria la experimentación[75]).

Algunos autores, como MONTOYA MELGAR, incluso han convertido al "experimento" en la esencia definitoria de la institución, de manera que existe un auténtico "contrato de trabajo a prueba", como negocio jurídico bilateral mediante el que trabajador y empresario pretenden el reconocimiento empírico de las condiciones contractuales que habrían de regir en un futuro, mediante la experimentación, siendo la causa del contrato de prueba la comprobación práctica de las condiciones de una futura relación laboral, de tal modo que, en la prueba, lo esencial es el experimento, mientras que el cambio trabajo-salario tiene mero carácter instrumental"[76]. Uno de los problemas

---

[73] F. J. TOROLLO GONZÁLEZ: "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 de Madrid-Facultad de Derecho, Madrid, 1996, pág. 347.

[73] O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), págs. 22 y ss.

[75] Como veremos en el apartado correspondiente, cuando el TS ha validado un segundo período de prueba en un supuesto de realización previa y simultánea de idénticos cometidos lo ha hecho sobre la base, precisamente, de la necesidad de experimentación inherente a la fase de prueba, y en concreto, en la posibilidad de "completar" el resto del plazo no consumido en el anterior contrato para dar a las partes la oportunidad de ultimar dicha experimentación que les permita adoptar de manera coherente una decisión extintiva o de consolidación definitiva del vínculo laboral.

[76] Tesis minoritaria pero muy reconocida e identificada con este autor, para quien el intercambio recíproco de trabajo por remuneración inherente al contrato de trabajo sería solo secundario.

de esta configuración es su "choque" con la realidad: ¿cómo seguir manteniendo el carácter meramente accesorio de la prestación laboral en un contrato a prueba que, por convenio, pueda prolongarse (según veremos) dos y hasta tres años? ¿Y en el contrato de apoyo a emprendedores, en que este período es de un año? ¿Y en los supuestos de ETTs que contraten al trabajador, de manera reiterada para ponerlo a disposición de distintas empresas usuarias, incluyendo un nuevo período de prueba en cada uno de los contratos?

Lo que sí podemos afirmar es que ningún texto legal da cuenta del contenido de la obligación legal de experimento que se instituye (¿En qué consiste tal experimentación? ¿Hay alguna diferencia entre ésta y el propio desarrollo de la ocupación contratada indistinguible de la que se realice una vez superada la fase de prueba? ¿Se admite una menor exigencia en la efectividad de la prestación laboral? o ¿Acaso, el experimento incluye algún aspecto aún formativo que lo distinga de la relación comunizada?), lo que contribuye a que esta compulsión al experimento no haya adquirido la eficacia que se le ha podido presuponer, más aún cuando los convenios colectivos (como se analizará en un apartado independiente) tampoco han contribuido, salvo escasísimas excepciones, a integrar de contenido aquella obligación con respecto a sus respectivos ámbitos funcionales.

Problema añadido es que el reconocimiento, inmediatamente después (art. 14.2 ET), de la facultad de desistimiento libre, viene a desvirtuar la obligación anteriormente introducida aún en sus inespecíficos términos (una obligación deja de existir realmente cuando su incumplimiento no resulta controlable a posteriori), pues se faculta a las partes a desvincularse del contrato suscrito sin necesidad de alegar la causa y mucho menos acreditar el resultado del experimento al que fueron compelidas, extremo éste que, como veremos en el análisis casuístico efectuado en las páginas siguientes, ha sido asumido sin fisuras por nuestros Tribunales.

Como indica DE VAL TENA[77], si se ha impuesto, *ex lege*, un deber de experimento, consistente en la obligación, de empleador y trabajador, de realizar las experiencias constitutivas del objeto de la prueba sería "intachable", desde una perspectiva lógica, un condicionamiento de la facultad extintiva del contrato a la realización de tales

[77] A. L. de VAL TENA: *Pacto de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 153.

experiencias, incluso a la valoración, en términos de satisfacción de intereses, de los resultados, de forma que la causa extintiva quedara ligada al resultado negativo de la prueba y la justificación legal de la resolución del vínculo se situara, después de la oportuna experimentación, en la frustración de ésta. A su vez, se precisaría que la fase de prueba se extendiera durante un tiempo mínimo para que fuera factible el cumplimiento de esa obligación, impidiendo al empresario resolver el contrato en cualquier momento. Sin embargo, al callar nuestro ordenamiento sobre los efectos de la inobservancia del deber de experimento, no es posible encontrar un nexo de unión entre el deber de experimento y la posibilidad de dar por concluido el contrato de trabajo durante el transcurso de la prueba. De ahí que los efectos del precepto sean de una importancia "menor"; a este respecto, si el trabajador se niega a realizar la prueba, el empresario utilizará su facultad extintiva; si, por el contrario, es el trabajador quien se niega a realizar las experiencias propias del contrato, será el trabajador quien podrá optar por desistir del contrato o permanecer en esa situación (asumiendo la pasividad empresarial) en espera de que la relación se "consolide", aceptándose, incluso, la posibilidad de resolución del contrato, *ex* art. 50 ET, por incumplimiento empresarial, si bien, esta solución no será la común, dada la cuantía mínima de la indemnización a percibir y las formalidades inherentes al procedimiento. En definitiva, el deber de realizar las experiencias constitutivas de la prueba solo despliega efectos "sucesivos" (citando a LÓPEZ GANDÍA), en orden a un posterior despido por ineptitud sobrevenida[78], de ahí la imposibilidad de alegar con posterioridad una causa de despido relacionada con las experiencias no realizadas durante el período de prueba, salvo los supuestos de impericia oculta o de actuación maliciosa o fraudulenta del trabajador.

Como explicación de la (aparente) incongruencia que supone exigir una experimentación para luego permitir un desistimiento totalmente libre y desvinculado de ésta, quizás encontremos la inconfesada caracterización fiduciaria[79] del contrato de

---

[78] Art. 52.a ET.

[79] Como señala A. MARTÍN VALVERDE: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), págs. 300-303, no parecerían premisas discutibles: que el contrato de trabajo ha de ser cumplido con arreglo a las exigencias de la buena fe, y que el despido del trabajador ha de ser siempre un despido justificado. Y sin embargo, la práctica judicial parece no estar orientada siempre en esa línea, sino que elude la revisión de las decisiones empresariales, confirmándose su validez con generalidad. Sin embargo, esta postura no se basa en el acogimiento expreso del modelo fiduciario por los tribunales, sino que parece obedecer, más bien, a motivos "políticos": la salvaguarda a ultranza de la prerrogativa empresarial de seleccionar, desde todos los puntos de vista, a los trabajadores de la plantilla, aun a costa de transigir con las prácticas abusivas del período de prueba. Y frente a esta tendencia, no ha habido una oposición visible: el movimiento obrero ha

trabajo por el legislador, que le habría llevado a flexibilizar el desistimiento, sin exigencia de causa, precisamente por la relevancia que se otorgaría en dicha decisión extintiva a las circunstancias personales del trabajador, no directamente relacionadas con sus cualidades o capacidades profesionales, sino con una apreciación de sus condiciones personales por parte del empleador, siempre difícil de dotar de contenido objetivable[80].

B. APLICACIÓN DEL RESTO DE INSTITUCIONES LABORALES

Ya se conciba el período de prueba como una fase inicial del contrato de trabajo ordinario, ya como un contrato singular o con peculiaridades, lo cierto es que la regulación del mismo, lejos de ser completa, se limita a perfilar unos pocos aspectos de su régimen jurídico[81], de manera que la relación jurídico-laboral que vincula al trabajador con su empresa durante el período en que aquella quede sometida a un pacto de prueba (sean quince días, sea un año), necesariamente habrá de ser integrada por aplicación del resto de instituciones y principios laborales comunes.

En cualquier caso, la eventualidad de su sometimiento a prueba solo condiciona al contrato de trabajo en su dimensión extintiva, incorporando el trabajador, desde el mismo inicio de la prestación de servicios, todos los derechos y obligaciones correspondientes a su relación laboral, sea esta común, especial o singular, a excepción del régimen extintivo que, como sabemos, no puede ser encorsetado formal ni materialmente.

Ello es así pese a la confusa redacción del precepto regulador del período de prueba que, parece reiterar, hasta en dos ocasiones, una idea contraria al régimen jurídico que

---

estado ocupado en otras cuestiones de mayor trascendencia; la empresa ha convencido de la "necesidad técnica" del período de prueba; y la doctrina científica ha acogido, de manera acrítica, los tópicos de la sabiduría convencional en la materia, preocupándose casi exclusivamente, en la defensa de la estabilidad en el empleo en relaciones de trabajo ya consolidadas.

[80] Lo que ocurre es que dicha concepción no se ha incorporado expresamente al art. 14 ET, que en ningún caso señala a la prueba como momento idóneo para que las partes tengan un conocimiento de los aspectos inherentes a la personalidad del contratante.

[81] Básicamente: necesidad de pacto expreso y forma escrita, determinación por convenio colectivo de la duración de la prueba (actuando los plazos estatutarios en defecto de éste), obligación de experimento, límites a su establecimiento por realización previa de idénticas funciones, reconocimiento de derechos y obligaciones en plenitud (salvo el régimen de extinción causal), efectos de su transcurso y régimen interruptorio ante determinadas situaciones suspensivas.

realmente instituye. En efecto, los números 2[82] y 3[83] del art. 14 ET, parecen negar al trabajador durante el período de prueba su condición de miembro "de la plantilla", al tiempo que defieren a la superación de la prueba sin desistimiento la adquisición, por la relación laboral, de sus "plenos efectos", ideas éstas que, sin embargo, no parecen concretarse posteriormente, quedando además contradichas por la evidencia de que sólo son ajenas al contrato a prueba (art. 14.2. *in fine*) las garantías extintivas, previstas para el momento en que la fase probatoria haya sido superada.

Podemos afirmar, por tanto, pese a la poco atinada redacción del precepto, que el legislador ha contemplado[84], la figura del "contrato de trabajo con período de prueba", como una etapa inicial de la relación laboral que origina desde el primer momento todos los derechos y obligaciones, de tal forma que, 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 extinguir *ante tempus* el celebrado con duración determinada. Por ello, la provisionalidad de la relación de trabajo mientras transcurre el tiempo de prueba no supone que el contrato despliegue efectos parciales en tanto no se consolide; al contrario, las obligaciones y derechos de las partes son prácticamente los mismos (por el trabajador: prestar los servicios convenidos, afiliarse a sindicatos, adoptar medidas de conflicto, etc.; por el empresario; retribuir los servicios, ejercer el poder de dirección y disciplinario, etc.), exceptuando, volvemos a insistir, "los derivados de la resolución de la relación laboral".

De este modo, como ampliaremos en su momento, el art. 14 ET define el escueto régimen general aplicable a los contratos de trabajo durante la fase de prueba, contratos que han de regirse, en el resto de aspectos, por la normativa estatutaria propia del contrato de trabajo; y a su vez, el régimen estatutario del período de prueba ha de ser respetuoso, en virtud del principio de especialidad, con las reglas singulares que, en esta materia, describan otros ámbitos, ya sean las particularidades propias de una modalidad

---

[82] "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".

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

[84] A. L. de VAL TENA: *Pacto de prueba* (Bibl. cit.), págs. 53 y 129.

contractual (como el contrato de trabajo en prácticas o el contrato de carácter indefinido de apoyo a los emprendedores), las de un contrato ordinario con particularidades (véase el empleo para la Administración Pública), o, en fin, las de una relación laboral especial (alguna de las cuales incluso prohíbe su propio establecimiento).

C. ESPECIFICIDAD DE LA FIGURA

Como indica FERNÁNDEZ MÁRQUEZ[85], la doctrina especializada ha puesto de manifiesto que el período de prueba es una institución específicamente laboral, que no puede reconducirse a ninguna de las instituciones clásicas del derecho privado de los contratos, so pena de incurrir en distorsiones o representaciones inadecuadas, sin correspondencia con la realidad de trabajo; desde un punto de vista de resignado pragmatismo señala, no obstante, el autor, cómo la tesis que ha terminado generalizándose es la que entiende al período de prueba como un instrumento de gestión de personal que podría utilizarse, sin restricciones, a modo de franquicia de las exigencias de despido durante la fase inicial de cualquier relación de trabajo y que se traduciría en una total libertad de desistimiento empresarial.

Por su parte, y dentro del ámbito estrictamente laboral, el contrato de trabajo durante la vigencia del período de prueba, solo puede abordarse como una figura *sui generis*, al no encajar en el "molde" de la contratación temporal (necesariamente causal), ni haberse concebido por el legislador como una relación laboral especial o como una figura singularizada y diferenciada de un posterior contrato de trabajo en sentido estricto.

Y así, doctrinalmente, se ha estudiado esta figura desde diversos puntos de vista, coincidentes, cada cual, con el aspecto más relevante o identificable a juicio del autor.

En este sentido, la relación de trabajo a prueba se ha llegado a considerar como un auténtico contrato singular, diferenciado del propio contrato ordinario, al que antecede; en este sentido MONTOYA MELGAR [86], para quien las expresiones contenidas en los números 2 y 3 del art. 14 ET (que la doctrina considera mayoritariamente desafortunadas) son las que, en su válida literalidad, separan al "contrato de trabajo a prueba" del contrato de trabajo común (atribuyéndose al primero una auténtica esencia "experimental", más allá de la accesoria y necesaria prestación de servicios), no siendo

[85] O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 12.

[86] A. MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 35ª Edición, Madrid, 2014, págs. 522 y ss.

necesario un enfoque desde el momento extintivo, en la medida en que el contrato a prueba, mientras ésta transcurra, no ha adquirido los plenos efectos inherentes al contrato de trabajo, no considerándose, por lo demás, al trabajador a prueba como un verdadero integrante de la plantilla.

Aunque el enfoque más común es el que encuadra a la institución probatoria desde su elemento definitorio, el desistimiento *ad nutum*, acercándose, pues, a esta concreta figura desde el más amplio análisis de la "extinción" del contrato de trabajo. En efecto, como tendremos ocasión de ver a lo largo de este trabajo, la problemática en relación al período de prueba, pese a (o quizás por) lo escueto de su regulación legal, es muy rica: inclusión en contratos temporales, duración coincidente con éstos, permisión en determinadas modalidades contractuales cuya razón de ser es muy dudosa, tipo de trabajadores con respecto a los que se puede estipular, reiteración de la prueba al trabajador que prestó servicios en la misma empresa, incluidos los fenómenos interempresariales, mantenimiento de la efectividad de la institución durante su interrupción por suspensión contractual, formalidades en su constitución, etc.

Sin embargo, la teoría dominante es la que se aproxima al instituto probatorio desde su más extraordinaria singularidad, el desistimiento libre y acausal, priorizándose el enfoque extintivo sobre otros aspectos también relevantes.

Para ilustrar esta afirmación y, sin ánimo de exhaustividad, observamos como PIQUERAS PIQUERAS[87] aborda el análisis de la figura desde el aspecto extintivo, relacionando el desistimiento, cuya naturaleza jurídica aborda, con el principio de estabilidad en el empleo, analizando sus causas (en relación con los derechos constitucionales y la legalidad ordinaria) y formalidades del acto resolutorio, destacando cómo "la desaparición o debilitación de las normas limitadoras de la libre resolución de la relación laboral, especialmente por voluntad del empresario, constituye quizá el rasgo que caracteriza con mayor fuerza el periodo de prueba".

En la misma línea, BALLESTER PASTOR[88] se acerca al "significado del período de prueba" como instrumento de selección enmarcado en el carácter personalísimo de la relación laboral, si bien que advirtiendo como diferencia con respecto a otros

[87] M. C. PIQUERAS PIQUERAS: "El período de prueba…" (Bibl. cit), pág. 250.

[88] M. A. BALLESTER PASTOR: *El período de prueba* (Bibl. cit.), pág. 9.

ordenamientos, que en el laboral, presidido por la estabilidad en el empleo, se hace necesario el reconocimiento normativo de la posibilidad de extinción no causal durante los primeros momentos de la relación laboral, adelantándose con ello la relevancia del momento extintivo.

También BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ[89] muestra su evidente preferencia por el enfoque extintivo, al destacar, del período de prueba, la excepcionalidad que su desistimiento representa en el sistema de extinción causal.

Por su parte, DE VAL TENA[90], reconoce que esta figura presenta "dos caras": por un lado, la finalidad de experimentación que se pretende y, por otro, la libre decisión sobre la consolidación de la relación, estando ambos elementos estrechamente unidos, sin que pueda entenderse sin ellos el período de prueba; desde esta concepción, tan relevante es la esencia experimental como la propia singularidad extintiva.

Una cara principal tiene (o debiera tener) para FERNÁNDEZ MÁRQUEZ[91] el período de prueba, y no es otra que su "funcionalidad prospectiva" (esto es, la que permite y obliga a empresario y trabajador a experimentar previamente el objeto del contrato al objeto de decidir si se asume plenamente el compromiso contractual), si bien se afirma, inmediatamente, la relevancia de la prospección como "clave" del período de prueba en cuanto a sus efectos sobre las facultades extintivas del empresario (en su condición de cese "causal" y no libre desistimiento).

Incluso los Manuales prácticos de consulta se centran mayoritariamente en el análisis del período de prueba desde la facultad resolutoria del contrato[92].

---

[89] I. BELTRÁN de HEREDIA RUIZ: "Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores: argumentos para la inconstitucionalidad del período de prueba", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 158, 2013, pág. 200.

[90] A. L. de VAL TENA: *Pacto de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 23.

[91] O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), págs. 22 y ss.

[92] Como ejemplo, cfr. VV.AA.: *Memento Práctico,* Francis Lefebvre, Madrid, 2015, que comienza el análisis del período de prueba (pág. 246), indicando que "Es posible estipular un período de prueba durante el cual ambas partes pueden resolver el contrato sin necesidad de alegar justa causa, sin preaviso y sin indemnización alguna" (obra que "toma partido", además, por la tesis de la condición resolutoria). También destaca su carácter resolutorio como primer enfoque la obra: *Estatuto de los Trabajadores comentado y con Jurisprudencia* (Dir. S. DEL REY GUANTER), La Ley, 2005 (pág. 232). Otros textos de consulta prácticos siguen, al contrario, esquemas de cronología que sitúan a la extinción entre los últimos aspectos de análisis, así, *Practicum Social*, Aranzadi, 2014 (pág. 279) o *Estatuto de los Trabajadores, Códigos con Jurisprudencia*, Aranzadi, 2014 (pág. 91).

En cuanto a los Manuales doctrinales más conocidos, podemos observar cómo:

a) PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA[93] abordan su estudio en un capítulo dedicado a las "Modalidades del contrato", cerrándose con el "Contrato a prueba", una lista que se inicia con los contratos para obra o servicio, los eventuales, los a tiempo parcial, fijos discontinuos y de relevo, sin que se indique expresamente los motivos de este encuadramiento.

b) GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN[94] incluye al período de prueba entre los "pactos típicos" del contrato de trabajo, de una forma inclusiva, abordando esta temática al tiempo que trata los requisitos, formalidad y obligaciones derivadas.

c) MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO y GARCÍA MURCIA[95] destacan, igualmente, al período de prueba como un "pacto típico" en el contrato de trabajo, así denominado porque constituye un tipo característico de cláusula contractual que es objeto de regulación legal específica, respondiendo a una exigencia o conveniencia que se repite con frecuencia en las relaciones de trabajo, lo que explica su acceso a la norma laboral.

d) MERCADER UGUINA[96] trata a la prueba como un "pacto accesorio" al contrato de trabajo, destacando cómo, a diferencia de otros ordenamientos (como el alemán o el polaco), en el que el período de prueba se configura como una modalidad de contrato temporal, en nuestro ordenamiento no se entiende como un contrato en sí mismo, sino como una fase inicial del mismo durante la que se alteran las normas reguladoras de la extinción.

e) SAGARDOY BENGOECHEA, DEL VALLE VILLAR y GIL Y GIL[97] tratan al período de prueba en la categoría de "pactos" suscritos, recalcando el momento en

---

[93] M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA: *Derecho del Trabajo*, Ed. Universitaria Ramón Areces, 16ª ed., 2008, pág. 579 y ss.

[94] I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN: *Manual de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2012, pág. 292 y ss.

[95] A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 23ª ed., Madrid, 2014, pág. 536 y ss.

[96] J. MERCADER UGUINA: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 7ª ed., Valencia, 2014, pág. 264 y ss.

[97] J. A. SAGARDOIY BENGOECHEA, J. M. DEL VALLE VILLAR y J. GIL y GIL: *Prontuario de Derecho del Trabajo*, Civitas, 8ª ed., Navarra, 2006, pág. 196 y ss.

que se producen, el "ingreso al trabajo", compartiendo capítulo con los pactos de plena dedicación, no competencia y permanencia en la empresa; destaca el "realismo" de estos autores que comienzan su exposición indicando que es "el empresario (quien) tiene la facultad de someter la relación laboral" a dicho período de prueba, omitiendo la referencia común a ambas partes del contrato en tal decisión inclusiva.

f) DIÉGUEZ CUERVO y CABEZA PEREIRO[98] analizan la institución probatoria en el contexto del contrato de trabajo, compartiendo el mismo "espacio" que los requisitos de capacidad o consentimiento de los contratantes, duración o nulidad del propio contrato; los autores destacan al período de prueba como un "pacto" por el que las partes se reservan la facultad resolutoria durante su vigencia, haciendo hincapié, con ello, en su aspecto extintivo.

g) MOLERO MANGLANO, SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, LÓPEZ ÁLVAREZ y MATORRAS DÍAZ-CANEJA[99] destacan al período de prueba como fase de tránsito entre los momentos anteriores al "ingreso en la empresa" ("estadios previos a la contratación" y "precontratos") y la consolidación del vínculo laboral; gráficamente indican que "superadas todas las fases previas y llegada la fecha de formalizar el contrato, se plantea una primera disyuntiva que condiciona el desarrollo y vigencia de la relación laboral durante los primeros meses: decidir si se establece o no un período de prueba.

h) GARCÍA NINET y VICENTE PALACIO[100] incluyen al período de prueba en el capítulo que aborda la "conclusión" del contrato de trabajo, después de haber analizado la "condición y el término" y justo antes de abordar la problemática de la "nulidad y anulabilidad" del contrato; los autores sintetizan el régimen jurídico sin hacer una referencia expresa al encuadramiento de la figura, si bien se destaca su carácter de pacto.

---

[98] G. DIÉGUEZ CUERVO y J. CABEZA PEREIRO: *Derecho del Trabajo*, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 2003, Pág. 162 y ss.

[99] C. MOLERO MANGLANO, J. M. SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, M. LÓPEZ ÁLVAREZ y A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA: *Manual de Derecho del Trabajo*, Thomson-Reuters, 11ª ed., Navarra, 2011, pág. 497 y ss.

[100] J. I. GARCÍA NINET y A. VICENTE PALACIO: *Derecho del Trabajo*, Thomson-Reuters, 8ª ed., Navarra, 2014, pág. 530 y ss.

i) ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE[101] incluyen al período de prueba en el capítulo dedicado a la "celebración" del contrato, como último de los apartados, precedido del análisis del consentimiento, efectos de la nulidad, forma o prueba del contrato.

j) Del mismo modo, GALA DURÁN y BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ[102], introducen al lector en el período de prueba, tras haber analizado el consentimiento, objeto, causa y formalización del contrato, destacando a aquel como uno de los acuerdos posibles que puede contener el contrato de trabajo.

D. SEGURIDAD SOCIAL

a. Cotización durante el período de prueba

Como hemos visto, durante la fase de prueba no escapan del patrimonio del trabajador ninguno de los derechos y obligaciones que, como tal, le corresponden[103], incluidos, desde luego, los relativos a la afiliación (en caso de ser la relación a prueba el primer vínculo contractual en su vida laboral), alta en Seguridad Social (con carácter previo al inicio del contrato a prueba, constando ya su afiliación) y cotización, ajustada a la modalidad contractual y a la retribución efectivamente devengada, que habrá de mantenerse durante el tiempo en que se lleve a cabo la prestación laboral que justifica, a su vez, el mantenimiento de la situación de alta.

Por tanto, una vez perfeccionado el contrato de trabajo, incluya o no una cláusula de prueba, el trabajador habrá de ser dado de alta en el Régimen correspondiente de Seguridad Social, naciendo asimismo la obligación de cotizar, sin que en esta materia se observen singularidades, siendo idéntica la obligación y condiciones de la cotización durante y tras el agotamiento de la fase de prueba. En efecto, el art. 103 LGSS, al considerar sujetos a la obligación de cotizar tanto a trabajadores como a empresarios, no introduce diferencia alguna entre los primeros, como tampoco lo hace el art. 104 LGSS, al establecer la responsabilidad del empresario en la cotización e ingreso, total, de las aportaciones propias y de sus empleados.

---

[101] M. ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAAMONDE: *Derecho del Trabajo*, Civitas, 26ª ed., Madrid 2009, pág. 331 y ss.

[102] C. GALA DURÁN e I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ (Dirs.): *Derecho del Trabajo*, Huygens Editorial, Barcelona, 2011, pág. 169 y ss.

[103] A excepción obviamente, de los relativos a la causalidad propia de la extinción del contrato, superada la fase de prueba.

Aun así, el art. 106.1 LGSS confirma que la obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación del trabajo, "incluido el período de prueba", manteniéndose (106.2) por todo el período en que el trabajador esté en alta en el Régimen General o preste sus servicios. Por supuesto, tampoco existen singularidades en cuanto a bases de cotización, tipos, topes máximos, etc.

b. Prestación por desempleo

La facultad de extinguir, por propia voluntad, y sin exigencia de causa, el contrato de trabajo durante la fase de prueba choca, con claridad, con la exigencia de involuntariedad en la pérdida en el empleo que se precisa para el devengo de las correspondientes prestaciones por desempleo, de manera que el desistimiento del trabajador durante la prueba no podrá considerase situación legal de desempleo, lo que no sucede, en cambio, cuando la decisión sea adoptada por el empresario.

Es cierto que entre las situaciones legales de desempleo se contemplan supuestos en los que es la propia decisión del trabajador, dando por resuelto el vínculo laboral a su propia instancia, la que se considera hábil para generar el derecho prestacional, si bien en tales casos, existe una justa causa de involuntariedad (tácita) que, en el desistimiento durante la prueba no se presume (ni se exige), al poder conformar el ámbito de libertad decisoria cualquier motivación del trabajador.

Por otra parte, la sombra del fraude en el acceso a las prestaciones, también se proyecta sobre trabajador y empresario que, con su actitud connivente, pueden situar de manera ficticia al primero en situación legal de desempleo, procediendo a un cese durante la fase probatoria que, además, no viene gravado por consecuencia indemnizatoria alguna. De esta forma, la decisión extintiva empresarial durante la prueba colocaría al empleado en disposición inmediata de percibir las prestaciones de desempleo (siempre que cumpliese el resto de los requisitos exigidos legalmente[104]), mientras que el desistimiento durante la fase de prueba por parte del trabajador contratado indefinidamente puede convertirse, también, en la llave de la prestación por desempleo si, acto seguido, se suscribe un contrato temporal a cuyo término se podría ya percibir.

[104] Que son, según el art. 207 LGSS, afiliación y alta o situación asimilada, en los casos en que reglamentariamente se determine; cobertura del período mínimo de cotización en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o cese de la obligación de cotizar; encontrarse en situación legal de desempleo y acreditar disponibilidad para búsqueda activa de empleo y aceptación de colocación adecuada mediante compromiso de actividad; no tener la edad ordinaria para jubilación contributiva e inscripción como demandante de empleo.

Queremos advertir con ello que la facultad extintiva bilateral durante la fase de prueba puede articularse por ambos contratantes y en distintos momentos para propiciar el acceso irregular a la prestación por desempleo.

En este contexto son varias las normas que tienen en cuenta la especificidad del período de prueba en relación con el acceso a las prestaciones por desempleo.

Así, dispone el art. 208 LGSS, en lo que a nuestra materia interesa, que los trabajadores se encontrarán en "situación legal de desempleo" cuando (núm. 1) se extinga su relación laboral, entre otras causas, (letra 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. Es decir, que, a priori, el desistimiento empresarial durante la prueba coloca al trabajador en esa situación de involuntariedad en el cese capaz de generar la protección por desempleo, pero no podrá hacerlo por sí misma, sino que habrá que tener en cuenta lo que ocurrió previamente a esta última contratación.

Y así, esos "supuestos contemplados" en el citado apartado que, salvo transcurso de tres meses, deben preceder al desistimiento empresarial durante la prueba para que éste genere una situación legal de desempleo, son los siguientes: el despido colectivo, adoptado por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el art. 51 ET o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal; la muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, cuando determinen la extinción del contrato de trabajo; el despido; el despido basado en causas objetivas; la resolución voluntaria por parte del trabajador, en los supuestos previstos en los art. 40, 41.3, 49.1.m y 50 ET[105]; y la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador. Repárese en que no se contempla el supuesto de desistimiento empresarial durante el período de prueba en el vínculo laboral anterior, como supuesto que permitiría no aguardar el transcurso de los citados tres meses.

[105] Situaciones coincidentes con: movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género y extinción por justa causa.

Advierte además el precepto (núm. 2), que no se considerará en situación legal de desempleo al trabajador que cese "voluntariamente" en el trabajo (con independencia de que el mismo se efectúe durante o tras el período de prueba), salvo los supuestos indicados de los arts. 40, 41.3, 49.1.m y 50 ET. En realidad, estos últimos supuestos contemplan, como sabemos, una voluntad o libertad "condicionada" a una causa previa, ajena al trabajador, que justifica su cese y lo aleja de la mera discrecionalidad, circunstancias que toma en consideración la norma para incluirlos en el ámbito protector de quien cesa en su trabajo de forma no voluntaria.

La norma, en definitiva, viene a otorgar protección por desempleo al trabajador que, en contra de su voluntad, ve rescindido su contrato de trabajo durante la fase de prueba, siempre que el vínculo laboral anterior se haya extinguido por alguno de los supuestos taxativamente contemplados en el precepto, o diste, del momento extintivo, al menos tres meses[106]. En el primer supuesto, parece acogerse la situación de quien no solicitó la prestación, con motivo del cese precedente, por falta de cotización o inicio inmediato de nuevo trabajo, mientras el segundo representa una cautela frente al posible fraude en el acceso a las prestaciones[107].

---

[106] A.L. de VAL TENA: *Pacto de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 178, destaca cómo a diferencia del tenor literal anterior, que consideraba en situación de paro forzoso a quienes viesen extinguida su relación laboral por resolución durante el período de prueba a instancia del empresario (como única condición), el artículo reformado (por Ley 22/1993, de 29 de diciembre, que dio nueva redacción al artículo 6.1. Uno, Letra g) de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo) recupera el criterio de la "inimputabilidad" en la extinción de la relación anterior, reforzando las exigencias para declarar la situación legal de desempleo en esas circunstancias, intentando cortar las vías de fraude que con la regulación precedente podían activarse. Indica el autor, como el legislador actual toma en consideración dos contratos que se extinguen sucesivamente, por causas distintas, si bien en el segundo ha de concurrir la voluntad empresarial de desistir durante el período de prueba, y seguidamente contiene una doble condición alternativa: que la relación laboral inmediatamente anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en el art. 208.1.1. LGSS o, en otro caso, que hubiera transcurrido un plazo de tres meses desde aquella extinción primera o desde la sentencia que declaró el despido improcedente.

[107] El JS 4 Madrid planteó cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 208.1.1.g LGSS, siendo inadmitida por ATC 28 septiembre 1999 (RTC 1999/229), afirmando que el precepto no impide o dificulta la promoción y elección de trabajo, pues resulta evidente que no impone ninguna condición obstativa o gravosa para quien desea buscar un empleo acorde con su formación o deseo de mejorarlo. El art. 35.1 CE protege frente a aquellas medidas que impidan desarrollar con libertad una determinada actividad profesional, proscribiendo que los Poderes Públicos puedan impedir la elección de oficio o profesión, pero no garantiza el derecho a realizar cualquier actividad que desee el individuo o que aquella elección carezca de límites (STC 225/1993); y la promoción a través del trabajo nada tiene directamente que ver con el libre desarrollo de la personalidad o la protección del acceso a un puesto de trabajo adecuado a la capacitación de cada cual, sino con que en el marco del puesto de trabajo se garantice la adecuación de los servicios efectivamente prestados a la aptitud profesional y su mejoramiento. En estos, y sólo en estos, ámbitos debe aplicarse el principio de proporcionalidad, que no alcanza, pues queda fuera de su objeto constitucionalmente protegido, a las posibles e indirectas repercusiones sobre la decisión individual que subyace a aquellos derechos, a riesgo de tener que valorar todas y cada una de las posibles

Por su parte, el art. 209 LGSS, que atiende a las vicisitudes de solicitud, nacimiento y conservación de la prestación contributiva de desempleo, contiene tres menciones de interés desde el punto de vista de la prueba.

a) La primera es la que clarifica (núm. 3) que, en el supuesto de no haber disfrutado el trabajador las vacaciones anuales en el momento del cese, la situación legal de desempleo y el nacimiento del derecho prestacional se producirá una vez transcurrido dicho período, lo que debe relacionarse, necesariamente, con la regla que tiene en cuenta el transcurso de tres meses desde la extinción anterior para activar el derecho a la prestación por desempleo en los casos en que el cese se produzca por desistimiento empresarial durante la prueba.

b) La segunda es la que (núm. 4) otorga a la decisión del empresario de extinguir la relación laboral (que, como sabemos puede ser verbal), suficiencia, por sí misma, para constituirse en "causa" de la situación legal de desempleo, lo que, a priori, podría generar alguna disfunción ante la necesidad de acreditar formalmente ante la Entidad gestora de las prestaciones esa circunstancia para acceder a la protección económica. Dicha previsión ha de ponerse en relación, no obstante, con el RD 625/1985, de 2 de abril, que desarrolla la Ley de Protección por Desempleo, cuyo art. 1.Uno.k establece que la "acreditación" de la situación legal de desempleo, cuando se extinga la relación laboral durante la fase probatoria, se producirá por medio de la comunicación escrita del empresario resolviendo el contrato durante el período de prueba, formalidad que, como sabemos, no es requisito *ad solemnitatem* para la validez del acto extintivo. Amén de la aparente contradicción de este precepto con lo dispuesto en el art. 14 ET (que acepta libertad plena en la forma y, por tanto, permite la comunicación no escrita del desistimiento) podríamos entender excesivo el desarrollo reglamentario efectuado, pues no es un elemento menor la informalidad de la decisión extintiva durante la fase de prueba[108]. Con todo, este posible exceso, ni sirve, desde luego, para exigir

---

circunstancias que repercutan en ella. El art. 35 CE no garantiza la ausencia de riesgos en esa decisión, sino que ningún poder público la impida, restrinja o desaliente ilícitamente, y no parece que el art. 208.1.1 g) LGSS así lo haga, tal y como ha sido interpretado por el Juez proponente de esta cuestión de inconstitucionalidad; sin perjuicio, claro está de que lo dispuesto por ese precepto legal constituya un riesgo que deba valorar quien adopte la decisión de cambiar voluntariamente de empleo".

[108] Una cosa es que la decisión, en sí misma, de desistir, pueda comunicarse verbalmente, y otra distinta que el trabajador, a efectos de acreditar su situación legal de desempleo, no pueda exigir al empresario la

al propio desistimiento una constancia escrita (a modo de requisito incorporado, indirectamente, por la normativa de desarrollo)[109], ni provoca tampoco mayores disfunciones a la hora de percibir las correspondientes prestaciones, en la medida en que la consignación de la circunstancia determinante del cese ("no superación del período de prueba"), se ha de incluir en el propio certificado de empresa que se entregará al trabajador cesado. En efecto, el art. 27 RD 625/1985 incluye, entre las "obligaciones de los empresarios", la de facilitar a los trabajadores, en el plazo de diez días, a contar desde el siguiente a su situación legal de desempleo, el certificado de Empresa conforme al modelo que se acompaña como anexo (modelo que incluye como causa extintiva común o general: "la extinción del contrato durante el período de prueba, finalización del contrato, despido procedente, improcedente o causa objetiva, expediente de regulación de empleo, etc.") y, en su caso, las comunicaciones escritas y certificaciones a que se refiere el artículo 1 de este Real Decreto".

c) Y finalmente, la del art. 210.4 LGSS, por el que, durante el citado período de vacaciones, amén de requerirse la cotización correspondiente, se considerará al trabajador en "situación asimilada a la de alta", de acuerdo con lo establecido en el artículo 125.1 LGSS, de donde surge la duda de si durante dicha asimilación al alta puede entenderse o no extinguido el contrato de trabajo, a los efectos del cómputo del período de tres meses del art. 208.1.g LGSS.

En este contexto, debe aclararse, en primer término, ¿cuándo nace el derecho a la prestación tras la extinción del contrato durante el período de prueba? Y más concretamente, ¿qué fecha ha de tomarse en consideración como fecha de extinción a los efectos de cómputo de los citados tres meses: ¿el cese en la prestación de servicios o

---

entrega de una comunicación escrita de dicha decisión previamente adoptada, al objeto de procurarse las prestaciones por desempleo, petición ésta que habrá de ser positivamente cumplimentada por el empresario, en un contexto mínimo de buena fe contractual.

109 Así nos lo recuerda STSJ Castilla La Mancha 485/2004 (JUR 2004/135313), cuando afirma que el desistimiento producido durante el transcurso del período de prueba pactado no exige ningún requisito formal, siendo válida la rescisión verbal, por lo que la alusión que se hace al art. 1.1.k RD 625/1985, que establece que la acreditación de la situación legal de desempleo se hará a través de la comunicación escrita del empresario resolviendo el contrato durante el período de prueba no significa que dicha extinción tenga que acomodarse a tales exigencias formales para que sea válida, sino se está refiriendo a cosa distinta: la forma de acreditar esa causa de extinción a los efectos de acreditar la situación legal de desempleo, sin que nada impida que para acreditar la situación legal de desempleo por esa causa se consigne, a posteriori, en la certificación empresarial o en el parte de baja de Seguridad Social que la extinción del contrato de trabajo respondió a la no superación del período de prueba.

la fecha, coincidente con la finalización en la asimilación al alta, en que se efectuó la última cotización por el período vacacional no agotado?

Entendemos que una interpretación integradora de las normas antes resaltadas debe conducirnos a considerar, como única fecha extintiva (y, por tanto, válida a efectos del cómputo de los tres meses de distancia para generar prestación por desempleo en caso de desistimiento empresarial durante la prueba), la del fin de la prestación de servicios, sin que pueda "retrasarse" el momento de la extinción real del contrato a uno posterior y ficticio, con respecto al cual el legislador ha aparejado distintos efectos (cómputo del período vacacional cotizado tras la extinción a efectos de duración de la prestación y del subsidio de desempleo, *ex.* art. 210.4 LGSS).

Así lo ha entendido STSJ Castilla León/Burgos 13 diciembre 2005 (AS 2006/59)[110], según la cual, "de las normas que se acaban de citar, no se infiere que la extinción de la relación laboral cuando se retribuyan vacaciones pendientes de disfrutar en el momento de la extinción deba ser retrasada o tenga efectos a la fecha del transcurso de los días pendientes de vacación que se retribuyan, pues solamente se hace referencia al término «extinción» de la relación laboral, sin que se efectúe distinción alguna para el supuesto de retribución de vacaciones no disfrutadas, salvo lo dispuesto en el punto 3 del artículo 209 para determinar la situación legal de desempleo y nacimiento del derecho a prestaciones, conclusión que no queda enervada por lo dispuesto en el artículo 210 de la Ley General de Seguridad Social de que se considere al trabajador en situación de asimilada al alta durante dicho período, pues ello lo es para el cómputo de cotización a los efectos previstos en el artículo 209.3 y 216.2 de la Ley General de Seguridad Social, y no para el supuesto del artículo 208.1.1.g)".

Con la misma identidad de razón, pero en sentido opuesto, no podría la Entidad gestora de las prestaciones por desempleo "extender" hasta el último día de la cotización por vacaciones la conservación de la relación laboral misma, para situar a partir de ese momento, el *dies a quo* en el cómputo de los tres meses necesarios para liberar del pernicioso efecto analizado a quien extinguió voluntariamente su contrato.

---

110 Sentencia de la que da cuenta A. V. SEMPERE NAVARRO y otros**:** "Comentario al artículo 208 de la Ley General de la Seguridad Social. Situación de desempleo (II)", en *Códigos con Jurisprudencia*, Aranzadi, 2008, Edición Digital, BIB 2008\2841.

En definitiva, hay que diferenciar entre los requisitos de acceso al derecho a la prestación (con respecto a los cuales se exige el transcurso efectivo de los tres meses desde la extinción del contrato), y los que mecanizan la dinámica de la prestación (que tienen en cuenta, como período cotizado, a efectos de asimilación al alta y duración de las prestaciones, el período vacacional no consumido y cotizado con posterioridad a la finalización, en sí, del contrato).

También se ha planteado la duda, ante el aparente silencio del legislador, de ¿qué ocurre si el contrato anterior al actualmente resuelto por el empresario por desistimiento durante la prueba finalizó por decisión voluntaria del trabajador, bien sea durante la fase de prueba o tras ella? Como hemos visto, la voluntad del trabajador no es uno de los supuestos que permiten enlazar la contratación previa, así resuelta, con la nueva a efectos de generar derecho a desempleo, por lo que, en este caso, parece lógico denegar la prestación salvo que entre ambos desistimientos, del trabajador primero y del empresario ahora, haya transcurrido el plazo de tres meses.

Esta es la postura de STSJ Murcia 10 junio 2003 (JUR 2003/178176)[111]; el actor había cesado voluntariamente en la empresa en la que prestaba sus servicios en fecha 21-06-2002, iniciando cuatro días más tarde (25-06-2002) una nueva relación laboral con otra empresa, en la que fue cesado por no superación del período de prueba en 19-07-2002. En estas circunstancias, la Sala (tras afirmar que el mero cese voluntario seguido de una contratación temporal no supone sin más la existencia de una situación de fraude de ley), destaca que es el principio de tipicidad el que exige que, para acceder a la situación legal de desempleo desde un cese voluntario en un trabajo anterior, con posterior cese, por la nueva empresa, por no superación del período de prueba, deben darse determinados requisitos, establecidos en el artículo 208.1.1.g LGSS, de manera que, en este caso, ni han transcurrido tres meses ni el cese en el contrato anterior se debió a ninguna de las causas establecidas, por remisión, en los preceptos estatutarios a los que se refiere la norma[112].

---

[111] Reiterada en STSJ Murcia de 6 julio 2004 (JUR 2004\211261).

[112] Con anterioridad, la STSJ Madrid 4 noviembre 1999 (AS 1999/7365), había llegado a la misma conclusión, que entendía enmarcada en la política de "racionalización del gasto público, la lucha contra el fraude en la contratación laboral y la percepción de las prestaciones por desempleo y la promoción de la competitividad mediante el favorecimiento de cierta permanencia en el puesto de trabajo que se ocupa o en la estimulación en la búsqueda del mismo" (inspiradora de la reforma del mercado laboral llevada a cabo por el Real Decreto-ley 1/1992, de 3 de abril, Ley 22/1992 de 30 de julio). En esta sentencia,

Con todo, la aplicación rigurosa de la regla de los tres meses sigue generando litigios, pues aún hay quien plantea la colisión del art. 208.1.1.g LGSS con determinados preceptos constitucionales. Ejemplo de lo que decimos es la STSJ Madrid 20 marzo 2015 (JUR 2015/119638), en la que el trabajador causa baja voluntaria en una empresa en 12-06-2013 para pasar a ser contratado, por obra o servicio, en otra empresa, con fecha 13-06-2013, extinguiéndose el contrato por desistimiento empresarial durante la fase de prueba con fecha 10-07-2013; solicitada la reanudación, en este caso, de la prestación por desempleo, le fue denegada por resolución de la Entidad Gestora por no haber transcurrido tres meses desde la anterior baja voluntaria, con arreglo al precepto citado. Ante dicha resolución, el trabajador interpuso recurso de suplicación entendiendo debiera haberse planteado cuestión de inconstitucionalidad por vulneración del derecho al trabajo y a la libre elección de profesión y oficio (art. 35 CE), así como del derecho a la protección de la Seguridad Social (art. 41 CE), petición que la Sala rechaza por entender que no existe colisión del art. 208.1.1.g LGSS con los derechos constitucionales aducidos, pues la finalidad perseguida por aquel precepto es luchar contra el fraude, y un foco de comportamientos fraudulentos, como acredita la jurisprudencia recaída sobre el particular, era la simulación de contratos de los que se desistía en el período de prueba para estar en situación legal de desempleo y percibir las prestaciones a las que no se tenía derecho por haber cesado voluntariamente en un trabajo anterior.

En otro orden de cosas, algunas sentencias no rechazan absolutamente que se pueda tener derecho a la prestación por desempleo derivada de cese durante la prueba si puede acreditarse que el vínculo anterior, aún resuelto sin transcurrir tres meses e incluso por voluntad del trabajador (supuesto excluido legalmente), se enmarcó en circunstancias excesivamente onerosas o gravosas para el trabajador. Es lo que se desprende, entre otras de la STSJ Cataluña 18 marzo 2015 (JUR 2015/113790), en la que, aun no estimando la pretensión actora, se "apunta" esta posibilidad al indicar que, en ese caso,

declarado probado que la segunda extinción tiene lugar dentro del señalado plazo (de tres meses), era necesario que el trabajador acreditase que se encontraba en situación legal de desempleo tras la ruptura en la primera relación laboral, lo cual no acaece, sino por contra su cese en la misma se produjo voluntariamente, a instancias del propio trabajador, enervándose el derecho a percibir las prestaciones por desempleo. En el mismo sentido STSJ Aragón 21 julio 2004 (JUR 2004/256155) o STSJ Islas Canarias/Las Palmas 23 diciembre 2003 (JUR 2004/7887).

"no concurren circunstancias excepcionales[113] que pudieran dar lugar a la inaplicación de la norma", habiendo correspondido la prueba de dichas circunstancias (en su caso) al pretendido beneficiario que alega las mismas".

Con todo, los pronunciamientos de mayor interés en materia de desempleo y período de prueba se encuentran en aquellas resoluciones que aplican la normativa anterior a la reforma laboral del año 2002[114], en cuyo contexto se modificaron, entre otros, el art. 208.2 LGSS, eliminando desde entonces (25-05-2002) la obligación de demandar frente al despido disciplinario para acceder a las prestaciones por desempleo[115]. Hasta entonces, la casuística judicial mostraba interesantes supuestos que, actualmente, ya no podrían plantearse, y de los que citaremos solo dos ejemplos, para destacar la relevancia de aquella reforma en la simplificación del acceso a la prestación analizada, también, desde el punto de vista del período de prueba. Así:

a) Relacionada con la prestación por desempleo y con el instituto del período de prueba, la STS 27 octubre 2000 (RJ 2000/9677) abordaba un supuesto que, aun con la marginalidad apuntada, merece la pena ser comentado, pues hacía referencia a la imposibilidad del empresario de despedir por ineptitud (formalmente sobrevenida, pero ciertamente conocida) a quien superó el período de prueba y a la relevancia que, en el acceso a la prestación por desempleo, tenía la no impugnación judicial de dicho cese como improcedente. En efecto, el Alto Tribunal había de determinar si podía considerarse en situación legal de desempleo a un trabajador que no recurrió la decisión empresarial de prescindir de sus servicios por ineptitud sobrevenida cuando aquella decisión se produjo a los pocos días de finalizado el período de prueba, lo que hizo llegar a la sentencia recurrida a la conclusión de que la ineptitud alegada no la conoció realmente en esos pocos días intercurrentes sino antes, motivo por el que se le denegó la prestación, a diferencia de lo que hubiera ocurrido si la extinción se hubiera

[113] En este caso, el trabajador intenta justificar que el anterior trabajo era excesivamente oneroso para él, puesto que le obligaba a realizar desplazamientos diarios que le hacían poco rentable mantenerse en el mismo.

[114] Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo.

[115] El citado artículo 208.2.2º indicaba entonces que "no se considerará en situación legal de desempleo a los trabajadores…cuando hayan sido despedidos y no reclamen en tiempo y forma oportunos contra la decisión empresarial, salvo lo previsto en el apartado 1.1 d" de este artículo (relativo al despido por causas objetivas).

acordado unos días antes de finalizar aquel período o algún tiempo más tarde. En efecto, si la extinción se hubiera producido por decisión del empleador durante el período de prueba se le hubiera reconocido a la actora la situación legal de desempleo pues así lo prevé el art. 208.1.g LGSS al no concurrir ninguna de las circunstancias que, conforme al mismo, excluyen tal apreciación; por lo mismo, si la extinción por ineptitud se hubiera producido transcurrido un cierto tiempo desde la finalización de aquel período también se le hubiera reconocido dicha situación puesto que el propio art. 208.1 en su apartado d) reconoce que se halla en situación de desempleo el trabajador que ve extinguida su relación laboral «por despido basado en causas objetivas», supuesto en el que, a diferencia de lo que ocurre con el despido disciplinario, no se exige al trabajador que reclame en tiempo y forma oportunos contra la decisión empresarial, como expresamente se dispone en el art. 208.2.2 de la misma Ley General".

La sentencia recurrida, a pesar de hallarse la actora despedida por una causa objetiva, cual es la ineptitud sobrevenida para desarrollar las funciones de su trabajo prevista en el art. 52 a) ET, no la reconoció en situación legal de desempleo porque, aunque la LGSS no lo exige, entendió que aquélla debió de haber recurrido contra la decisión empresarial sobre la consideración de que el art. 52 a) ET, después de aceptar como causa objetiva justificadora de la extinción del contrato de trabajo la ineptitud sobrevenida, añade que «la ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento». Por lo tanto, la denegación de aquella situación por parte de la sentencia recurrida se hizo sobre la apreciación de que la extinción del contrato de la demandante no se debió a una ineptitud sobrevenida después del período de prueba, sino durante el mismo, a pesar de que la extinción se produjo después de dicho período, por lo que, entendiendo fraudulenta la extinción, estimó que ésta había de haber sido discutida judicialmente por la actora y que, al no hacerlo había actuado también en fraude de ley.

El Tribunal Supremo decide casar la resolución anterior, partiendo del hecho básico de que la actora vio extinguida su relación con la empresa por una causa objetiva que le daba derecho a reclamar sin más las prestaciones por desempleo, por lo que la exigencia de que aquélla hubiera de haber reclamado previamente por vía judicial contra la decisión empresarial supone tanto como exigirle que se

erija en controladora última de la acomodación a Derecho de la decisión empresarial de despedirla, imponiéndole una carga procesal que, en cuanto no prevista en ninguna disposición legal deviene contraria al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En el presente caso la actora tenía concedida la posibilidad de recurrir contra su despido o no hacerlo en atención a su propio interés, pero no tenía la obligación de recurrir como la sentencia recurrida le impone «a posteriori».

b) En este mismo contexto, la STJ Andalucía/Málaga 22 marzo 2002 (AS 2002/2643) abordó si era preciso reclamar frente al cese durante el período de prueba para acceder a la prestación, como si de un despido se tratase, llegando a la solución negativa sobre la base de la distinta naturaleza jurídica de las figuras en cuestión. Indicaba esta sentencia, que de la lectura conjunta de los arts. 208.1 g y 208.2.2º (en la redacción vigente antes de la reforma laboral de 2002), se desprende que en los supuestos de resolución de la relación laboral a instancias del empresario durante el período de prueba, a diferencia de lo que ocurre en los casos de despido, no se exige que el trabajador reclame en tiempo y forma contra la decisión empresarial,… lo que no puede quedar desvirtuado por el hecho de que se entienda que la resolución acordada por no superación del período de prueba es ilegal, pues… no puede exigirse al trabajador cesado que efectúe una calificación jurídica de las condiciones del contrato y su extinción para indagar sobre una posible causa de ilegalidad que invalide el cese por no superación del período de prueba que se le comunica por la empresa, lo que le conduciría a presentar, aunque fuese cautelarmente, una demanda por despido.

Como decíamos, la interesante casuística generada por el citado precepto ya ha desaparecido, habiéndose reducido, con ello, la litigiosidad en este ámbito, que se centra ahora, muy mayoritariamente, en supuestos de fraude en el acceso a las prestaciones, en los que muchas veces aparece "involucrado" el período de prueba.

Un supuesto muy típico es el que se produce en las situaciones de incapacidad temporal / desempleo derivadas de contingencias comunes, dada la consumición de días de prestación de desempleo durante el transcurso de aquella situación de baja médica que se mantiene una vez extinguido el contrato de trabajo. Es el caso de la STSJ Andalucía/Málaga 12 abril 2007 (AS 2007/3318), en la que el trabajador, al día siguiente de finalizar su relación laboral, inició un proceso de incapacidad temporal y, al

recibir el alta médica, suscribió un nuevo contrato de trabajo de tan sólo ocho días de duración que finaliza por no superar el período de prueba, circunstancias de las que se desprende que el trabajador únicamente pretendió eludir la norma de aplicación expuesta mediante una ficticia situación de desempleo a los fines de evitar el descuento de lo percibido en concepto de incapacidad temporal en la prestación por desempleo. Para su objetivo, aunque frustrado, contó con la posibilidad que otorga el desistimiento acausal durante la fase de prueba.

En el mismo sentido, la STSJ Islas Baleares 23 mayo 2008 (JUR 2008/310170), que analiza el supuesto de quien, después de trabajar más de tres años como autónomo, causa baja voluntaria en el RETA el día 30-11-2006 para, dieciocho días después (18-11-2006), suscribir un contrato de trabajo que se rescindió a los dos días por no superación del período de prueba (a esto se une la circunstancia de que la solicitud de desempleo, que se formula el 29-12 2006, lo es en la modalidad de pago único, lo que determinó una nueva alta en el RETA el día 1-01-2007 para desarrollar la misma actividad de cerrajero que había venido desarrollando antes de su baja en el RETA y respecto de la cual, se dice en la memoria que acompaña la solicitud de pago único, el actor es una persona conocida en el sector, por su larga experiencia como cerrajero, contando con un amplio abanico de clientes). Estos hechos llevan a la Sala insular a una "inevitable pregunta: ¿Por qué causó baja el actor en el RETA? y ante la falta de otra explicación plausible por parte del actor debe concluirse que la causa de tal baja fue la de suscribir un contrato que se extinguiría durante el período de prueba y poder así lucrar las prestaciones por desempleo en la modalidad de pago único para, un mes después, reintegrarse en el RETA y seguir trabajando por cuenta propia con normalidad. Por tanto, hay que concluir que el contrato que se rescindió durante el período de prueba se suscribió en fraude de Ley, no siendo su causa la prestación de servicios a cambio de un salario, sino el servir de instrumento para lucrar unas prestaciones por desempleo a las que no se tenía derecho"[116].

Situaciones que se siguen dando, diariamente, en nuestros Tribunales, como ha sucedido en la reciente STSJ Castilla León/Valladolid 3 junio 2015 (JUR 2015/155730), que analiza un interesante supuesto: La trabajadora prestó servicios como dependienta a jornada completa para una empresa (OYSHO) desde 3-05-2010 hasta 6-11-2013 en que

[116] En la misma línea, la STSJ Islas Baleares 25 octubre 2012 (JUR 2013/2696).

causa baja voluntaria. En 13-11-2013 suscribe contrato indefinido a jornada parcial como limpiadora para otra empresa (GADESA), extinguiéndose el mismo en 19-12-2013 por cese en el período de prueba a instancias de la empresa. En 26-12-2013 la empresa suscribe nuevo contrato eventual con esta última empresa, de un día de duración, siendo cesada al término de la prestación contratada y supuestamente realizada, solicitando, en 2-01-2014, prestaciones por desempleo, que le fueron reconocidas. Ocurre sin embargo que la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Salamanca levantó un acta de infracción a la trabajadora en la que (tras una actuación inspectora y comprobación de diversos datos relativos a la empresa) advertía que con la última contratación la trabajadora obtuvo una situación legal de desempleo que le permitió devengar y percibir a partir del 27-12-2013 la prestación de desempleo, prestación a la que no tenía derecho cuando fue despedida en período de prueba el 19-12-2013, porque no habían transcurrido tres meses desde que el 6-11-2013 causó baja de forma voluntaria en la anterior empresa (OYSHO) en que había prestado servicios como dependienta. Atendiendo a los hechos descritos, la Sala confirma la obligación de devolución de la prestación indebidamente percibida, añadiendo que es sorprendente, en primer lugar, que una trabajadora renuncie voluntariamente a una relación laboral indefinida, para días después acceder a una categoría profesional inferior y de modalidad temporal; y en segundo lugar, que llama la atención que una compañía emplee a quien resolvió el contrato unos días antes por no superación del periodo de prueba, circunstancias éstas con las que supera la rigidez del principio jurídico de no presunción del fraude de ley[117].

117 R. AGUILERA IZQUIERDO: "El fraude de ley en el acceso a las prestaciones por desempleo: la sucesión de contratos", *Aranzadi Social* núm. 6/2005 (BIB. 2005/1253), opina que el legislador, para evitar el fraude, considera que basta con el transcurso de un período, que podemos denominar "de espera", de tres meses; dato éste importante, a nuestro juicio, que debería ser tenido en cuenta en los supuestos de posible fraude de ley en la sucesión de contratos; la autora, proponiendo una interpretación extensiva de este precepto, entiende que en los supuestos de acceso a la prestación por desempleo tras la sucesión de dos contratos de trabajo, el primero de carácter indefinido y el segundo de carácter temporal, el transcurso de un plazo superior a tres meses desde la extinción del primer contrato impediría hablar de fraude.

4. EFECTOS DE LA SUPERACIÓN

Conforme al art. 14.3 ET[118], el transcurso íntegro del período de prueba, sin que trabajador o empresario hayan ejercitado la facultad resolutoria, otorga al contrato "plenos efectos", si bien podríamos decir que lo que el paso del tiempo aneja al mismo es el efecto que, hasta entonces, faltaba: la aplicación inminente del régimen extintivo común. Y así, transcurrido el plazo pactado (no el superior que pudiera haberse establecido en su caso en virtud de norma habilitante) el vínculo laboral se consolida, anudándose, como consecuencias añadidas: la consideración, como antigüedad del empleado, del tiempo de servicios prestados, y la limitación de una ulterior facultad extintiva empresarial, al amparo del art. 52.a ET.

En efecto, si las partes consideran positiva la prueba realizada, o, si aun no siendo así, dejan transcurrir sin acudir al desistimiento, el tiempo que fijaron, en el contrato de trabajo, como período de prueba, estarán soltando el último lastre que impedía a la relación laboral ascender a la plenitud de efectos. El contrato de trabajo se consolida (no pasa a una fase distinta, pues ambas participan de la misma naturaleza jurídica); abandona la nota de provisionalidad representada por la anterior facultad resolutoria bilateral *ad nutum* (cualquier extinción a partir de ese momento es necesariamente causal, reforzándose los mecanismos de control judicial); despliega, como efectos conexos, el cómputo de antigüedad, a todos los efectos, del tiempo previo de prestación (efectiva) de servicios y la imposibilidad del empresario de alegar aquella ineptitud en el trabajador que debió apreciar durante la prueba, como causa ulterior de despido (siempre que el pacto de prueba haya figurado expresamente en el contrato, sin que quepa acudir al marco legal o convencional, en otro caso); y, como función "adicional", el incumplimiento de la obligación de alta en Seguridad Social del trabajador por tiempo superior al que legalmente pudiera establecerse (en principio, el fijado por las partes, o en su defecto el convencional o, en su ausencia, el estatutario, aunque caben interpretaciones distintas), hace presumir que el vínculo laboral es indefinido, salvo acreditación de su carácter temporal. Veamos:

[118] Art. 14.3. "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".

A. CONSOLIDACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL Y CÓMPUTO DE ANTIGÜEDAD

Superado el tiempo máximo establecido en el contrato de trabajo como período de prueba, sin que se ejercite la facultad extintiva por ninguno de los contratantes[119], el vínculo laboral se refuerza en su parte más débil, desplegando, desde ese momento, plenos efectos y computándose, como antigüedad[120] del trabajador, aquel período previo de vinculación a prueba, sin que tenga amparo legal, a su finalización, la posibilidad de prórroga del pacto de prueba (ni siquiera cuando el mismo se formalizó por tiempo inferior al previsto en la normativa de aplicación), pues ello equivaldría a prolongar, precarizándola, la inestabilidad del empleo solo aceptable en la fase inicial del contrato, en la que se experimenta su objeto y se decide la conveniencia de mantener el vínculo.

Con respecto a la consecuencia aparejada al transcurso de la fase de prueba: la adquisición de "plenos efectos" por el contrato, nada aportamos si calificamos de poco afortunada la expresión utilizada por el legislador, como inapropiada resulta también la consideración del trabajador, "como si fuera de plantilla", que se introduce en el párrafo precedente de la norma analizada (art. 14.2 ET)[121] para referirse a la situación inmediatamente anterior.

Y es que, lejos de lo que dichas expresiones parecerían indicar, lo cierto es que el contrato celebrado a prueba despliega plenos efectos desde su misma suscripción, siendo el trabajador un miembro más de la plantilla y sin que permanezca, entre tanto, sujeto a ningún régimen singlar, más allá de la conocida (y muy relevante) especialidad del régimen extintivo.

---

[119] Indica A. L. de VAL TENA: *Pacto de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 156, que caben, como alternativas: a) que cualquiera de las partes haga uso de la posibilidad de desistimiento durante la fase de prueba, con lo que la relación laboral finaliza; b) que ambas partes dejen transcurrir el período de prueba, en cuyo caso la relación laboral se estabiliza, desapareciendo la posibilidad de desistimiento *ad nutum*; c) que ambas partes, de mutuo acuerdo, acuerden, *ante tempus*, dar por finalizado el período de prueba, renunciando, desde ese momento, a la facultad de desistimiento, de manera que "anticipan" las reglas generales.

[120] *Ibidem*, pág. 150, no puede pasar desapercibido cómo el precepto legal limita la antigüedad al "tiempo de los servicios prestados", de manera que se considerará el tiempo de trabajo efectivo, descontando las interrupciones durante las cuales se suspendió la fase de prueba, no así los períodos reglamentarios de descanso.

[121] Art. 14.2. "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".

Así, los efectos del contrato de trabajo en esta etapa inicial no son "limitados" o "menores" que aquellos que se adquieren en un momento posterior, pues queda dibujado desde el principio de la contratación un único cuadro de derechos y obligaciones (prestación de servicios por el trabajador y recepción de los mismos por el empresario, a cambio de retribución y cumplimiento de obligaciones de afiliación, alta y cotización, sometimiento mutuo a las reglas de la buena fe contractual, posibilidad de ejercicio pleno de los poderes directivos y sancionadores, con arreglo a la normativa ordinaria). Lo que ocurre es que la especialidad apuntada (sobre todo en lo que concierne a la libertad de desistimiento por el empresario) es tan relevante, al excepcionar la aplicación de principios básicos de nuestras relaciones laborales (causalidad, motivación, formalidad e indemnización en el cese), que pareciera mostrarnos un abismo entre la situación del trabajador antes y después de haber superado la fase probatoria[122].

Con respecto a la antigüedad consolidada, y pese a que no hemos apreciado polémica alguna en este punto, hay que señalar que lo es a todos sus efectos, incluidos los salariales y los relacionados con un eventual cálculo indemnizatorio por extinción del contrato, en consonancia con la consideración única de la relación laboral, dentro de la cual la prueba es una fase de la misma (y no una etapa distinta) partícipe de su misma naturaleza jurídica.

Cualquier decisión extintiva posterior al agotamiento del período de prueba pactado, que pretexte la no superación de aquel, habrá de reputarse carente de cobertura legal, acarreando la declaración de nulidad o improcedencia, según el caso.

B. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE ALTA EN SEGURIDAD SOCIAL POR TIEMPO IGUAL AL PERÍODO DE PRUEBA QUE PUDIERA ESTABLECERSE LEGALMENTE

En el ámbito de duración de los contratos de trabajo, establece el art. 15 ET, en su apartado 2º, que "adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido

[122] Pese a lo dicho, es bien conocida, al respecto, la tesis de A. MONTOYA MELGAR (*Derecho del Trabajo*… cit., pág. 528), según la cual "la dicción del art. 14.3 ET ("transcurrido el período de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos", computándose la prueba como tiempo de antigüedad) 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…frente al contrato de trabajo.

la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el período de prueba, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar en derecho".

El citado precepto, según indica DE VAL TENA[123], nos descubre una "nueva función" del período de prueba, cual es la atribución a su transcurso de una eficacia constitutiva presunta de la relación de duración indefinida, a modo de sanción civil, por no observar el empresario la obligación de comunicar el alta del trabajador contratado, en principio, temporalmente[124].

La expresión "legalmente", podría llevarnos a considerar que los plazos cuya superación sin alta acarrean el reconocimiento de fijeza son los que, con carácter máximo, el art. 14.1 ET establece en defecto de normativa convencional, solución que vendría a homogeneizar los términos de la conducta sancionable, de modo que, con independencia del ámbito funcional de la actividad desarrollada, será la superación de unos mismos límites temporales (los del precepto estatutario) los que desencadenen la reacción del ordenamiento. No obstante, en la medida en que es igualmente "legal" (incluso es la preferencia del legislador) que los negociadores colectivos decidan, en cada ámbito, la duración del período de prueba, es igualmente legítimo individualizar cada incumplimiento empresarial desencadenante del referido efecto, en función del convenio colectivo que resulte de aplicación a la actividad contratada.

Esta es la opinión de este autor, para quien el artículo 15.2 ET parece hacer referencia al plazo máximo que pudiera establecerse, con lo que ha de acudirse, de existir contrato de trabajo, al estipulado (por escrito) en el mismo; de no existir, habrá de atenderse al que establezca el convenio colectivo aplicable o, en su defecto, a la normativa estatutaria, con la dificultad añadida que puede representar, en estos casos, la asignación al trabajador de la categoría profesional o función ajustada a la prestación contratada, en caso de que exista convenio colectivo y éste prevea diferentes duraciones en función de

[123] A. L. de VAL TENA: *Pacto de prueba*… (Bibl. cit.), pág. 56.

[124] A.V. SEMPERE NAVARRO y M. CARDENAL CARRO: "Los contratos temporales ordinarios en el ordenamiento laboral, *La Ley-Actualidad*, Madrid, 1996, pág. 112, hablan de "sanción contractual".

la categoría, titulación o tipo de funciones a desarrollar[125]. Con todo, los efectos de esta "sanción" vienen limitados, en su caso, por la temporalidad inherente a la prestación contratada, de modo que la prestación no tornará indefinida si, bajo cualquier medio válido de prueba, se acredita el carácter causal de la misma[126].

En este contexto, la STSJ La Rioja 14 julio 2006 (AS 2006/2480), analizando la situación de una trabajadora, vinculada con la Administración a través de un contrato administrativo simulado (contrato menor, por tanto, no laboral) que fue cesada y reclamó por despido, consideró la improcedencia del cese, al entender que la relación había de presumirse concertada por tiempo indefinido, ex art. 15.3 ET, de manera que al haber continuado prestando los mismos servicios sin suscripción de ningún contrato laboral temporal y no haber sido dada de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar como período de prueba, había adquirido la condición de trabajadora fija, en aplicación del art. 15.2. ET.

Por su parte, la STSJ Andalucía/Granada 27 noviembre 2014 (JUR 2015/49373), contempla un interesante supuesto, al amparar la postura del trabajador, cesado en aplicación de un período de prueba incorporado en documento contractual suscrito días más tarde de iniciada la relación laboral, con período intermedio sin alta en Seguridad Social. Indica en este caso el Tribunal que siendo la duración máxima del período de prueba la de dos meses que con carácter general se señala en el artículo 14.1 del ET, habiendo comenzado la prestación de servicios en 21-02-2013, y cursada el alta en Seguridad Social en 14-03-2013, no había transcurrido el plazo indicado, motivo por el que no puede entenderse que el demandante tenga la condición de fijo y a jornada

[125] También podría sostenerse que, en ausencia de contrato escrito, el mero hecho de mantener al trabajador un día sin alta en Seguridad Social haría desplegar los efectos de la presunción, considerándose desde ese momento la relación indefinida, salvo prueba de temporalidad, pues ha de recordarse que el establecimiento del período de prueba es facultativo para los contratantes, de modo que las partes podrían haber decidido no formalizarlo; en tales circunstancias, en lugar de suponer que las mismas habrían querido estipular un período de prueba, colmando su voluntad expresa con la imposición de una duración ajustada al período máximo, convencional o legal, también podría interpretarse que no quisieron formalizar pacto alguno, postura ésta favorable, en este caso, al trabajador, en coherencia con su debilitada posición en el momento de la contratación.

[126] Como sucede en STSJ Castilla La Mancha 19 octubre 2004 (AS 2004/2973), en la que, habiendo iniciado el trabajador su relación jurídica con la empresa sin haber formalizado por escrito ningún contrato temporal ni haber sido dado de alta en la Seguridad Social, suscribiéndose con posterioridad un contrato temporal sin consignación de objeto, se acreditó, no obstante, que el contrato suscrito estaba destinado a suplir las vacantes producidas por el disfrute sucesivo de las vacaciones de los cuatro compañeros de trabajo.

completa. No obstante, la Sala ampara al trabajador cesado, al evidenciarse que el período de prueba se estableció una vez iniciada la relación laboral, por lo que procede considerarlo abusivo, conduciendo lo dicho a que se entienda la denuncia empresarial del mismo efectuada en 27-03-2013 como un despido improcedente, con los efectos que a semejante declaración anuda el art. 56 del ET, estando para la determinación de los pecuniarios a la antigüedad de 21-02-2013.

C. LÍMITES A LA RESOLUCIÓN POR INEPTITUD SOBREVENIDA

Consecuencia adicional del transcurso del plazo establecido como período de prueba es la limitación ulterior de despido por causas objetivas fundado en la ineptitud del trabajador, ya que ésta debió haberse observado durante la relación a prueba[127], período durante el cual el empresario ha de comprobar si el trabajador contratado colma o no las expectativas profesionales en orden a consolidar el vínculo laboral, de manera que no será válido (art. 52.a ET)[128] justificar un despido en la ineptitud del trabajador[129] cuando ésta debió haberse constatado si el empresario hubiera experimentado, diligentemente, el contenido de la prestación laboral, no pudiendo acogerse a la citada causa cuando la admitió implícitamente, al no desistir previamente del contrato y consentir, con ello, un rendimiento insuficiente en el trabajador[130].

---

[127] G. BARREIRO GONZÁLEZ: "El período de prueba", en E. BORRAJO DACRUZ (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, EDERSA, T. IV, Madrid 1983, pág. 64, en cita de A. L. de VAL TENA (*Pacto de prueba…*, cit., pág. 185), sostiene que la superación del período de prueba trae una consecuencia más, directamente relacionada con la consolidación del contrato: el empresario debe aceptar y contentarse solamente con aquel grado de idoneidad profesional mostrado por el trabajador durante la fase de prueba.

[128] Esta es una de las pocas singularidades del régimen jurídico del período de prueba (junto a la que tiene en cuenta su superación en la configuración de la situación legal de desempleo, a la que se alude en otro capítulo) que se contemplan fuera del art. 14 ET.

[129] Para SJS 7 Murcia 12 febrero 2015 (JUR 2015/168412), el art. 52.a) ET permite a la empresa extinguir el contrato de trabajo por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida después de su colocación efectiva en la empresa, pero no define la ineptitud, vacío legal que ha intentado llenar la Jurisprudencia señalando que puede entenderse como "una inhabilidad, una falta de aptitud, preparación, suficiencia o idoneidad para desarrollar de manera útil y provechosa la prestación de trabajo, que no puede ser anterior al cumplimiento del período de prueba, si lo hubo, y que ha de manifestarse por la realización de las funciones habituales, no de otras distintas encargadas al trabajador como consecuencia de la movilidad funcional.

[130] Para STSJ Madrid 19 septiembre 2012 (AS 2012/2939), cabe la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida, con arreglo al artículo 52.a) ET, al constituir una de las causas objetivas de despido, la ineptitud del trabajador "conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa", si bien debe tenerse en cuenta que no puede operar la misma si existía con anterioridad "al cumplimiento de un período de prueba", debiendo referirse dicha ineptitud a las tareas esenciales del trabajador, ser de efectos no circunstanciales y no amparar conductas negligentes (que pueden dar lugar a un despido disciplinario). En el mismo sentido, STSJ Castila La Mancha 28 octubre 2014 (JUR

En interpretación del art. 52.a ET, se ha dicho[131] que la ineptitud puede existir cualesquiera que sean los motivos y el origen de las dolencias, exigiéndose, tan sólo, que éstas sean sobrevenidas o posteriores a la relación laboral y a la fecha de iniciación del trabajo, pues lógicamente si son anteriores y conocidas del empresario se está asumiendo por éste la incapacidad preexistente y no podrá ser posteriormente invocada como causa de resolución del contrato de trabajo; se trata, pues, de que el trabajador efectivamente haya perdido, cualquiera que sea la causa, las condiciones de idoneidad mínimamente exigibles para el adecuado desempeño de las principales tareas de su puesto de trabajo, habiéndose llegado a esta situación con posterioridad a la formalización del vínculo laboral, o con desconocimiento del empresario si la ineptitud es anterior a su inicio, no siendo necesario que la pérdida de aptitud sea imputable al trabajador, ni tampoco que suponga una absoluta y total carencia de idoneidad para el desempeño del puesto de trabajo, debiendo, no obstante, el empresario probar que el trabajador ya no es apto para cumplir debidamente con sus obligaciones laborales[132].

Sería discutible, en cambio, la aplicación del precepto en los supuestos de sucesión empresarial, en los que el nuevo empresario, pese a lo evidente que pueda ser la ineptitud del trabajador subrogado no pudo observar sus aptitudes psicofísicas ni aceptar, con sus consecuencias, la superación del período de prueba en tales circunstancias, siendo plenamente achacable al anterior empleador la negligencia *in eligendo* e *in vigilando*. En estos casos parece posible acudir al despido por la mencionada causa objetiva[133], pese a la superación anterior, por el trabajador, del período de prueba.

2015/23962), que niega efectos a la extinción operada ex art. 52.a ET, por no acreditarse circunstancia alguna en el trabajador despedido que difiera de la situación existente en el momento de la contratación, y que no impidió la superación del período de prueba (en ese caso, se había cesado al trabajador con base, tan solo, en un Informe de Evaluación de la Salud realizado por Servicio externo de prevención, sin que el mismo sirva para cambiar la calificación de aptitud laboral del trabajador recurrente). Se admite, no obstante, la extinción ulterior por ineptitud, si esta es posterior a la conclusión del período de prueba, no habiendo tenido el empresario ocasión de conocerla (STSJ Comunidad Valenciana 9 julio 1992 (AS 1992/3946).

[131] STSJ Cataluña 10 junio 2005 (AS 2005/1601).

[132] El transcurso del período de prueba se convierte, así, en garantía de cualquier trabajador pero, especialmente, de aquellos que evidencien algún tipo de merma psicofísica, pues, agotada la fase de prueba, dejarán de lado la precariedad que supeditaba el mantenimiento del empleo a la mera conveniencia empresarial.

[133] En este sentido, STSJ Andalucía/Granada 18 abril 2013 (JUR 2013/234517).

Debiendo recordarse que la garantía que prevé el art. 52.a) ET precisa, indefectiblemente, la existencia de un período de prueba fruto de pacto expreso e individual del que deriva el auténtico contenido obligacional para los contratantes, de manera que, si no existe como tal el pacto de prueba, nada impedirá al empresario extinguir el contrato de trabajo, durante su transcurso ordinario, sin mayores limitaciones que el respeto a la legalidad, sin que el trabajador pueda, en ningún caso, traer a colación el período de prueba que establezca el convenio colectivo de aplicación a su relación de trabajo, para oponerse a la extinción basada en su ineptitud, por mucho que la empresa resuelva el contrato superado el tiempo que dicha norma colectiva establece como límite máximo del período de prueba[134].

5. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A. INTRODUCCIÓN

Hace veinte años, PIQUERAS PIQUERAS[135] sostenía que "*el período de prueba no interesa demasiado a la negociación colectiva de los últimos años; a lo más que ha llegado ha sido a ajustarse a los preceptos legales vigentes, quedando en algunos aspectos fuera de ellos y mejorando solo en contadas ocasiones el régimen mínimo legal*"; la razón de este desinterés estaba en que "*la negociación colectiva ha tenido que enfrentarse con otros problemas de mayor incidencia práctica como consecuencia de la crisis económica*".

Puede ser interesante, veinte años después de esta conclusión, e inmersos en una nueva crisis económica[136], echar una hojeada a los convenios colectivos actuales[137], para ver si podemos mantenernos en aquella línea.

---

[134] Así lo establece STSJ 16 julio 2010 (JUR 2010/303093), al negar efectividad alguna al alegado art. 52.a ET, porque "en el contrato de trabajo de la actora no se pactó periodo de prueba, sin que el hecho de que en el Convenio de aplicación se establezca un periodo de prueba, pueda tener virtualidad a los efectos pretendidos".

[135] M. C. PIQUERAS PIQUERAS: "El Período …" (Bibl. cit.), pág. 276.

[136] Afirmación con la que, obviamente, podrá no estarse de acuerdo, dependiendo del ámbito concreto en que se realice el análisis de la actual situación socio-económica.

[137] El art. 84.4. ET "protege" a esta materia de la concurrencia descentralizadora invocada en su número anterior (con convenios de ámbito autonómico) indicando que "salvo que resultase de aplicación un régimen distinto establecido mediante acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal negociado según el art. 83.2. (cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva contenidas en acuerdos interprofesionales negociados por los sindicatos y asociaciones más representativos), se considerarán materias no negociables en el ámbito de una Comunidad Autónoma (entre otras) el período de prueba".

Para ello, dado lo inabarcable de un estudio que tenga en cuenta todos los convenios colectivos, y no siendo tampoco objeto monográfico de este trabajo el análisis de la regulación convencional del período de prueba, vamos a limitarnos al repaso de los convenios más significativos de ámbito estatal[138], acotando esencialmente el período de los últimos tres años, para destacar las singularidades más relevantes con respecto al régimen legal fijado en el artículo 14 ET que, como sabemos, regula los aspectos fundamentales de la institución (constitución, dinámica y extinción), asentándola en los pilares de su carácter temporal, su finalidad de experimentación y la liberalización del régimen de despido[139].

El marco referencial es, por tanto, el art. 14 ET, del que, en síntesis, hemos advertido, se limita a: (núm.1) establecer el carácter formal en su establecimiento (por escrito) y las duraciones máximas, disponibles por la negociación colectiva, instando a la realización de las experiencias constitutivas del objeto de la prueba y vedando su imposición a quien previamente desempeñó idénticas funciones en la empresa; (núm. 2) reivindicar la plenitud de derechos y obligaciones excepto los derivados de la libre resolución contractual; y (núm. 3) afirmar la adquisición, por el contrato, de plenos efectos una vez transcurrido el período de prueba, con cómputo del mismo a efectos de antigüedad, con establecimiento de la regla de interrupción consensuada del cómputo de aquel en los supuestos de suspensión del contrato que refiere[140].

Como punto de partida, coincidimos en que la "gran mayoría de los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal regulan el período de prueba de un modo relativamente uniforme: son denominadores comunes de las citadas regulaciones la fijación de la duración del período de prueba – a menudo con distinciones entre grupos profesionales- y la reiteración de los aspectos básicos de su régimen jurídico legal ex art. 14 del ET- con mención expresa, entre otros extremos, a la peculiar facultad de

---

Asimismo, no forma parte el período de prueba de las materias cuya regulación por convenio de empresa tiene reconocida prioridad aplicativa por el art. 84.2 ET.

[138] Identificándolos por su denominación, fecha de Resolución de la Dirección General de Empleo y referencia marginal de Aranzadi (RCL) para su mejor localización en caso de consulta.

[139] No son objeto de este análisis las referencias convencionales sobre el período de prueba en el contrato de trabajo en prácticas (art. 11.1.d ET), que, en general, comparte con los contratos ordinarios la exigencia de una mayor duración cuanto más compleja es la tarea contratada.

[140] "Incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, y adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad".

resolución de las partes, al cómputo de dicho período a efectos de antigüedad o a la atribución al trabajador en prueba de idénticos derechos a los reconocidos a los trabajadores ya en plantilla"[141].

No obstante, también se aprecian regulaciones convencionales imaginativas que merecen ser mencionadas y redacciones arriesgadas cuya legitimidad y ajuste a Derecho viene otorgada por la interpretación jurisprudencial de los límites estatutarios, bien conocida por algunos negociadores colectivos.

Así contextualizado, y sin ánimo de exhaustividad, vamos a analizar aquellas cuestiones que consideramos más relevantes.

B. ELECCIÓN DE LA FÓRMULA DE REGULACIÓN. REMISIÓN AL PRECEPTO LEGAL O DETALLE DEL RÉGIMEN JURÍDICO

Es difícil encontrar convenios colectivos que carezcan de toda mención al período de prueba, de manera que la gran mayoría de ellos contiene en su articulado algún precepto dedicado a aspectos de esta institución[142], con mayor o menor alcance.[143] Más comunes son los convenios colectivos que, por otorgar al período de prueba una importancia menor, o por considerar suficiente la regulación que del mismo contiene el Estatuto de los Trabajadores, se limitan a regular la materia por remisión, parcial, o en bloque, a la norma estatutaria[144].

Otros, sin efectuar dicha remisión completa, optan por incorporar en su clausulado aspectos que simplemente reproducen el contenido normativo de la institución

---

[141] Así lo indica J. F. LOUSADA AROCHENA: *El Principio de igualdad en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Informes y Estudios, Relaciones Laborales, pág. 120.

[142] Algunos acuerdos colectivos, como el del sector del Metal (Resolución de 22 de abril 2013. RCL 2013\699), incluso incluyen una "definición" propia del mismo: "El período de prueba es la fase temporal del contrato de trabajo en el que las partes pueden someter el mismo a condición resolutoria, concertando un lapso de comprobación práctica de la viabilidad de la futura relación laboral".

[143] Algunos convenios colectivos se limitan, en efecto, a precisar tan solo aquello que los negociadores han considerado relevante destacar, como es el caso del Convenio estatal del sector del autotaxi (Resolución de 7 de marzo 2014. RCL 2014\421), que se limita a indicar, en su art. 15, que la duración del período de prueba, que habrá de concertarse por escrito, será de 4 meses, pudiendo establecerse duraciones inferiores en ámbitos inferiores de negociación, sin abordar ningún aspecto adicional.

[144] El XXII Convenio colectivo nacional de autoescuelas (Resolución de 24 de septiembre 2013. RCL 2013\1477), indica, en su art. 6, que "la duración del período de prueba para el personal docente será de dos meses, y para el resto como marca el Estatuto de los Trabajadores". Y el VII Convenio colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias (Resolución de 18 de junio 2012. RCL 2012\942), establece, en su art. 13, que en materia de prueba "Se estará a lo dispuesto en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, salvo en materia de duración…" (en la que introduce una variación mínima).

recogidos en el art. 14 ET (facultad de libre desistimiento sin indemnización, consolidación de antigüedad por superación del mismo, mantenimiento de los mismos derechos y obligaciones, etc.) con lo que en realidad nada aportan, dada la aplicación supletoria ("*en defecto de*") del régimen estatutario[145].

En un último escalón se sitúan aquellos convenios que, habiendo abordado en su fase de negociación esta problemática, y haciendo pleno uso de la habilitación legal, introducen una regulación diversa, con mayor o menor detalle y originalidad.

C. ESTABLECIMIENTO DEL PERÍODO DE PRUEBA Y FORMALIDADES

Desde el punto de vista formal, el artículo 14.1 ET solo exige al período de prueba su constancia por escrito (requisito *ad solemnitatem*), necesaria para otorgar legitimidad al empresario y seguridad jurídica a los dos contratantes, ante el ejercicio de la facultad extintiva. Una vez conste asumida por escrito la obligación de someter el contrato de trabajo a un período de prueba, la misma podrá ser objeto, no obstante, de desarrollo en un momento posterior, sin tener que ajustarse a la misma formalidad.

En este ámbito, los Convenios colectivos suelen reproducir la exigencia estatutaria de forma escrita[146], formalidad que en ningún caso podrían eliminar, al tratarse de un

[145] Uno de los múltiples ejemplos, es el Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (Resolución de 23 de abril 2014. RCL 2014\649), que dedica un artículo completo, el 12, a concretar (de manera innecesaria) que "1. El período de prueba deberá concertase siempre por escrito en el contrato de trabajo; 2. Si el período de prueba no constase por escrito se entenderá que no existe; 3. 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. 4. 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". Como innecesaria parece, igualmente, la referencia a que la duración de los distintos períodos de prueba establecidos en el Convenio se entiende "sin perjuicio de las especificidades establecidas por la normativa vigente para los contratos indefinidos de apoyo a los emprendedores". En la misma línea, el Convenio colectivo estatal de jardinería (Resolución de 4 de julio 2013. RCL 2013\1134), se limita a transcribir lo previsto en los apartados 1 (párrafo 3 y 4), 2 y 3 del art. 14 ET.

[146] El Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición (Resolución de 13 de mayo 2014. RCL 2014\750), indica, en su art. 13, que "el periodo de prueba deberá ser pactado por escrito…". El Convenio colectivo del sector de curtidos, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías (Resolución de 13 de mayo 2014. RCL 2014\741), reitera (art. 19): "podrá concertarse por escrito un periodo de prueba…". El V Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (Resolución de 28 de abril 2014. RCL 2014\672), señala, art. 11, que "el período de prueba habrá de constar por escrito en el contrato de trabajo…".

requisito indisponible para la negociación colectiva, añadiendo, en algunos casos, exigencias adicionales o matizaciones de carácter menor[147].

D. LA OBLIGATORIEDAD DEL PERÍODO DE PRUEBA EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS POR EL CONVENIO COLECTIVO

Parece clara la conveniencia de que sean los convenios colectivos los que desarrollen el esquema mínimo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, al ser los negociadores de cada sector quienes mejor y más directo conocimiento tienen de la realidad cuya regulación abordan y renuevan de manera periódica[148]. No obstante, en este ámbito, no puede obviarse la autonomía que los contratantes individuales mantienen en la decisión de someter o no a prueba el contrato de trabajo.

Sin embargo, y pese a la ineficacia declarada de la práctica, algunos Convenios colectivos contemplan, de manera imperativa, el establecimiento del período de prueba en la contratación individual, con lo que parecerían querer hurtar a las partes la facultad de decidir libremente la introducción del período de prueba en el contrato[149]. Estas cláusulas, al igual que aquellas que vendrían a imponer el período de prueba previsto en el convenio, en ausencia de pacto expreso en el contrato de trabajo, han de considerarse inaplicables, desde el necesario compromiso expreso, la necesaria formalidad y carácter escrito que requieren estos pactos para considerarse válidos[150], de manera que, no

---

[147] Es original el tratamiento que el IV Convenio colectivo general de la industria salinera (Resolución de 2 de diciembre 2014. RCL 2014\1656) hace del período de prueba en un aspecto novedoso: la posibilidad de eximir al trabajador del período de prueba, una vez instaurado en el contrato de trabajo ("*La empresa podrá eximir al trabajador del período de prueba, notificándoselo por escrito*"), siendo coherente que dicha restricción, a posteriori, de la prerrogativa empresarial de desistimiento libre y acausal, se haga constar, igualmente, de manera formal.

[148] En este sentido, el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017, suscrito el 8 de junio de 2015, en la sede del Consejo Económico y Social de España, por las representaciones de CEOE, CEPYME, CCOO y UGT, contiene, como criterio a asumir y desarrollar, dentro del capítulo relativo a la "Estabilidad en el empleo y modalidades de contratación", la "regulación del período de prueba por la negociación colectiva a efectos de facilitar el mutuo conocimiento de las partes contratantes y también la idoneidad del trabajador y sus aptitudes, así como su adecuación a las perspectivas de desarrollo profesional y a la demanda de sus cualificaciones en la organización de la empresa".

[149] Ejemplo de ello es el Convenio colectivo general del sector de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas (Resolución de 31 de julio 2014. RCL 2014\1174), que afirma, categóricamente, que "todo el personal estará sujeto a un período de prueba que será el que se detalla a continuación". O el V Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (Resolución de 28 de abril 2014. RCL 2014\672), que especifica que "los ingresos de personal cualquiera que sea la modalidad contractual utilizada se considerarán sometidos a un período de prueba que no podrá exceder (los plazos allí indicados)".

[150] M. A. BALLESTER PASTOR: *El período de prueba* (Bibl. cit.), pág. 78: "La necesidad de que el pacto de prueba conste por escrito es norma de derecho imperativo, por lo que las previsiones contenidas en convenio colectivo en sentido contrario deben considerarse nulas". La STSJ Canarias 16 enero 1996

existiendo acuerdo en este extremo plasmado en el contrato de trabajo, no podrá el convenio colectivo introducirlo en el contrato supliendo la voluntad de los contratantes. Conscientes de ello, algunos convenios sí indican expresamente que el período de prueba establecido en el texto paccionado no es obligatorio, gozando las partes de libertad para decidir su integración en el contrato individual de trabajo[151].

Parte de la Doctrina considera, no obstante, que no existe una razón convincente que justifique la necesidad en todo caso de acuerdo entre las partes, impuesta por el art. 14 ET, para que opere el período de prueba, pues no debiera impedirse que el convenio colectivo, y en todo caso la ley, pudieran imponerlo por motivos justificados[152].

Algunos convenios recurren a curiosas fórmulas de vinculación entre contrato y convenio, de manera que la duración establecida en el convenio es obligatoria, si bien cabe la posibilidad de renuncia expresa al período de prueba en su integridad, o a parte del mismo[153], desde el momento de la firma del contrato o durante su transcurso.

(AS 1996/146), en el mismo sentido, consideraba que la falta de pacto escrito que expresamente acuerde la contratación a prueba no puede ser compensada por el hecho de que el convenio colectivo prevea genéricamente que los contratos de trabajo han de celebrarse a prueba (línea luego confirmada por STS 5 octubre 2011, RJ 2011/9590).

[151] Así, el Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (Resolución de 1 de agosto de 2013, RCL. 2013/1290) recuerda que "el período de prueba, de que queda hecha mención, no es de carácter obligatorio y la empresa podrá, en consecuencia, proceder a la admisión de personal con renuncia total o parcial a su utilización. O el IX Convenio colectivo estatal de entrega domiciliaria (Resolución de 14 de junio 2013.RCL 2013\988) que recuerda, en su art. 17, que "todo el personal de nuevo ingreso tendrá un período de prueba, salvo pacto en contrario", admitiendo, pues, la disponibilidad de los contratantes en su establecimiento.

[152] En este sentido, O FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 20 (comentando la previsión del III Convenio Colectivo único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, BOE 12 noviembre 2009, que preveía, con carácter imperativo, que "el personal de nuevo ingreso estará sometido a un período de prueba" transcurrido el cual "quedará automáticamente formalizada la admisión, siendo computado al trabajador ese período a todos los efectos"), para quien "el período de prueba podría imponerse de modo heterónomo cuando hubiera un interés digno de tutela que lo justificara, como ha podido acontecer, por ejemplo, en la contratación laboral al servicio de la Administración Pública, debido a la necesidad de garantizar a toda costa la certidumbre de que los candidatos cumplen adecuadamente las exigencias de capacitación y valía para el desempeño de un puesto pagado con recursos públicos".

[153] Es el caso del Convenio colectivo del sector de curtidos, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías (Resolución de 13 de mayo 2014. RCL 2014\741), que establece que "el periodo de prueba es íntegramente exigible siempre que se concierte por escrito, salvo que las empresas decidan renunciar a todo o parte del mismo, haciéndolo constar por escrito en el contrato de trabajo o renunciando al mismo por escrito durante su transcurso"). En el mismo sentido, el Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (Resolución de 6 de mayo de 2014, RCL. 2014/728), establece, en su art. 24 que "el período de prueba es íntegramente exigible, salvo que la empresa decida renunciar a todo o a parte de él, cuya decisión se comunicará por escrito". También el Convenio colectivo marco para los establecimientos financieros de crédito (Resolución de 1 de octubre 2013. RCL

E. DURACIÓN DEL PERÍODO DE PRUEBA. CRITERIOS DE GRADUACIÓN

Una de las mayores facultades atribuida a los negociadores colectivos es la de establecer la duración del período de prueba que consideren adecuada y ajustada al fin previsto, limitándose el precepto estatutario (art. 14.1 ET) a establecer, de manera subsidiaria, duraciones máximas en función del tamaño de la empresa, la temporalidad de la relación contratada y el nivel de conocimientos necesarios para desarrollar el trabajo[154], habilitación que se ha traducido, en la práctica, en el tratamiento casi unánime de este aspecto por los convenios colectivos, que afrontan esta tarea, bien de forma directa, bien por remisión a los períodos máximos de duración previstos en el precepto estatutario, percibiéndose un claro influjo de unos textos sobre otros[155].

En este contexto, el establecimiento de períodos de prueba de larga duración, además de quebrantar el principio de estabilidad en el empleo, aumenta la precarización del mercado laboral, pues permite a las empresas sustituir la contratación temporal causal (a la que se aneja, aunque escasa, una indemnización coincidente con su finalización) por contratos, indefinidos o temporales, exentos de indemnización durante gran parte de su vigencia.

No obstante el riesgo indicado, creo poder concluir que en este ámbito, más allá de contados supuestos de (presumible) abuso en la inclusión de duraciones injustificadas del período de prueba, no hemos percibido un uso arbitrario de dicha prerrogativa[156], de

---

2013\1489), señala, en su art. 10, que "es potestativo de las empresas renunciar a este período (de prueba) en la admisión y también reducir la duración máxima que para el mismo se señala en su caso".

[154] Como indica J. ROMERAL HERNÁNDEZ: "Límite temporal al período de prueba tras las reformas laborales" (ponencia en las XXV Jornades catalanes de Dret Social, celebradas en Barcelona, los días 20 y 21 de febrero de 2014, pág. 7): "Con la habilitación a la negociación colectiva para fijar el tiempo máximo del período de prueba, el legislador pretende aumentar la autonomía colectiva para un mejor ajuste de su duración a la necesidad de comprobar la adecuación del trabajador seleccionado a las tareas a desempeñar. De esta forma, la regulación legal se convierte en subsidiaria de la negociación colectiva, en tanto que ésta solo se aplicará cuando el convenio colectivo no contenga previsión alguna sobre la materia. Esto significa que por negociación colectiva se pueden fijar plazos superiores, inferiores, idénticos o específicos, con la única limitación de las características de las tareas que el trabajador vaya a desarrollar y el abuso de derecho", "sin que exista distinción entre tipo de trabajadores o trabajos a desempeñar como hace el ET".

[155] No hablamos, obviamente, del influjo que ejercen, dentro de un mismo sector, los convenios de ámbito superior sobre los inferiores, sino de las curiosas similitudes observadas en la redacción de convenios estatales que no guardan relación funcional alguna entre sí.

[156] En efecto, incluso en actividades profesionales que precisan alta cualificación los convenios colectivos no suelen superar el límite de los seis meses, tal y como sucede, por ejemplo, con el Convenio colectivo marco para los establecimientos financieros de crédito (Resolución de 1 de octubre 2013. RCL

manera que, en general, las duraciones convencionales del período de prueba suelen tener como referencia lo regulado en el Estatuto de los Trabajadores[157] (incluso se observa una clara tendencia a la reducción de los máximos de referencia), reproduciéndose en muchos casos, con cierta inercia, la regla de los dos meses de prueba para los trabajadores no cualificados (incluso 15 días, como reminiscencia del sistema anterior a la reforma de 1994) y seis meses para los trabajadores de mayor cualificación[158], con fórmulas intermedias para el resto de trabajadores por combinación de criterios relativos a la singularidad del puesto contratado y a la duración o modalidad del contrato.

La regla general es, por tanto, el establecimiento de períodos de prueba de distinta duración ajustados a las categorías o grupos profesionales definidos en el convenio[159],

2013\1489), o con el Convenio colectivo de ámbito estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales (Resolución de 16 de octubre 2013. RCL 2013\1585). Otros convenios, sin embargo, sí amplían el período de prueba para las labores más cualificadas, como el Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo (Resolución de 4 de julio 2013. RCL 2013\1110) que lo eleva hasta los 12 meses para el Grupo Profesional 0, o el Convenio colectivo de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación (Resolución de 4 de julio 2012. RCL 2012\1026), que lo establece en un año para los contratos indefinidos del personal al que se requiera estar en posesión de título superior. Con todo, el riesgo de que la negociación colectiva posibilite, a través del establecimiento de largos períodos de prueba, contrataciones descausalizadas, es evidente y difícil de corregir más allá de denunciar su carácter abusivo en el proceso judicial correspondiente.

[157] Muchos convenios, sin apenas alterar el marco temporal del Estatuto, establecen pequeñas variaciones, como por ejemplo el Convenio colectivo estatal para la fabricación de conservas vegetales (Resolución de 11 de diciembre 2014. RCL 2014\1728), que prevé un periodo de seis meses para los técnicos titulados y tres meses para el resto de trabajadores excepto para los no cualificados en cuyo caso la duración máxima será de un mes.

[158] El IV Convenio colectivo general de la industria salinera (Resolución de 2 de diciembre 2014. RCL 2014\1656) recoge, en su art. 13, la posibilidad de establecer un período de prueba que, en ningún caso podrá exceder de: a) Personal Técnico titulado: 6 meses; b) Personal Administrativo: 2 meses; c) Personal Subalterno: 1 mes; d) Personal de Oficio y especialistas: 4 semanas; e) Peones, 15 días. En idéntico sentido, el Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales para los años 2014, 2015 y 2016 (Resolución de 21 de mayo 2014. RCL 2014\788), acuerda, en su art. 61, "un período de prueba de seis meses para los técnicos titulados, dos meses para los técnicos no titulados, un mes para el personal administrativo y quince días para el resto de trabajadores".

[159] Como ejemplo de lo anterior, el Convenio Colectivo de Peluquerías, Institutos de Belleza y Gimnasios (Resolución de 17 marzo 2015, RCL. 2015/451), establece hasta cinco duraciones distintas, en función del Grupo profesional: seis meses para el Grupo 0, un mes para el Grupo I, 45 días para el Grupo II, dos meses para el Grupo III, y 75 días para el Grupo IV. El Convenio colectivo estatal de naturopatía y profesionales naturópatas (Resolución de 12 de agosto 2013. RCL 2013\1301), define el período de prueba asignado a cada uno de sus diez grupos profesionales (desde un mes para el Grupo 10 hasta tres meses para el grupo 1).

siendo infrecuentes los convenios que establecen una duración única y desligada, por tanto, del puesto o categoría profesional[160].

No abundan, por tanto, los convenios que, aprovechando el carácter supletorio del precepto legal, incrementen los períodos de duración del período de prueba, apreciándose como alguno de los que lo hacen, vinculan esta ampliación al objetivo de fomentar el empleo indefinido, en la idea de que el empresario no rehuirá este tipo de contratos si se le da un margen de tiempo suficiente (nueve meses, un año…) para reconsiderar dicha decisión sin tener que asumir las consecuencias de un despido[161].

En cuanto al carácter de los plazos de duración instaurados, la inmensa mayoría de los convenios, al no hacer referencia alguna a este extremo, opta tácitamente por su carácter natural, en aplicación de las reglas del Código Civil, si bien algunos instrumentos negociados computan el período de prueba por días "laborables" o de "trabajo efectivo"[162], en cuyo caso, habrá que tener en cuenta cual sea la distribución de la jornada que contemple el citado convenio"[163].

---

[160] Aunque los hay, como es el caso del XV Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal (Resolución de 20 de agosto 2013. RCL 2013\1326), que en su art. 16, establece que, todos los contratos incluirán el período de prueba cuya duración, si no se pacta otra cosa, "será de doce meses para todos los puestos de trabajo". O el Convenio colectivo que regula las relaciones laborales de las empresas proveedores civiles privados de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetos a régimen concesional (Resolución de 10 de septiembre 2012. RCL 2012\1338), que establece un período de prueba, para todos los contratos, de seis meses. También lo hace el Convenio colectivo de buceo profesional y medios hiperbáricos (Resolución de 25 de enero 2012. RCL 2012\156), del que sorprende, además, la escasa duración del período de prueba, establecida, por su art. 8, en quince días para todas las categorías.

[161] Así, el XX Convenio colectivo para las sociedades cooperativas de crédito (Resolución de 17 de julio 2012. RCL 2012\1107), establece, en su art. 6, que, "como medida de fomento de la contratación indefinida, podrá concertarse un período de prueba de hasta nueve meses para este tipo de contratos". O el Convenio colectivo de trabajo de ámbito estatal del sector de la mediación en seguros privados (Resolución de 23 de enero 2012. RCL 2012\110), según el cual, "las empresas afectadas por el presente convenio tendrán como objetivo hacer una apuesta clara y decidida por la contratación indefinida, (y así) para facilitar esta opción se ajustan los períodos de prueba vinculados a la contratación indefinida referidos en el artículo 14.3 de este Convenio".

[162] El Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón (Resolución de 1 de agosto 2013. RCL 2013\1296), expresamente reconoce el carácter de "días laborables" en los períodos de prueba establecidos. O el Acuerdo estatal del sector del metal (Resolución de 22 de abril 2013. RCL 2013\699), que establece que "el período de prueba se computará por días laborables de trabajo efectivo". Más complicada es la redacción del Convenio colectivo estatal de perfumería y afines (Resolución de 22 de enero 2013. RCL 2013\190), que, tras establecer la duración del período de prueba en meses (entre 1 y 6) viene a indicar que "estos períodos serán de trabajo efectivo", siendo, en mi opinión, difícil de casar el cómputo "por meses" y el detalle del "trabajo efectivo", más lógico para un cómputo por días.

[163] En este sentido, la STSJ Cataluña 2 abril 2015, resolvió un pleito de despido en contra de los intereses del trabajador, considerando que el desistimiento durante el período de prueba había sido válido, por excluir de su cómputo los sábados, al establecerse en el citado convenio colectivo (en ese caso el

Muchos convenios optan por fórmulas muy simplificadas, de apenas dos únicas duraciones, que oscilan entre uno y seis meses[164].

También difieren los convenios colectivos en la determinación del carácter "máximo" o "único" del período de prueba regulado, si bien, en la mayoría de casos, los plazos de duración convenidos se reconocen como máximos temporales[165], dentro de los cuales han de moverse las partes, no abundando los convenios colectivos en los que se establezca que la duración en todo caso habrá de ser la establecida con carácter fijo[166].

Mucho más común es la introducción, en los contratos de trabajo temporales, de reglas que establecen la duración del período de prueba en proporción a la propia duración del contrato, marcando, así, una diferencia con respecto a los contratos indefinidos[167],

---

Provincial de la Construcción para la provincia de Barcelona) una jornada de trabajo semanal de lunes a viernes.

[164] Es el caso del Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (Resolución de 28 de abril 2014. RCL 2014\672), que fija un período de seis meses para el personal contratado para desempeñar funciones directivas, técnicos titulados de grado superior y medio y comerciales, y un mes para el resto del personal. En el mismo sentido el Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (Resolución de 6 de mayo de 2014, RCL 2014/728), fija un mes para los grupos A, B y C, y seis meses para los grupos D, E, F y G. También el Convenio colectivo para la industria azucarera para el período 2013-2014 (Resolución de 1 de octubre 2013. RCL 2013\1511), que establece un período de seis meses para los "titulados" y un mes para el "resto".

[165] En este sentido, el VI Convenio colectivo del sector de derivados del cemento (Resolución de 18 de marzo 2014, RCL 2014\472), que, en su art. 17, coloca al período de prueba como "tiempo máximo", advirtiendo de que "en ningún caso excederá de" los indicados para cada grupo profesional. O el Convenio colectivo estatal para las industrias de elaboración del arroz (Resolución de 20 enero de 2015, RCL. 2015/144) que, en su artículo 12, establece de modo expreso, con respecto a determinados contratos, un período de prueba "máximo" de dos meses.

[166] Parece claro que las partes del contrato de trabajo podrán esquivar ese carácter imperativo graduando la duración del período de prueba, partiendo de que el establecimiento de una duración inmodificable no debe actuar más que como tope máximo.

[167] En este sentido, el Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (Resolución de 19 de septiembre 2014, RCL 2014\1300), establece unos períodos máximos por grupo profesional, especificando que "en los contratos temporales con una duración inicial igual o inferior a la del periodo de prueba pactado para el grupo profesional al que se adscriba el trabajador, la duración del periodo de prueba no podrá superar los dos tercios de la duración del contrato". El VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (Resolución de 25 de abril de 2012, RCL 2012/690) indica que "el período de prueba en ningún caso podrá ser superior a un tercio de la duración del contrato" (art. 18). El V Convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal (Resolución de 23 de enero de 2008, RCL 2008/334) establece que "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… éste quedará reducido a la mitad del tiempo de vigencia de la relación laboral acordada por las partes contratantes" (art. 19.2). Y el Convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización (Resolución de 14 de junio 2013, RCL 2013\987) que tras establecer el período de prueba entre uno y seis meses, dependiendo de la categoría, indica que "en cualquier caso, dicho período de prueba no podrá exceder del 50% del tiempo de duración del contrato de trabajo".

reglas que, en ningún caso (por su carácter reducido) debieran implicar la imposibilidad de averiguar las cualidades profesionales del empleado, motivo por el que algunos convenios, tras establecer la indicada proporcionalidad, establecen una duración mínima en todo caso[168].

Otros convenios, tras establecer la duración máxima del período de prueba, permiten, no obstante su ampliación, pero aparejando a su superación la adquisición "automática" de la condición de trabajador por tiempo indefinido[169].

También observamos convenios que, tras establecer duraciones precisas del período de prueba para cada grupo profesional, matizan la duración del mismo o excepcionan del esquema general a ciertos trabajadores en función de la titulación[170].

F. REFERENCIA A LAS EXPERIENCIAS PROPIAS DEL CONTRATO A PRUEBA

Exige el art. 14.1. 3º ET la realización por las partes del contrato de las "experiencias que constituyen el objeto de la prueba", si bien no identifica el contenido de dicha experimentación ni prevé consecuencia alguna en caso de incumplimiento[171], al

[168]Es el caso del Convenio marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo (Resolución de 25 de febrero de 2013, RCL 2013/409), que, tras establecer que "en los contratos de trabajo cuya duración inicial pactada… sea inferior a seis meses, el período de prueba que en su caso se concierte no podrá tener una duración superior al 30 por 100 de aquella duración", añade: "sin que en ningún caso sea inferior a 15 días naturales. O FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…*, cit., pág. 17, aplaude esta decisión al considerar que las decisiones de "aritmética salomónica" no son las más adecuadas, pues pueden producir períodos de prueba de una duración ridícula –de muy pocos días-, en los que no podrá tener lugar la experimentación típica del instituto probatorio, siendo necesario, en todo caso, establecer una "duración mínima".

[169] Es lo que sucede en el Convenio colectivo de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias (Resolución de 9 de octubre 2013, RCL 2013\1554), que, tras indicar que el período de prueba para el personal administrativo y encargado es de dos meses y para el personal obrero y subalterno de dos semanas, incluye la posibilidad de ampliar el período de prueba hasta los seis meses, pero indicando que "en este supuesto y una vez superado el período de prueba, el contrato se convertirá en indefinido automáticamente".

[170] Es el caso del Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón (Resolución de 1 de agosto 2013, RCL 2013\1296), que establece un período de prueba de dos meses para los Grupos Profesionales 4 a 14, "salvo los que hayan sido contratados en función de su titulación (superior, medio o diplomado) cuyo período de prueba será de 6 meses". La expresión "en función de" puede resultar confusa, siendo más apropiada, en mi opinión, aquella que haga referencia a la realización efectiva de las tareas propias de la titulación, pues en muchas ocasiones el trabajo desarrollado es ajeno a la titulación del trabajador. Así lo ha entendido el Convenio colectivo para el sector de agencias de viajes (Resolución de 1 de agosto 2013, RCL 2013\1294), al señalar que el período de prueba será de seis meses "para los técnicos/as titulados que desarrollen efectivamente dichas funciones, y para el resto de los trabajadores/as, de dos meses".

[171] Para A. MARTÍN VALVERDE (*El período de prueba*, op. cit., págs. 217-223), el deber de experimento se puede definir como aquel que vincula a ambas partes del contrato durante la fase probatoria a realizar (por el trabajador) y a facilitar y consentir (por parte del empleador) la prestación de

contrario de lo que sí sucede con otras obligaciones, como la del 14.1.4º ET, de no permitir la inclusión de período de prueba en el contrato de quien estuvo vinculado previamente para realizar las mismas funciones, incumplimiento sancionable con la nulidad del pacto de prueba. De esta forma, no parecen derivarse del incumplimiento consecuencias relevantes[172], más allá, quizás, de las restricciones ulteriores para apreciar la ineptitud sobrevenida del trabajador[173].

Esta escasa virtualidad es la que quizás justifica las pocas referencias que encontramos en los convenios colectivos sobre el contenido de la experimentación que, en coherencia con la finalidad de la institución, han de acometer las partes del contrato mientras dure el período de prueba, debiendo consistir las mismas en las propias funciones inherentes al trabajo contratado[174].

---

servicios (idéntica, en principio, a la que es objeto del contrato) de forma que pueda verificarse la aptitud y la adaptación del trabajador al trabajo contratado, puesta en práctica que no habrá de estar orientada a la comprobación de cualidades diferentes a la aptitud profesional. La prestación debe efectuarse en forma que resulte funcional a los intereses de demostración y ensayo, permitiéndose por el empleador la efectiva ocupación del puesto de trabajo por el empleado, dándole la información que precise, compensando los déficits formativos y de adaptación que surjan, sin interrumpir la experimentación antes de adquirir elementos de juicio suficientes sobre la idoneidad del trabajador que, por su parte, habrá de cooperar al éxito del experimento, sin ejercitar su facultad de desistimiento de forma abusiva o emulativa. Normativamente, se admite, tanto en fase de negociación preliminar, como en fase probatoria, la necesidad (y obligación) empresarial de averiguación de las cualidades profesionales de los candidatos a ocupar puestos de trabajo en su organización productiva. Y doctrinalmente, se muestran, como alternativas, una concepción de dicho deber de experimento como un "deber autónomo" de la relación a prueba (al hilo de las concepciones dualistas), y otra, como "concreción de la buena fe contractual", teoría que resulta más acertada, en el sentido de que la buena fe contractual, como conjunto genérico de deberes de los contratantes en el cumplimiento de los contratos, se especifica en la fase probatoria del contrato de trabajo en el deber de experimento, no siendo, pues, algo añadido. Desde este punto de vista, el deber de experimento (esfuerzo en conocer las facultades y peculiaridades del empleado, sin abusar de la prerrogativa empresarial de despedir sin antes haber dado al trabajador la oportunidad de manifestar sus aptitudes durante el período de prueba) es consustancial al propio contrato, sin necesidad de una referencia legal *ad hoc*, si bien es cierto que ni la doctrina ha identificado teóricamente su contenido, ni la jurisprudencia ha recalado en él desde un punto de vista práctico, de manera que los tribunales siguen funcionando con el esquema abstracto del período de prueba como ámbito temporal de despido absolutamente libre (¿abuso o ejercicio antisocial del derecho?).

[172] J. CRUZ VILLALÓN: "Problemas prácticos del período de prueba", *Revista de Política Social*, núm. 148 (1985), pág. 203, califica al deber de experimentación durante el período de prueba como "más moral que jurídico".

[173] La STS Asturias 21 octubre 1994 (AS 1994/3718) considera que no es causa justa de despido, una vez superado el período de prueba, la disminución de rendimiento que fue tolerada durante dicho período y no sancionada por la empresa.

[174] Así lo señala el Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (Resolución de 23 de julio 2012. RCL 2012\1158), para el que "el empresario propondrá y el trabajador realizará las experiencias que constituyen el objeto de la prueba las cuales se corresponderán con las funciones a realizar" (art. 62).

Siendo un lugar común que esta fase inicial del contrato debe emplearla el empresario para verificar las cualidades profesionales del trabajador, a quien no deberá cesar sino cuando la experimentación haya tenido un resultado negativo[175], lo cierto es que los convenios colectivos se limitan, mayoritariamente, a reproducir los términos del precepto estatutario[176], sin detalle de las obligaciones que han de asumir las partes contratantes, más allá de referencias genéricas al contenido de dicha fase probatoria[177].

No obstante, algunos convenios, por el carácter especial de la relación laboral que regulan, o por las singularidades de la ocupación, sí detallan el contenido de la prueba, introduciendo requisitos expresos para entender producida su superación[178]. Algunos convenios, incluso, establecen premios o incentivos cuando el trabajador, durante el período de prueba, evidencia un rendimiento por encima del normal[179].

G. RECONOCIMIENTO GENERAL DE DERECHOS Y OBLIGACIONES

En cuanto a los derechos y obligaciones de los contratantes durante el período de prueba, la mayoría de convenios opta por reiterar la previsión legal del artículo 14.2 ET,

---

[175] G. BARREIRO GONZÁLEZ: "El período de prueba" (Bibl. cit., pág. 79), considera que "solo ante la advertencia de la falta de valía del trabajador en el desempeño efectivo de las tareas requeridas podría el empresario prescindir lícitamente del trabajador".

[176] Así, el Convenio colectivo estatal para la fabricación de conservas vegetales (Resolución de 11 de diciembre 2014. RCL 2014\1728) establece, en su art. 22, que "el empresario y el trabajador están respectivamente obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba". Algunos convenios determinan la obligación empresarial de concretar el contenido del período de prueba, tal y como sucede en el Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (Resolución de 6 de mayo de 2014, RCL. 2014/728), que establece que "las empresas manifestarán al personal de nuevo ingreso el alcance y contenido del período de prueba" (si bien es verdad que sin mayores precisiones). En el mismo sentido, el Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (Resolución de 4 de diciembre 2013. RCL 2013\1831), art. 23.

[177] Del tipo "El trabajador en período de prueba vendrá obligado a realizar las pruebas profesionales, psicotécnicas y reconocimientos médicos que estime conveniente la empresa" (art. 13 del Convenio colectivo sectorial estatal para el sector de industrias de agua de bebida envasadas (Resolución de 26 de abril de 2013, RCL 2013/707), obligación que, no obstante, considero no desaparece cuando el trabajador supera dicho período.

[178] El IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (Resolución de 17 de enero 2014. RCL 2014\138), establece, en su art. 6.3.3. que "por ser necesaria una precisa, eficaz y supervisada formación profesional, el contrato estará sometido a un período de prueba consistente en la realización efectiva de 132 turnos. Las empresas y la representación de los trabajadores y, en su caso, la comisión de formación del puerto, podrán enviar a la OEE informes sobre la formación y el trabajo de cada uno de los trabajadores sometidos a prueba".

[179] El XVII Convenio colectivo general de la industria química (Resolución de 26 de marzo 2013. RCL 2013\533), señala (art. 12) que "Si durante el período de prueba el trabajador o trabajadores afectados obtuvieran rendimiento superior al normal, serán retribuidos de acuerdo con las tarifas que en previsión de tal evento se estableciesen…". El mismo contenido recoge el Convenio colectivo estatal de perfumería y afines (Resolución de 20 de septiembre 2012. RCL 2012\1375), en su art. 41.

que, como sabemos, no establece distinción en este ámbito, más allá del especial régimen resolutivo de la relación laboral[180], habiendo observado como decenas de ellos reproducen textualmente la fórmula estatutaria según la cual, durante la 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"[181].

Hemos apreciado, en la redacción de diversos convenios, expresiones que se nos antojan imprecisas, en relación a la situación de provisionalidad que mantiene el trabajador contratado mientas no se ha agotado la duración del período de prueba, expresiones propias de la ya superada concepción del periodo de prueba como fase inicial y separada de una ulterior y ordinaria, con las que se viene a reafirmar por los negociadores la fragilidad de la situación del empleado mientras no supere el período de prueba vigente. Nos referimos a la concepción, imperante en una gran mayoría de convenios, de que la relación laboral durante la fase de prueba no participa plenamente de la naturaleza jurídica del contrato sino hasta que el trabajador supera el citado contexto probatorio; en este sentido, se llega a indicar que la posición de aquel es meramente "provisional", no formando parte de la "plantilla" entretanto, y no formalizándose la "admisión" en la empresa como tal, en régimen de "dependencia", sino hasta ese momento[182]. Si bien hay

---

[180] Un ejemplo de ello, el IV Convenio colectivo general de la Industria salinera (Resolución de 2 de diciembre 2014, RCL 2014\1656) establece que "durante el período de prueba el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes a su categoría profesional y 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, sin necesidad de previo aviso y sin que ninguna de las partes tenga derecho a indemnización alguna…".

[181] Entre otros, el V Convenio colectivo de cadenas de tiendas de conveniencia (Resolución de 29 de octubre 2013. RCL 2013\1639), el IV Acuerdo estatal sobre materias concretas y cobertura de vacíos del sector del cemento (Resolución de 25 de febrero 2014. RCL 2014\336), o el IV Convenio colectivo estatal de prensa diaria (Resolución de 18 de septiembre 2013. RCL 2013\1451).

[182] El Convenio colectivo para la industria de fabricación de alimentos compuestos para animales (Resolución de 6 de agosto 2014. RCL 2014\1177) establece, en su art. 26, que "el personal de nuevo ingreso tendrá carácter provisional durante un período de prueba variable, siempre que se concierte por escrito", y que solamente "superado el período de prueba… pasará a formar parte de la plantilla de la empresa…". En el mismo sentido, el Convenio colectivo del sector de curtidos, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías (Resolución de 13 de mayo 2014. RCL 2014\741), sostiene (art. 19) que "podrá concertarse por escrito un período de prueba, en cuyo caso el ingreso de la persona se entenderá provisional hasta tanto no haya cumplido el mismo". O el Convenio Colectivo de ámbito estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales (Resolución de 16 de octubre 2013. RCL 2013\1585) que insiste en la idea (art. 20) de que "todo ingreso en la empresa efectuado mediante contrato escrito se considerará provisional" durante el período de prueba establecido. Incluso se ha llegado a considerar que no se produce realmente la "admisión" del trabajador mientras no se supere el

que reconocer que es la propia literalidad del art. 14.2 ET ("como si fuera de plantilla") la que propiciaría estas incorrecciones[183].

La pauta convencional más habitual, amén de innecesaria, en este contexto, es la que viene a explicitar que durante el período de prueba el trabajador tendrá derecho a percibir la retribución que corresponda a la categoría o grupo profesional al que pertenezca y a que el tiempo consumido del período de prueba se compute luego a efectos de antigüedad[184], siendo también frecuente el concretar que entre las obligaciones del empleado se encuentra la de realizar pruebas profesionales, psicotécnicas y reconocimientos médicos que estime conveniente la empresa[185].

---

período de prueba, tal y como refleja el art. 10 Convenio colectivo marco para los establecimientos financieros de crédito (Resolución de 1 de octubre 2013. RCL 2013\1489), que indica que "transcurrido el plazo de prueba, quedará formalizada la admisión, siéndole contado al empleado, a efectos de antigüedad y aumentos periódicos, el tiempo invertido en el citado período". Algunos convenios incluso llegan a verbalizar que la "dependencia" con respecto a la empresa no comienza sino hasta que se supera el período de prueba, lo que sucede en el Convenio Colectivo para la industria de granjas avícolas y otros animales (Resolución de 26 de noviembre 2012. RCL 2012\1732), cuyo art. 26 señala que "superado el período de prueba el trabajador pasará a depender de la empresa con la categoría que corresponda en cada caso".

Debo manifestar que no entiendo bien estas referencias, pues me pregunto ¿qué mayor provisionalidad existe que la de poder ser cesado sin causa ni formalidad alguna durante la vigencia de dicho período? ¿qué quiere decir exactamente formar parte de la "plantilla" de la empresa o ser la relación meramente "provisional" mientras tanto? ¿no se encuentra el trabajador "admitido" ni "depende" de la empresa mientras no supera el período de prueba? En este sentido, considero más apropiada la consideración contenida en otros convenios, que lejos de establecer una tajante separación entre período de prueba y contrato de trabajo, integran el primero dentro del segundo y destacan las consecuencias del "avance" producido tras su superación. Ejemplo de ello es el Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (Resolución de 10 de septiembre 2013. RCL 2013\1397), que se limita a indicar (art. 24) que "transcurrido el período de prueba sin denuncia por ninguna de las partes, el trabajador continuará en la Empresa de acuerdo con las condiciones estipuladas en su contrato y en este Convenio"; o la contenida en el III Convenio colectivo para la acuicultura marina nacional (Resolución de 11 de junio 2013. RCL 2013\1004) al significar (art. 11) que "transcurrido el período de prueba… el contrato producirá los efectos propios de la modalidad bajo la que se haya concertado, computando, en su caso, a efectos de antigüedad el tiempo de servicio prestado a la empresa".

[183] Como ha apreciado M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ (Coord.) *La negociación colectiva en la industria del papel y el sector de artes gráficas*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Actualización 2008, pág. 77.

[184] Entre otros, el Convenio colectivo para la industria de fabricación de alimentos compuestos para animales (Resolución de 6 de agosto 2014. RCL 2014\1177), cuyo art. 26, indica que "el trabajador disfrutará, durante el período de prueba, de la retribución que corresponda a la categoría profesional de trabajo en la que haya sido clasificado. El período de prueba será computado a efectos de antigüedad". Con la misma redacción, el Convenio colectivo de mataderos de aves y conejos (Resolución de 18 de marzo 2014. RCL 2014\471), art. 40, o el Convenio colectivo de ámbito nacional para las industrias de turrones y mazapanes (Resolución de 18 de marzo 2014. RCL 2014\490) art. 13, entre otros muchos.

[185] Es el caso del Convenio colectivo para la industria de fabricación de alimentos compuestos para animales (Resolución de 6 de agosto 2014. RCL 2014\1177, art. 26). O el del Convenio colectivo general del sector de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas (Resolución de 31 de julio de 2014, RCL 2014/1174), cuyo art. 26 indica que "la empresa podrá someter a los aspirantes (así denomina

Algunos convenios establecen reglas que podríamos considerar restrictivas de los derechos de los trabajadores durante el período de prueba y, en ese sentido, contrarias a la norma legal, y son aquellas que, precisamente bajo el prisma de esta situación de "provisionalidad", vienen a privar al trabajador, durante el período de prueba, y a diferencia de los compañeros que superaron el período de prueba, del derecho a desarrollar acciones formativas[186] o acogerse a situaciones de excedencia[187].

También hemos apreciado ciertas limitaciones en el ejercicio de derechos electorales, en la medida en que algunos convenios exigen la superación del período de prueba para ostentar la condición de elector o elegible[188], algo que no parece exigir el art. 69 ET.

Algunos convenios restringen los efectos jurídicos de la relación a prueba sobre la relación conexa de seguridad social, como se aprecia en el distinto tratamiento que se ha otorgado a los trabajadores a prueba, por ejemplo, en mejoras voluntarias, restringiendo (de manera impropia, a nuestro juicio) derechos introducidos por la negociación colectiva en la cobertura indemnizatoria por incapacidad permanente derivada de contingencia profesional[189].

---

a los trabajadores durante el período de prueba) a las pruebas teóricas, prácticas y psicotécnicas que considere convenientes, siempre que estén ajustadas al puesto de trabajo que se vaya a desempeñar, para comprobar su grado de profesionalidad y conocimientos".

[186] Es el caso del IV Acuerdo estatal sobre materias concretas y cobertura de vacíos del sector del cemento (Resolución de 25 de febrero 2014. RCL 2014\336), que, en su Capítulo VI, "Tiempos empleados en formación continua", señala que para poder participar en acciones formativas presenciales, "el trabajador solicitante deberá haber superado el período de prueba y tener, en todo caso, una antigüedad mínima de un mes en la empresa". En el mismo sentido, el Convenio colectivo del sector de la madera (Resolución de 2 de noviembre 2012. RCL 2012\1606), art. 71.

[187] El Convenio Colectivo estatal para la industria fotográfica (Resolución de 4 de diciembre 2013. RCL 2013\1806), establece, en su art. 10, que "el personal, con una antigüedad de tres meses, salvo que sea titulado, en cuyo caso deberá cumplir el período de prueba, que ejerza o sea llamado a ejercer un cargo sindical en los órganos de gobierno provinciales o nacionales de una Central Sindical legalizada, tendrá derecho a una excedencia forzosa por el tiempo que dure el cargo que la determine" (de donde parece deducirse que el titulado, con período de prueba más amplio pendiente de cumplirse, no tendría derecho a dicha excedencia).

[188] Así, el V Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (Resolución de 5 de marzo 2013. RCL 2013\447), establece (art. 45), que serán elegibles en las elecciones a representantes unitarios, "los trabajadores que tengan 18 años cumplidos y una antigüedad mínima de 3 meses en la empresa, siempre que hayan superado el período de prueba". Con la misma redacción, el Convenio colectivo del sector de la madera (Resolución de 2 de noviembre 2012. RCL 2012\1606), art. 87, y el Convenio colectivo estatal del corcho (Resolución de 20 de septiembre de 2012, RCL 2012/1285, BOE 21 septiembre 2012), art. 19.

[189] Es el caso del que nos da noticia la STSJ Andalucía / Granada 9 julio 2014 (JUR 2014/277327), en referencia al Convenio Colectivo de manipulado de frutas, hortalizas, patata temprana y extemprana de Granada, (no se trata de un convenio estatal, pero por la singularidad que representa, damos cuenta de

H. SINGULARIDADES EN FUNCIÓN DE LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN

Muchos convenios colectivos distinguen, al establecer la duración del período de prueba, entre los contratos indefinidos y los temporales, contrastando, obviamente, como regla general, la extensión en los primeros con la reducción temporal en los segundos[190]. Es frecuente que los convenios establezcan duraciones concretas para las modalidades indefinidas de contratación, que varían en función del grupo o categoría profesional contratada, permitiendo, no obstante, para los contratos temporales, una fijación de aquellos tiempos reducida[191], o proporcional a la duración del contrato[192], detallándose incluso, por algunos convenios, distintas duraciones de la prueba, en función de la concreta duración del contrato temporal[193].

él), cuyo artículo 25 establece que "en aquellos contratos de trabajo que exista período de prueba, las empresas tendrán un plazo de 30 días a partir de la fecha de ingreso del trabajador/a en la empresa, para contratar esta Póliza de Seguro Colectivo de Vida o incluir al trabajador en la misma, y en los demás casos de contratación, este plazo será de 5 días. Si ocurriese la muerte o invalidez del trabajador antes de expirar estos plazos de 30 y 5 días, respectivamente, la empresa no tendrá responsabilidad alguna ni tendrá por tanto que abonar al trabajador/a o sus familiares las indemnizaciones que establece este artículo del Convenio".

[190] Los negociadores son conscientes de que la facultad resolutoria implícita en el período de prueba pone en riesgo la estabilidad en el empleo y la consiguiente adquisición de la condición de trabajador indefinido, y así lo llegan a expresar al regular esta materia; en este sentido el Convenio colectivo del sector de la mediación de seguros privados (Resolución 23 de enero de 2012, RCL 2012\110), dentro del apartado de "principios básicos" (art. 10) reconoce que, apostando clara y decididamente por la contratación indefinida, proceden a "ajustar" los períodos de prueba vinculados a dicha contratación.

[191] El XXI Convenio colectivo estatal de contratas ferroviarias (Resolución de 7 de febrero 2014. RCL 2014\288), establece, en su art. 12, que para los trabajadores que no pertenezcan a los niveles 1, 2 y 3, el período de prueba no podrá exceder de un mes para los que sean contratados de forma eventual ni de dos meses para aquellos que sean contratados desde su inicio de la relación laboral con la modalidad de contrato indefinido.

[192] En esta línea, el Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición (Resolución de 13 de mayo 2014. RCL 2014\750), tras definir períodos de prueba de uno, dos, tres y seis meses de duración, respectivamente para los grupos I, II, III y IV, aclara que "podrán pactarse periodos de prueba inferiores a los señalados… proporcionales a la duración del contrato, cuando éste tenga un carácter temporal (si bien no establece luego fórmulas para calcular dicha proporcionalidad).

[193] Así, el Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (Resolución de 10 de septiembre de 2013, RCL 2013\1397), distingue tres supuestos diferentes: a) contratos indefinidos o fijos discontinuos (el período de prueba oscila entre 45 y 90 días; b) contratos por tiempo determinado superiores a tres meses de duración (entre 30 y 75 días) y c) contratos por tiempo determinado hasta tres meses de duración (entre 15 y 60 días). O el Convenio colectivo sectorial, de ámbito estatal, de las administraciones de loterías (Resolución de 23 de julio 2012. RCL 2012\1137), que en su art. 10, diferencia entre: a) contratos de duración determinada superiores al año, b) superiores a dos meses e inferiores al año, y c) inferiores a dos meses, estableciendo, respectivamente, períodos de prueba de dos meses, un mes y quince días.

También es frecuente que la distinción entre vinculación temporal o indefinida afecte al tratamiento dado a las situaciones suspensivas del contrato de trabajo[194].

Más claras son las singularidades inherentes al tipo de contratación, como sucede con las referencias convencionales a los contratos de puesta a disposición en las Empresas de Trabajo Temporal[195].

Desde mediados de 2012, comienza a apreciarse en algunos convenios la referencia expresa al contrato de trabajo indefinido de apoyo a emprendedores, para destacar la excepción que el mismo supone al contenido negociado en materia de prueba, referencias convencionales que han de relacionarse con el hecho de que la citada modalidad contractual tiene establecido, por Ley, y "en todo caso", un período de prueba de un año de duración, previsión legal que según declaró el Tribunal Constitucional, en STC 22 enero 2015, tiene carácter imperativo e indisponible para la negociación colectiva[196].

En relación a los contratos a tiempo parcial, muchos convenios establecen reglas proporcionales que tratan de compensar la mayor dificultad prospectiva en estos casos, ampliando normalmente la duración del período de prueba[197] y aceptándose

---

[194] Por ejemplo, el Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales para los años 2014, 2015 y 2016 (Resolución de 21 de mayo 2014. RCL 2014\78) establece (art. 61) que "la situación de Incapacidad Temporal…interrumpe el cómputo del (período de prueba) pero no la del contrato a tiempo o servicio u obra determinado" (de donde se infiere que solo se interrumpe en los contratos indefinidos).

[195] Destacamos la dicción del art. 19 del Convenio colectivo estatal de dichas empresas (Resolución de 23 de enero de 2008, RCL. 2008/334), según el cual solo "quedará suprimido el período de prueba para aquellos trabajadores que fueran contratados por segunda o más veces para desempeñar el mismo puesto de trabajo y en la misma empresa usuaria", de manera que se admite la imposición de un nuevo período de prueba cada vez que comience un nuevo contrato de puesta a disposición en cada una de las mercantiles usuarias, pudiendo prolongarse de esta forma, casi *sine die*, la incertidumbre que conlleva el mantenimiento de dicha situación.

[196] J. L. MONEREO PÉREZ: "Nuevos contenidos de la negociación colectiva y límites legales de los mismos, con particularidad a la jubilación obligatoria y al período de prueba", *Temas Laborales*, núm. 120/2013, pág. 476, lamenta la "imperatividad absoluta" del plazo de duración del período de prueba en estos contratos, ya que de este modo "la autonomía colectiva no tiene la posibilidad de neutralizar la fijación legal en contraposición con el régimen "general" u ordinario diseñado en el propio art. 14 del ET, que se caracteriza significativamente por abrir espacios a la flexibilidad negociada", de manera que, "esta indisponibilidad colectiva impide que la negociación colectiva pueda establecer duraciones diversas del período de prueba que permitieran la adaptación de su régimen a las peculiaridades de cada sector y empresa".

[197] El V Convenio colectivo de cadenas de tiendas de conveniencia (Resolución de 29 de octubre 2013. RCL 2013\1639) señala, en su art. 16, que "en cuanto al período de prueba de los contratos a tiempo parcial… se determinará su cómputo en relación con la prestación efectiva de trabajo contratado", indicando, no obstante, que "en todo caso el período de prueba se entenderá superado transcurridos seis

mayoritariamente el cómputo por días laborables en aquellos contratos en los que no se da una prestación de servicios uniforme[198].

I. LA INTERRUPCIÓN DEL PERÍODO DE PRUEBA. SUPUESTOS Y EFECTOS

Según dispone al art. 14.3 ET, en su párrafo 2º, "las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, y adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad, que afecten al trabajador durante el período de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes"[199].

En este contexto, la mayoría de los convenios colectivos analizados vienen a establecer que las situaciones suspensivas del contrato de trabajo, en general[200], interrumpen el

---

meses naturales de prestación de servicios" (cláusula de cierre con la que se trata de evitar duraciones desmesuradas del período de prueba provocadas por contrataciones de escasa jornada). Con la misma finalidad, el Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (Resolución de 10 de septiembre 2013, RCL. 2013/1397), tras permitir que en los contratos temporales se concierten períodos de prueba ajustados a lo previsto para la jornada ordinaria, viene a puntualizar (art. 24) que, "no obstante, cuando estos contratos se celebren para la prestación de servicios que no se vayan a realizar todos los días de la semana, el período de prueba ascenderá a un máximo de treinta días de trabajo efectivo, cuando sean por tiempo indefinido, o veinte días de trabajo efectivo cuando sean de duración determinada". O el Convenio colectivo estatal de grandes almacenes (Resolución de 8 de abril 2013. RCL 2013\608), que viene a establecer (art. 9) que el período de prueba en los contratos a tiempo parcial… se determinará su cómputo en relación con la prestación efectiva de trabajo contratado.

[198] El Convenio colectivo estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo (Resolución de 25 de febrero 2013. RCL 2013\409), establece que "en los contratos celebrados a tiempo parcial, cuando se celebren para la prestación de servicios que no se vayan a realizar todos los días de la semana, el período de prueba no podrá superar los veinte días laborables".

[199] O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 44, reivindica el efecto "sumatorio o aditivo", esto es "no excluyente o sustractivo", del art. 14.3. ET, en el sentido de que, si bien en los casos legalmente establecidos se produce un efecto interruptivo del período de prueba, ello no quiere decir que en otros casos distintos el mismo efecto no pudiera tener lugar, de manera que la interrupción del período de prueba podría producirse: (1) siempre que las partes lo quisieran, aunque no hubiera suspensión del contrato; (2) siempre que lo quisieran habiendo suspensión; y (3) automáticamente, cuando las partes nada hubieran estipulado, cuando concurriera cualquier causa de suspensión distinta a las aludidas en el referido art. 14.3 ET".

[200] En este sentido, el IV Convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (RCL 2013/1532), dispone, con carácter general, que "cualquier suspensión del contrato que afecte al trabajador durante el período de prueba, interrumpirá el cómputo del mismo". Redacción parecida a la del Convenio colectivo marco para los establecimientos financieros y de crédito (RCL 2013/489), cuyo art.10 establece que el cómputo del período de prueba "se suspenderá en caso de suspensión del contrato por cualquier de las causas previstas en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores o disposición que lo sustituya". Igualmente, el Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (Resolución de 19 de septiembre 2014. RCL 2014\1300), cuyo artículo 19 establece que "las suspensiones del contrato de trabajo que por cualquier causa se produzcan (sin excepciones, pues) interrumpirán el cómputo del período de prueba". O el IV Convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables

cómputo del período de prueba, con especial énfasis en la situación de incapacidad temporal[201], de manera que el período de prueba se prolongará mientras dure tal situación suspensiva, previsión ésta acorde con la finalidad de esta institución, al quedar muy limitada, durante ese período, la posibilidad de verificar las cualidades profesionales del trabajador contratado[202].

No obstante, otros reproducen el esquema legal de no suspensión salvo que exista pacto expreso, que además -se suele precisar-, es posible establecer tanto en la firma del contrato, como durante el desarrollo del mismo, al surgir la causa suspensiva[203].

Pero como decimos, el mayor interés para los negociadores colectivos, suele ser el de establecer qué incidencias va a tener en el esquema analizado, la situación de incapacidad temporal que afecte al trabajador, optándose, normalmente, por establecer la interrupción del período de prueba[204], no habiendo encontrado una regulación

---

y residuales (Resolución de 8 de octubre 2013. RCL 2013\1532), que establece, en su art. 20, que "las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y adopción o acogimiento, y en general, cualquier suspensión del contrato que afecte al trabajador o a la trabajadora durante el período de prueba, interrumpirá el cómputo del mismo".

[201] Aunque no es común, algunos convenios aparejan a la incapacidad temporal la consecuencia interruptiva, pero estableciendo un límite temporal; así sucedía en el Convenio Colectivo estatal de fabricantes de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (antes de la derogación de la versión del año 2006 por Resolución de 23 de abril 2014, RCL. 2014/649), que establecía la interrupción del período de prueba "hasta un plazo máximo de cinco meses contados desde el día de la baja médica".

[202] M. A. BALLESTER PASTOR: *El período de prueba* (Bibl. cit.), pág. 86, considera que "esta previsión del convenio (la de establecer la interrupción del período de prueba durante la incapacidad temporal) suple perfectamente la necesidad de pacto entre ambas partes al que se refiere el art. 14 ET, aunque este artículo haga referencia al acuerdo <ente ambas partes>", de manera que, habiendo pactado las partes el período de prueba, si el trabajador iniciase un período de incapacidad temporal, procedería la citada interrupción, aunque nada de ello figurase en el contrato; en definitiva, una cosa es que el pacto de prueba no exista, pese a venir contemplado en el convenio, si las partes no lo incorporan a la relación individual mediante su inclusión en el contrato de trabajo, y otra distinta que, una vez contemplado el mismo, los aspectos no regulados en el contrato, se rijan por las estipulaciones convencionales. En el mismo sentido O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 52, comentando la redacción del art. 35.1 del III Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (Resolución 3 de noviembre 2009, RCL. 2009/2173): "en el período de prueba…no se computará el tiempo de incapacidad temporal"), considera que la citada previsión en el convenio comporta una "interrupción automática que no parece requerir acuerdo de los contratantes".

[203] Muestra de ello es el Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (Resolución de 10 de septiembre 2013. RCL 2013\1397), que en su art. 24 reproduce, siquiera parcialmente, el esquema legal ("Las situaciones de maternidad, riesgo durante el embarazo y adopción o acogimiento, que afecten al trabajador durante el período de prueba, no interrumpirán el cómputo del mismo salvo que se produzca acuerdo expreso y escrito entre ambas partes), añadiendo la posibilidad de suscripción del acuerdo "bien en el contrato de trabajo, bien en el momento de concurrir alguna de las situaciones referidas en el presente apartado".

[204] Como ejemplo, el Convenio colectivo estatal para la fabricación de conservas vegetales (Resolución de 11 de diciembre 2014. RCL 2014\1728) establece, en su art. 22, que el período de prueba tendrá que constar por escrito "y la situación de incapacidad temporal lo suspenderá". O el Convenio colectivo

específica de la cuestión, de indudable relevancia, de si durante la suspensión del período de prueba queda en suspenso igualmente la facultad de libre resolución del contrato[205], cuestión que, en defecto de regla convencional, permite distintas opciones así como fiscalización judicial. Algunos convenios distinguen entre efecto interruptivo del cómputo y del vínculo contractual[206]. Más extraño es encontrar convenios que establezcan distinta consecuencia en función de la contingencia determinante de la incapacidad temporal[207].

Como curiosidad, algunos convenios contemplan la falta de acuerdo entre empresa y trabajador en la determinación del efecto suspensivo o no del período de prueba como motivo para dar por extinguido el contrato[208].

Fuera de las situaciones propiamente suspensivas, algunos convenios colectivos (generalmente los de actividades especializadas en los que la formación de sus

---

estatal de instalaciones deportivas y gimnasios (Resolución de 19 de septiembre 2014. RCL 2014\1301), cuyo art. 17.2 establece que "la situación de incapacidad temporal durante el periodo de prueba, interrumpirá su cómputo, reanudándose a partir de la fecha de reincorporación efectiva al trabajo".

[205] Tangencialmente, el V Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (Resolución de 5 de marzo 2013. RCL 2013\447), tras indicar que la situación de incapacidad temporal interrumpirá el cómputo del período de prueba en un tiempo máximo coincidente con la fecha de conclusión del mismo, precisa: "momento en el que cualquiera de las partes podrá proceder a la extinción del contrato" (de donde parece desprenderse que la facultad extintiva durante el período de prueba está limitada mientras persista la situación de incapacidad temporal).

[206] En este sentido, el Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (Resolución de 23 de julio 2012. RCL 2012\1158), establece, en su art. 62, que la "la situación de Incapacidad Temporal que afecte al trabajador durante el período de prueba interrumpe el cómputo del mismo, pero no la del contrato a tiempo o servicio u obra determinado".

[207] Aunque los hay, como el Convenio colectivo del sector de derivados del cemento (Resolución de 18 de marzo 2014. RCL 2014\472), que, en su artículo 18, establece que "la situación de I.T. derivada de accidente de trabajo que afecte al trabajador durante el período de prueba interrumpirá el cómputo del mismo" (de donde se desprende que no ocurre lo mismo si la baja médica deriva de enfermedad común, accidente no laboral o enfermedad profesional). Otros se encargan de precisar que en ambos casos, enfermedad y accidente, se produce la suspensión del período de prueba (Convenio colectivo nacional de prensa no diaria (Resolución de 10 de diciembre 2013. RCL 2013\1833). E incluso algunos vienen a establecer reglas singulares, como el V Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (Resolución de 5 de marzo 2013. RCL 2013\447), que, con un detalle que no suele darse, señala que "la interrupción podrá extenderse hasta un máximo de seis meses en el supuesto en el que la situación de incapacidad temporal derive de accidente de trabajo ocurrido en el lugar de trabajo, por lo que no se aplicará esta vía de ampliación del período de interrupción a los casos de accidente «in itinere», ni de enfermedad profesional" (con lo que se establecen distintos efectos en función de diversos elementos, incluso dentro de una misma contingencia).

[208] El Acuerdo estatal del sector del metal (Resolución de 22 de abril 2013, RCL 2013\699) en su art. 27, indica que si no hubiera acuerdo entre las partes para determinar si la situación de incapacidad temporal, maternidad, adopción o acogimiento interrumpen el cómputo del período de prueba, "el contrato se extinguirá por voluntad de cualquiera de las partes".

trabajadores es esencial) vienen a establecer que las actividades formativas realizadas durante el período de prueba, vienen a interrumpir su transcurso[209].

J. TRATAMIENTO DE CONTRATACIONES ANTERIORES. RESTRICCIONES O LIMITACIONES EN FUNCIÓN DE LA RELACIÓN PREVIA DE TRABAJO

Como es sabido, el art. 14 ET impide establecer un período de prueba cuando existió una vinculación laboral previa en la misma empresa[210] desarrollando las mismas funciones, con independencia de la modalidad de contratación. Pues bien, en este ámbito, además de las normas negociadas que se ajustan al texto legal[211], observamos en los convenios colectivos un cierto desarrollo de aquella previsión mediante la introducción de reglas concretas, como las que computan como período de prueba el tiempo de prestación de servicios en contratos anteriores[212], o incluso en cursos de capacitación[213], o las que (claramente conocedoras de la Jurisprudencia del Tribunal

---

[209] En este sentido, el II Convenio colectivo para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros y su mantenimiento y reparación (Resolución de 18 de julio 2012. RCL 2012\1116), señala que "el período de prueba quedará interrumpido si durante el mismo el trabajador debe realizar algún curso formativo…" (precisión que tiene lógica en un sector en el que existe un alto coste en formación de los trabajadores).

[210] Algún convenio identifica, a estos efectos, empresa y grupo de empresas, de forma que se potencia la garantía para el trabajador de manera muy importante. Así el Acuerdo estatal del sector del metal (Resolución de 22 de abril 2013. RCL 2013\699) establece la nulidad del período de prueba cuando el trabajador "hubiera desarrollado con anterioridad en la misma empresa o grupo de empresas las mismas funciones…".

[211] El VII Convenio colectivo nacional de colegios mayores universitarios (RCL 2012\1361), establece, en su art. 16, que "será nulo el pacto que establezca un período de pruebacuando el trabajador o trabajadora haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa bajo cualquier modalidad de contratación". Con distinta redacción e igual ajuste al texto legal, el Convenio colectivo de SERVIMAX SERVICIOS AUXILIARES, S.A. (Código de Convenio 0011802011998), afirma que "no existirá período de prueba si el trabajador fuera contratado de nuevo por la misma empresa, salvo que lo sea para categoría y funciones diferentes a las desarrolladas en el anterior contrato de trabajo y siempre de acuerdo con lo establecido en el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores".

[212] El Convenio colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil (Resolución de 9 de marzo 2010, RCL 2010/818), descuenta del tope máximo del período de prueba fijado para los contratos indefinidos, el tiempo en que el trabajador haya prestado servicios con anterioridad como contratado temporal, al señalar (art. 28), que "en el caso de haber mantenido una relación laboral anterior a la contratación indefinida, la duración de dicha relación temporal computará dentro del período (de prueba) mencionado.

[213] El Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (RCL 2011/1164), dispone (art. 62.7) que los cursos de formación o capacitación impartidos por las empresas, "serán computados como a cuenta del período de prueba". Otros convenios, sin embargo, desvinculan ambas circunstancias, facultando a la empresa para que pueda "exigir la realización de cursos o pruebas de admisión al trabajo, sin perjuicio de que el trabajador tenga que superar el período de prueba previsto a partir del momento en que se suscriba el correspondiente contrato de trabajo" (Convenio colectivo para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros y su mantenimiento y reparación (Resolución de 18 de julio 2012, RCL 2012\1116, art. 22).

Supremo en la materia) permiten la inclusión de un nuevo período de prueba en el contrato de trabajo en atención al transcurso de un tiempo significativo entre ambas vinculaciones contractuales, con causa en la nueva categoría profesional objeto de contratación, o teniendo en cuenta la no consumición del período de prueba en la contratación anterior[214].

Otros convenios, sin embargo, contienen redacciones que permitirían considerar que la mera realización de idénticas funciones con carácter previo (sin precisarse un tiempo concreto en su desempeño ni importar el transcurrido desde el fin de la anterior contratación) elimina la posibilidad, en todo caso, de establecer un período de prueba en el nuevo contrato[215], si bien los Tribunales, de manera pacífica, se encargan de negar dicha interpretación, contextualizando literalidad y finalidad de la norma[216].

[214] El Convenio colectivo estatal de empresas de mensajería (Resolución de 21 de noviembre 2006, RCL. 2006/2209) dispone que "el trabajador que hubiese cesado en la empresa y volviese a ingresar en la misma, quedará sujeto igualmente al período de prueba correspondiente al nuevo contrato que suscriba siempre que hubiese transcurrido más de un año entre su cese y la nueva alta y lo hiciese desempeñando funciones distintas" (art. 16.5). El Convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal (Resolución de 23 de enero 2008, RCL 2008/334) permite (art. 19, a sensu contrario) que las empresas de trabajo temporal establezcan un nuevo período de prueba cuando se destine al empleado a realizar el mismo cometido para la misma empresa usuaria, si transcurrieron doce meses desde la finalización de la anterior contratación. En el mismo sentido, el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad (Resolución de 11 de abril 2013, RCL 2013\627), establece, en su art. 29, que con respecto al personal operativo, "no existirá periodo de prueba si el trabajador fuera contratado de nuevo por la misma empresa en el periodo de dos años posterior al último contrato", previsión que se ha trasladado luego a diversos convenios de empresas del sector, como es el caso del Convenio colectivo de la mercantil "Vigilancia Integrada, SA" (Resolución de 10 de febrero 2015, RCL 2015/1087).

[215] En este sentido, el Convenio colectivo de la industria del calzado (Resolución de 25 de febrero 2013, RCL 2013\403), indica, en su art. 16, que "cuando se haya desempeñado la misma función con anterioridad en la empresa, no existirá período de prueba" (redacción que no debiera permitir interpretaciones extensivas).

[216] Como ejemplo, la STSJ Asturias 13 marzo 2015 (JUR 2015/90424), analizó la situación de una trabajadora vinculada con su empresa, a la que se aplica el Convenio colectivo de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, mediante 42 contrataciones previas de duración diversa, dándose la circunstancia de que, desde la última de ellas, había transcurrido un período de tiempo superior a cuatro años. El convenio establecía, con rotundidad, que "una vez superado el período de prueba, ya sea en una o varias contrataciones, se dará por cumplido en contrataciones sucesivas". La empresa, no obstante, incluyó en el nuevo contrato un período de prueba de dos meses. El Tribunal entiende que, si bien la literalidad de los preceptos legal (art. 14 ET) y convencional (art. 49 del convenio indicado) no se refieren a lapso temporal alguno…", dicha literalidad no es suficiente, debiendo tenerse presente la finalidad de la norma, en el sentido de que "el transcurso de un dilatado espacio temporal entre contrato y contrato puede dar validez a la prueba pactada en el último, ante la necesidad que la empresa tiene de conocer si las aptitudes del trabajador subsisten o han experimentado algún cambio".

También hay convenios que, combinando la experiencia laboral previa y el grado de titulación acreditada por el trabajador en otra empresa, impiden al nuevo empresario el establecimiento de cualquier período de prueba[217].

Si bien es cierto que la facultad de establecer un período de prueba a quien previamente mantuvo vínculo laboral con la empresa ha sido matizado jurisprudencialmente, precisamente en atención a este tipo de circunstancias, entiendo que, una vez fijados por convenio colectivo este tipo de límites en la nueva contratación, no pueden ser obviados por las partes contratantes, pues habrían sido los propios negociadores convencionales los que tratarían de garantizar el derecho del trabajador a no verse de nuevo sometido a prueba salvo motivo justificado. Así, si el convenio establece, en este caso, un lapso temporal concreto desde la finalización del anterior contrato, no cabrá imponer el período de prueba si ese período no ha trascurrido en su integridad.

También han previsto los negociadores colectivos la posibilidad de estipular un período de prueba en supuestos en los que, no habiendo transcurrido un tiempo significativo entre los contratos, ni habiendo variado los cometidos contratados, lo que sucede es que el trabajador mantuvo vínculo previo pero no superó en aquel el período de prueba entonces impuesto, de manera que el nuevo contrato podrá establecerlo, si bien que sin exceder el máximo convencional[218].

En otro orden de cosas, algunos convenios descuentan del período de prueba el tiempo empleado previamente en cursos de formación o capacitación desarrollados en la propia

[217] Es el caso del V Convenio colectivo del sector de la construcción (Resolución de 28 de febrero 2012, RCL 2012\342), para el que "los titulares de la Tarjeta Profesional de la Construcción expedida por la Fundación Laboral de la Construcción con contrato de fijo de obra u otra modalidad de contrato temporal, estarán exentos del período de prueba para los trabajos de su categoría profesional, siempre que conste en su Tarjeta Profesional haber acreditado su cumplimiento en cualquier empresa anterior" (art. 21).

[218] El XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (Resolución de 20 de septiembre 2012, RCL 2012\1379), establece, en su art. 22, que "no será válido el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad… bajo cualquier modalidad de contratación, salvo que no haya agotado el período máximo de prueba previsto en el anterior contrato, en cuyo caso se podrá pactar un período de prueba por la diferencia". También se desprende, indirectamente, de lo dispuesto en el art. 28 del XI Convenio estatal de centros de asistencia y educación infantil (Resolución de 9 de marzo de 2010, RCL. 2010/818), al establecer que "la empresa no podrá hacer uso del desistimiento para el mismo puesto de trabajo más de dos veces consecutivas", con lo que, tácitamente, se permite incluir pacto de prueba a quien ya ha prestado idénticos servicios en la empresa, sin que concurra ninguna circunstancia justificativa.

empresa[219], mientras que otros contemplan expresamente la posibilidad de una fase previa de selección, sin considerarla descontable del ulterior período de prueba[220].

Otros convenios establecen redacciones similares a las del ET, para restringir el establecimiento del período de prueba en las nuevas contrataciones, con términos que permiten limitar aún más dicha posibilidad[221]; en ocasiones, la intención aparentemente garantista de los negociadores no se plasma de forma clara, lo que puede permitir interpretaciones contradictorias[222].

Y, en fin, algunos convenios se encargan de recordar que la transformación de un contrato temporal en indefinido no permite la inclusión, en el segundo, de un nuevo período de prueba[223] (en una suerte de concreción y desarrollo de la regla prohibitiva del art. 14.1 ET cuando se han desempeñado las mismas funciones en la empresa con

---

[219] El Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales para los años 2014, 2015 y 2016 (Resolución de 21 de mayo 2014, RCL 2014\788), establece que "los cursillos de capacitación dados por la empresa serán computados como a cuenta del período de prueba". Y en el mismo sentido, el XVII Convenio colectivo general de la industria química (Resolución de 26 de marzo 2013, RCL 2013\533), establece (art. 12) que "los cursillos de capacitación dados por las empresas serán considerados a todos los efectos como tiempo del período de prueba", redacción que también contempla el Convenio colectivo estatal de perfumería y afines (Resolución de 22 de enero 2013, RCL 2013\190).

[220] El I Convenio Colectivo de "Aniser Facility, SLU" (Resolución de 20 de mayo 2013, RCL 2013\3391 señala que la empresa, previamente al ingreso, podrá realizar a los/las interesados/as las pruebas de selección, que considere necesarias para comprobar si su grado de aptitud y su preparación son adecuadas a la categoría y puesto de trabajo que vayan a desempeñar", fijándose, una vez finalizado el proceso de selección, el correspondiente período de prueba, sin referencia alguna al posible descuento o compensación.

[221] Es el caso del XXI Convenio colectivo estatal de contratas ferroviarias (Resolución de 7 de febrero 2014, RCL 2014\288), que en lugar de referirse a las "mismas funciones", habla de trabajadores contratados para ocupar "un puesto de trabajo análogo al que hubiesen ocupado anteriormente en la misma", redacción, a priori, más garantista que la que recoge el art. 14 ET.

[222] Es lo que parece suceder en el Convenio colectivo del sector de la madera (Resolución de 2 de noviembre 2012, RCL 2012\1606), cuando establece, en su art. 25, que "los trabajadores que en un período de dos años formalicen varios contratos de trabajo, de carácter temporal, cualquiera que sea su modalidad, para el mismo grupo profesional y puesto de trabajo, y para la misma empresa, o grupo de empresas, estarán exentos del período de prueba" (entiendo, no obstante, que el período de dos años figura aquí como tope máximo de tiempo durante el que el trabajador no contratado puede seguir excepcionando la introducción del período de prueba en su contrato, si bien ello parece comportar, de contrario, que la superación del mismo permite introducirlo, sin excepciones, lo que representa una restricción al "silencio" estatutario en este punto).

[223] Así, el Convenio colectivo estatal para la industria fotográfica (Resolución de 4 de diciembre 2013. RCL 2013\1806), señala (art. 6), que "cuando el personal eventual o interino pase a ser fijo por razón de su contrato no precisará período de prueba". En idénticos términos, el Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón (Resolución de 1 de agosto 2013, RCL 2013\1296), establece, también en su art. 6, que "cuando el personal eventual o interino pase a ser fijo por razón de su contrato, no precisará período de prueba".

anterioridad), mientras que otros convenios lo permiten sólo si no se superó la duración máxima en el previo contrato temporal[224].

K. LIBERTAD DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA

Poco añaden los convenios colectivos al elemento capital, identificador del período de prueba, consistente en la facultad de libre desistimiento antes de su transcurso, limitándose, en materia de rescisión acausal del vínculo, a establecer ciertas exigencias formales, como el preaviso a la contraparte[225], la comunicación empresarial de la decisión a la representación de los trabajadores[226], o la inclusión, en escasísimos supuestos, de alguna compensación a modo de indemnización[227]. En otras ocasiones, los

[224] En esos términos, el Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (Resolución de 13 de noviembre 2012, RCL 2012\1607), indica, art. 32, que "cuando el personal temporal pase a ser fijo, no precisará período de prueba, siempre que la duración del contrato temporal fuese superior al período de prueba previsto para su grupo profesional".

[225] C. L. ALFONSO MELLADO: *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*, Tirant lo Blanch, 1994, pág. 35, considera que el descuento al trabajador de los días de retribución proporcionales a los del preaviso incumplido, además de suponer una multa de haber, prohibida por el ordenamiento, es una sanción cuya legitimidad no puede establecerse a priori, por depender en todo caso de que se produzca un daño real y efectivo a la contraparte".

[226] El Convenio colectivo para el Personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional para el periodo 2013-2018 (Resolución de 9 de diciembre 2013, RCL 2013\1832) establece, en su art. 30, que "del fin de las relaciones laborales reguladas en este artículo se informará a los representantes de los trabajadores, explicando los motivos por los que no se ha superado el período de prueba (precisión muy relevante, pues eleva el desistimiento empresarial a la categoría de extinción causal y, si bien no se dice expresamente, formal, al entenderse que esa información habrá de ser escrita). Sin necesidad de motivación, el Acuerdo estatal del sector del metal (Resolución de 22 de abril 2013, RCL 2013\699, contempla la obligación de la empresa de "comunicar a los representantes legales de los trabajadores, tanto los desistimientos como las resoluciones de los contratos durante el período de prueba". Y en el mismo sentido, el XVII Convenio colectivo general de la industria química (Resolución de 26 de marzo 2013, RCL 2013\533), indica, en su art. 12, que "cuando el trabajador que se encuentre realizando el período de prueba no lo supere, la Dirección de la empresa vendrá obligada a comunicarlo a los representantes de los trabajadores".

[227] El VI Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (Resolución de 30 de julio 2013, RCL 2013\1278), tras indicar que el período de prueba será de cuatro meses para el personal docente, permite su ampliación a diez meses, si se le contrata de manera indefinida, estableciendo, en este caso, que "si la empresa desiste del contrato en fecha posterior a aquella en que se cumpla el cuarto mes desde su incorporación al puesto de trabajo, tendrá derecho a percibir como indemnización, dos días de salario por cada mes completo de servicio desde el inicio del contrato". Con redacción muy parecida, el Convenio colectivo de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación (Resolución de 4 de julio 2012, RCL 2012\1026), establece que "en el caso del personal al que se requiera estar en posesión de título superior a quien se realice un contrato indefinido, el período de prueba será de un año. Dentro de los cuatro primeros meses, tanto el trabajador/a como el titular del Centro podrán resolver libremente el contrato de trabajo, sin necesidad de preaviso ni derecho a indemnización. A partir del cuarto mes y hasta el duodécimo, si el Centro desiste del contrato, vendrá obligado a abonar una indemnización de dos días de salario por mes trabajado a contar desde el primero. La indemnización establecida en el párrafo anterior será exclusivamente aplicable al supuesto allí indicado".

convenios colectivos se limitan a reiterar (de manera innecesaria) la inexigencia de formalidades en la comunicación de la decisión extintiva[228], o las consecuencias legales del desistimiento[229], llegando, a veces, a mezclar, en su afán por reivindicar la libertad resolutoria, los conceptos de despido y desistimiento[230].

Otros convenios vienen a exigir, para la rescisión del contrato durante la fase de prueba, la misma formalidad escrita que se requiere para su constitución[231].

No obstante, en alguna ocasión los negociadores colectivos han afrontado esta cuestión intentando dotar de certidumbre y cierta causalidad al acto de desistimiento, objetivando el resultado de la prueba[232], si bien estos intentos no pasan de ser meramente anecdóticos.

---

[228] El Convenio Colectivo estatal para las industrias de elaboración del arroz (Resolución 20 enero 2015, RCL 2015/144) prevé expresamente que durante el periodo de prueba ambas partes estarán exentas de formular preaviso (art. 22.3).

[229] Haciendo hincapié, normalmente, en la inexistencia de indemnización anudada a la extinción empresarial mediante desistimiento, el Convenio colectivo estatal de empresas de vigilancia y seguridad privada, Resolución 23 diciembre 2014, RCL 2015/41, se apresura a aclarar que el desistimiento se produce "sin derecho a indemnización de ningún tipo". En el mismo sentido, el Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales para los años 2014, 2015 y 2016 (Resolución de 21 de mayo 2014, RCL 2014\788) refleja (con clara innecesariedad) que las indemnizaciones que establece para los contratos temporales no se aplicarán si no se ha superado el período de prueba, así como tampoco será, en estos casos, necesario, preavisar el fin de contrato. O el Convenio colectivo que regula las relaciones laborales de las empresas proveedores civiles privados de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetos a régimen concesional (Resolución de 10 de septiembre 2012, RCL 2012\1338), que sigue recordándonos que "la resolución del contrato durante el período de prueba no dará lugar al pago de indemnización de ningún tipo para ninguna de las partes".

[230] Es el caso del Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (Resolución de 1 de agosto de 2013, RCL 2013/1290), que en su art. 6 manifiesta que "durante este período, tanto el trabajador como el empresario podrán, respectivamente, desistir de la prueba o proceder al despido sin previo aviso, sin que ninguna de las partes tenga por ello derecho a indemnización".

[231] Siendo ejemplo de ello el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad (Resolución de 23 de diciembre 2014, RCL 2015\41), que prevé en su artículo 29 la rescisión, por escrito, por cualquiera de las partes, del contrato de trabajo durante el período de prueba. En la misma línea, el Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios (Resolución de 19 de septiembre 2014, RCL 2014\1301) indica en su art. 17 que la extinción de la relación laboral podrá instarse durante el transcurso del período de prueba "con la condición de que se comunique por escrito, haciendo constar como causa de la extinción de la relación laboral el no superar el periodo de prueba". O el Convenio colectivo de buceo profesional y medios hiperbáricos (Resolución de 25 de enero 2012, RCL 2012\156), que, en su art. 8, establece que "en todo caso (se ha de) comunicar el desistimiento por escrito".

[232] El Convenio colectivo estatal de fabricantes de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida, en su versión de 2006 (BOE 19 diciembre 2006) establecía que "el resultado del período de prueba se hará constar por escrito, al que se unirán los partes de trabajo diarios o semanales del trabajador en prueba", incluyendo una garantía notable al exigir que "en dicho proceso tendrán intervención los representantes de los trabajadores", previsiones que chocaban con la tradicional facultad de libre desistimiento contenida

También se encuentran, aunque no es frecuente, reglas convencionales que intentan evitar el uso desproporcionado del desistimiento cuando se produce en momento cercano a la finalización del período de prueba[233].

Sin embargo, apenas hay regulaciones convencionales que proscriban la utilización del desistimiento empresarial con vulneración de derechos fundamentales[234], siendo merecedor de crítica el silencio de los negociadores, dado el protagonismo que la Ley les ha concedido, ante la posibilidad de introducir elementos de erradicación efectiva de las discriminaciones, sobre todo por razón de género o sexo, tan frecuentes en esta peculiar etapa de la relación laboral, necesitada de correcciones a las cláusulas convencionales aparentemente neutras, como aquellas que alargan, de manera desproporcionada, la duración de períodos de prueba de grupos o categorías profesionales feminizadas[235].

Aunque es muy infrecuente, en algunos sectores de actividad muy especializados se ha intentado "proteger" la posición empresarial gravando, en sus consecuencias, el acto de desistimiento por parte del trabajador. Nos referimos a los supuestos en los que, durante la fase de prueba, el vínculo laboral ha incluido una parte formativa a cargo de la empresa, generalmente costosa, a la que se anuda un pacto de permanencia, de manera que la general falta de consecuencias del desistimiento puede conllevar el pago de una indemnización de daños y perjuicios, a modo de compensación, si así se pactó expresamente[236].

---

en la mayoría de las normas convencionales. Pues bien, en la redacción revisada del Convenio (Resolución de 23 de abril de 2014, RCL. 2014/649) ha desaparecido dicha garantía.

[233] En este sentido el Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (Resolución de 30 de julio 2013, RCL 2013\1278), establece que "para un mismo puesto de trabajo la empresa no podrá hacer uso del desistimiento del contrato en el décimo mes del período de prueba más de dos veces consecutivas".

[234] A lo más que se llega es a indicar que "la facultad de desistimiento no podrá ejercitarse si ocasiona la lesión de un derecho fundamental" (XVII Convenio colectivo general de la industria química, Resolución de 26 de marzo 2013, RCL 2013\533, art. 12). En este sentido, J. F. LOUSADA AROCHENA: *El principio…* (op. cit., pág. 122) señala que el período de prueba no es un espacio libre de discriminaciones, sino todo lo contrario: "dada la peculiar resolución *ad nutum* del contrato de trabajo *ex* artículo 14.2 del ET, se ha revelado como una etapa propicia a discriminaciones…, por lo que el silencio de los negociadores resulta sumamente criticable".

[235] J. F. LOUSADA AROCHENA: *El principio…*, op. cit., pág. 122.

[236] Así sucede en el II Convenio colectivo para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros y su mantenimiento y reparación (Resolución de 18 de julio 2012, RCL 2012\1116), cuyo art. 24 establece que "cuando el trabajador vaya a recibir una especialización profesional, como pueda ser a

L. ASPECTOS VARIOS

Algunos convenios colectivos vienen a detallar su ámbito de vigencia con referencia expresa al período de prueba, introduciendo reglas de derecho transitorio cuando el nuevo convenio puede representar cambios en esta materia con respecto al convenio anterior[237].

Otros establecen la posibilidad de nuevos períodos de prueba, coincidiendo con la promoción profesional de los empleados, normalmente, cuando se aspira a la cobertura de puestos de mayor cualificación, posibilidad que es válida en la medida en que, en estos casos, no puede extinguirse el contrato por su no superación. De esta forma, el empresario se garantiza un conocimiento previo de las aptitudes del trabajador antes de proceder a la reasignación profesional, al tiempo que el empleado no pone en riesgo su trabajo, al tener reservado el previo, en caso de no ser considerado apto para el nuevo[238].

---

modo de ejemplo un curso de habilitación o de especialización con cargo a la empresa, se pactará la permanencia en la empresa durante cierto tiempo. El acuerdo no será de duración superior a dos años y se formalizará siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, incluso durante el período de prueba, la empresa tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios, calculada a razón de prorratear el coste real de la especialización impartida por el tiempo previsto de permanencia, siendo el importe de la misma la parte proporcional que corresponda al tiempo incumplido".

[237] Ejemplo de ello es el Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (Resolución de 19 de septiembre 2014, RCL 2014\1300), que establece, de modo expreso (art. 19) que "los/as trabajadores/as con periodo de prueba vigente a la entrada en vigor del convenio estarán a lo dispuesto en la normativa aplicable en el momento de suscribir su contrato de trabajo".

[238] Es el caso del Convenio colectivo para el Personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional para el periodo 2013-2018 (Resolución de 9 de diciembre 2013, RCL 2013\1832), que, en materia de concurso de traslados para acceder a puestos de trabajo vacantes de necesaria provisión del mismo grupo (art. 24), establece la necesidad de realizar un curso de formación en el puesto asignado, y en caso de no superarse el mismo, se entenderá que el trabajador no ha superado el período de prueba, reincorporándose al puesto desde el que concursó, que, en tanto no supere el curso o instrumento tendrá reservado. En sentido parecido, el Convenio colectivo para la industria azucarera para el período 2013-2014 (Resolución de 1 de octubre 2013, RCL 2013\1511), establece, en materia de promoción y ascensos, que "los trabajadores que hayan obtenido la plaza convocada por la empresa pasarán quince días en su nuevo puesto o función antes de adquirir definitivamente la nueva categoría profesional. Una vez pasado dicho período con resultado satisfactorio se le adjudicará la categoría y remuneración que le corresponda. La decisión corresponderá a la dirección de la empresa, una vez recabados cuantos informes estime necesarios y previa información a la representación de los trabajadores" (aunque nada se detalla, parece clara la reserva del puesto de origen para el caso de no superación exitosa del nuevo período de prueba). Con similar redacción, el Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio 2010-2015 (Resolución de 18 de septiembre 2013, RCL 2013\1449), indica que los ascensos "se entenderán hechos a prueba, quedando confirmada la promoción transcurrido el mismo período de prueba que aplicaría a una nueva contratación. Si durante este plazo se dedujera la falta de idoneidad del seleccionado, éste volverá a su anterior puesto de trabajo, pudiendo ser cubierta la vacante por personal ajeno a la empresa". El Convenio colectivo del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado (Resolución de 17 de julio 2013, RCL 2013\1181), establece, en materia de ascensos, que los mismos no serán definitivos "hasta transcurrido un período de prueba, que será de seis meses para el personal titulado y de dos meses para el resto del personal"

M. RECAPITULACIÓN

Como respuesta a la pregunta que formulábamos al comienzo de este análisis podemos concluir que a la negociación colectiva le sigue sin interesar, en exceso, el período de prueba, lo que consideramos lamentable, pues desaprovechan los negociadores colectivos la posibilidad de ajustar, en este ámbito, los intereses legítimos de empresarios y trabajadores, y suprimir aquellas cláusulas que, introducidas por pura inercia, limitan efectivamente derechos de los trabajadores, a los que se somete, en muchas ocasiones, y durante más tiempo del que debieran, a la realidad laboral más precaria: aquella que no precisa causa para ser resuelta.

Al citado desinterés contribuye la existencia de una regulación estatutaria (art. 14 ET) cuya parquedad ha sido compensada por la doctrina judicial, cuyas "pinceladas" se incorporan, en ocasiones, al clausulado de los convenios, en aquellas materias que los negociadores consideran más relevantes.

Esta regulación, como se vio, se limita: a formalizar el establecimiento del período de prueba, estableciendo límites temporales absolutamente disponibles por los convenios; a instar, sin compulsión alguna a los contratantes, a la realización de unas experiencias constitutivas del objeto de la prueba que no detalla; a establecer, con una redacción tan amplia que ha permitido "colarse" todo tipo de interpretaciones, la cautela de no contratación a prueba de quien ya prestó los mismos servicios previamente en la empresa; a afirmar, de manera igualmente retórica, el mantenimiento de idénticos derechos y obligaciones, salvo el más importante de ellos: la protección frente a la resolución del contrato; a afirmar la adquisición de plenos efectos del contrato una vez transcurrido el período de prueba, con cómputo del mismo a efectos de antigüedad; y a fijar, salvo pacto en contrario, la no interrupción del período de prueba durante la suspensión contractual representada por las causas allí referidas.

Y este esquema es el que los convenios colectivos vienen desarrollando, con diferente alcance, bien mediante la remisión al precepto legal, con apenas retoques, bien mediante la introducción de reglas propias, pocas veces originales. Y así:

---

significando que, "en caso de no superar satisfactoriamente el período de prueba, el personal volverá a desempeñar los trabajos propios de su anterior ocupación y nivel anterior, percibiendo el salario asignado a la misma".

a) En cuanto al establecimiento del período de prueba, ningún convenio puede disponer (ni lo ha hecho) de la forma *ad solemnitatem* que exige la fijación del período de prueba, de manera que es exclusivamente la voluntad de las partes contratantes la que, plasmada por escrito, y en el propio contrato de trabajo, podrá dar vida a un pacto de estas características, si bien, en momento ulterior podrán concretarse extremos del mismo. Pese a ello, muchos convenios parecen querer arrogarse la capacidad de establecer, directamente, la imposición del período de prueba a los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, mediante cláusulas imperativas cuya eficacia es ninguna y, desde luego, no se pueden imponer a los propios términos del contrato de trabajo.

b) La cuestión más abordada por los convenios, en este ámbito, es la de la duración del período de prueba, no apreciándose, en general, una utilización desviada de la posibilidad, atribuida a los negociadores, de superar, sin límite, los parámetros subsidiarios del Estatuto. De hecho, la mayoría de convenios no superan aquellos parámetros y, los que lo hacen, suelen justificarlo en las características especialmente cualificadas de los puestos de trabajo. De esta forma, por combinación de los factores de clasificación profesional y duración del contrato, se suele reiterar un esquema en el que los trabajadores no cualificados tienen asignado un período de prueba de entre uno y dos meses, que llega hasta seis meses en los más cualificados, siendo infrecuente encontrar convenios con duraciones únicas y desligadas de cualquier circunstancia profesional. Los períodos establecidos suelen tener un carácter "máximo", no fijo, y lógicamente, para los contratos indefinidos se prevé una duración mayor del período de prueba que para los temporales, encontrando, con respecto a éstos, fórmulas que establecen una proporción entre duración del vínculo y de la prueba. A veces, la imposición de períodos de prueba amplios se compensa con la adquisición automática de la condición de trabajador fijo una vez superados aquellos.

c) Con respecto al contenido de las "experiencias propias del objeto de la prueba" a cuya realización vienen compelidos los contratantes, no hemos encontramos convenios que intenten delimitarlo, quizás por la falta de previsión de consecuencia alguna ante el incumplimiento de dicha obligación, limitándose los pocos que tratan el tema a reiterar la dicción legal o a señalar al empresario como responsable de comunicar al trabajador en qué consisten estas experiencias,

identificadas, en algún convenio, con las propias funciones inherentes al puesto contratado.

d) Con la misma vaguedad, reproducen la mayoría de convenios la fórmula legal según la cual, durante el período de prueba, corresponden a los trabajadores los mismos derechos y obligaciones que a los trabajadores "ordinarios" salvo los derivados de la resolución del contrato, que puede producirse a instancia de cualquiera de las pares, durante su transcurso, introduciendo muchos de ellos, de forma innecesaria, el derecho a obtener una retribución acorde al puesto desempeñado. Las escasas aportaciones en este ámbito se limitan a confirmar la precariedad en la que permanece el trabajador durante la prueba, llegándose a denominar su posición como provisional, no incorporado a la plantilla ni admitido en la empresa, en régimen de plena dependencia, sino hasta la superación del lapso temporal fijado en el contrato como período de prueba (concepción que, por fortuna, no es unánime en todos los convenios analizados). En algunos convenios, además, se han localizado previsiones que vendrían a horadar la regla analizada, mediante restricciones puntuales de derechos laborales, esencialmente relacionadas con actividades formativas en la empresa o participación electoral, para las que se impone el requisito de haber superado el período de prueba.

e) También encontramos singularidades en función de la modalidad contractual. La más clara (dejando de lado los contratos en prácticas) es la que diferencia contratación indefinida y temporal, en la medida en que aspectos como la duración del período de prueba o su régimen interruptivo ante causas suspensivas es dispar, según sea aquella vinculación. Sí se aprecian en los convenios singularidades que vienen propiciadas por la propia naturaleza del contrato de trabajo, como sucede con los contratos de puesta a disposición en las ETTs (en los que el trabajador reedita constantemente la precariedad de la primera contratación) o los contratos a tiempo parcial, en los que las reglas generales de duración se acomodan a las particularidades de éstos, en atención fundamentalmente a las singularidades en la distribución de la jornada.

f) En materia de interrupción del período de prueba por las causas suspensivas recogidas en el art. 14.3, la mayoría de convenios, al contrario de lo indicado en el Estatuto, optan por la interrupción, en defecto de pacto, si bien pocos son los que establecen este efecto ante cualquiera de las causas suspensivas, determinándose

esa consecuencia, sobre todo, para la incapacidad temporal. No tratan los convenios la extensión de las facultades empresariales de desistimiento durante tales fases de interrupción del período de prueba.

g) En cuanto a las restricciones al establecimiento de un nuevo período de prueba cuando existió vínculo previo entre las partes, los convenios sí han mostrado mayor interés, pudiendo apreciarse posturas claramente encontradas: algunos convenios postulan la absoluta imposibilidad de un nuevo periodo si existió aquella vinculación previa, sin requisito adicional alguno; mientras que otros, "bordeando" la rígida regla estatutaria que impide su establecimiento si se desempeñaron antes las mismas funciones en la empresa, han adoptado las interpretaciones permisivas de nuestros tribunales apoyadas en la premisa teleológica de que un largo período transcurrido desde el último contrato, un cambio de circunstancias en el puesto contratado, o la escasa duración del vínculo previo, justificarían la introducción de un período de prueba en el nuevo contrato.

h) Finalmente, por lo que hace a la resolución del contrato durante el período de prueba, los convenios suelen reproducir la fórmula estatutaria que reconoce la inexigencia de formalidades (no se requiere forma escrita, ni motivación, ni preaviso) y la no indemnización, como excepción al esquema extintivo ordinario. Algunos, por el contrario, incluyen mínimos ajustes en materia de preaviso, comunicación a los representantes de los trabajadores (sin tener que dar cuenta de los motivos del cese) o indemnizaciones, mínimas, en supuestos concretos. En todos se echa en falta el establecimiento por los negociadores, de cautelas que permitan minorar la vertiente discriminatoria tan común en este ámbito (ceses con motivación contraria a los derechos fundamentales).

II. FORMALIZACIÓN

1. COMPROMISO EXPRESO

A. LA VOLUNTAD BILATERAL COMO REQUISITO ESENCIAL

Establece el art. 14 ET, en su primer apartado, la posibilidad ("podrá concertarse") que tienen las partes contratantes de fijar, "por escrito", un período de prueba que, en su duración, habrá de ajustarse a los límites marcados, en su caso, por los convenios colectivos. Se trata, pues, de una facultad propia de los contratantes, quienes, de manera libre[239], decidirán o no su incorporación al contrato de trabajo, si bien, una vez asumida dicha obligación, la misma quedará limitada por los mínimos de derecho necesario establecidos en la normativa estatutaria[240] y, en aspectos como su duración máxima, por lo que marque el convenio colectivo de aplicación o la ley en defecto de éste[241].

En efecto, trabajador y empresario pueden concertar por escrito un período de prueba, si bien no son libres para configurar a su conveniencia el conjunto de derechos y obligaciones vigentes en esa fase inicial de la relación de trabajo, pues los derechos y obligaciones serán los correspondientes al puesto de trabajo desempeñado, a excepción

[239] Con la libertad que pueda predicarse del contrato de trabajo en nuestra práctica laboral, muy próximo al contrato de "adhesión", en el que el bloque de estipulaciones no se someten, verdaderamente, a negociación entre las partes, quedando ésta limitada, en la mayoría de los casos, al aspecto retributivo y a ciertas cláusulas específicas (relacionadas con el lugar de la prestación de servicios, exclusividad, pactos de permanencia, etc.), no siendo, en nuestra opinión, el período de prueba, una de las materias que mayor relevancia alcance en la negociación individual de las condiciones contractuales. En sintonía con esta reflexión, O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 19, considera que "el margen o poder del que realmente dispone el trabajador para vetar una propuesta empresarial de estipulación de un período de prueba es realmente escaso, de la misma manera que somos conscientes que la tutela del valor de la autonomía de la voluntad reviste ciertos peligros en el entorno de la relación de trabajo, precisamente porque la diferencia de poder negociador de los contratantes suele inclinar el fiel de la balanza hacia el lado del empresario".

[240] El contrato de trabajo, pese a encontrarse en fase de prueba, despliega, desde su misma formalización, todos los derechos y obligaciones inherentes al vínculo laboral, a excepción de las reglas extintivas de aplicación a las relaciones laborales consolidadas, no pudiendo las partes alterar este contenido, de manera que, a excepción de la "provisionalidad" derivada del reconocimiento del desistimiento *ad nutum*, el contrato de trabajo a prueba participa de la naturaleza jurídica misma del contrato ordinario.

[241] Como señala A. L. de VAL TENA (*Pacto de prueba…*, op. cit., pág. 80): "El papel otorgado a la voluntad de las partes como fuente normativa del período de prueba es, sin duda relevante. De su voluntad concurrente depende la incorporación al contenido del contrato, su existencia misma. Al efecto, por escrito ha de constar el pacto de prueba, señalando en él su duración, que se sujeta a los límites imperativos marcados por el convenio colectivo de referencia o, en su defecto, a los establecidos en la LET. Por todo ello, el contenido del período de prueba está fuertemente condicionado por la regulación heterónoma estatal y, en menor medida, por la autonomía colectiva, tan sólo en orden a su extensión temporal. Unos u otros límites se comprenden desde la perspectiva de la protección de los intereses de las partes, principalmente de los intereses del trabajador".

de los derivados de la resolución del contrato, que podrá instarse por cualquiera de ellos mientras transcurra la prueba[242].

No contiene nuestro ordenamiento, pues, ningún mandato por el que las partes hayan de quedar vinculadas, en ninguna circunstancia, por un período de prueba, de manera que, de no decidir éstas, de manera expresa, su establecimiento, la relación laboral, indefinida o temporal, nacerá consolidada desde su mismo inicio.

B. PREVISIONES NORMATIVAS O CONVENCIONALE IMPONIENDO LA PRUEBA

Completamos la anterior afirmación señalando que tampoco podrá el convenio colectivo imponer a los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación la obligación de someter a prueba, de manera forzosa[243], el vínculo laboral que decidan iniciar[244], de manera que, pese a la importancia de la negociación colectiva a la hora de regular el período de prueba, su "constitución" o "nacimiento" están reservados al pacto individual[245].

Como confirma la STS 5 octubre 2001 (RJ 2001/9590), "el artículo 14 establece, como derecho mínimo del trabajador, el requisito de que «se concierte por escrito», porque el período de prueba recogido en los Convenios Colectivos no tiene virtualidad directa, y sus previsiones no son suficientes para entenderlo existente, ya que se ha configurado siempre 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, recordando

---

[242] *Ibidem*, pág. 61.

[243] Tampoco parece admisible la posibilidad de que el Convenio Colectivo suprima totalmente la posibilidad del período de prueba, pues su concertación parece haberse establecido como un derecho individual de los contratantes, siendo la autonomía de las partes el "bien tutelado" por la norma. De esta opinión es P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN: "Período de prueba", en VV.AA. (Dir. J. García Murcia): *Condiciones de empleo y trabajo en la negociación colectiva. Estudio de los Convenios Colectivos de sector (1994-1996*), CES, Madrid, 1998, pág. 61.

[244] Según da cuenta O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 17 (citando a MARTÍN VALVERDE y a PIQUERAS PIQUERAS): "en el proceso histórico de originación y conformación de la institución probatoria en nuestro ordenamiento, la válida constitución de la prueba se ha hecho presente de tres modos distintos: 1) establecimiento imperativo en las normas sectoriales, sin posibilidad de pacto en contrario por los contratantes (período de prueba como elemento esencial del contrato de trabajo); 2) establecimiento dispositivo o presunto: la norma da por implantado el período de prueba a reserva de que las partes puedan pactar en contrario (período de prueba como elemento natural del contrato de trabajo); y 3) establecimiento sólo *ex contractu*: la norma solo admite el período de prueba si las partes tienen a bien estipularlo expresamente como cláusula en su contrato (período de prueba como elemento accidental del contrato)".

[245] A. MONTOYA MELGAR: "Artículo 14. Período de prueba", en VV.AA.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 118.

la doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo en sentencia de 20 de septiembre de 1983 (RTCT 1983, 7579), no cabe entender la existencia de período de prueba porque así se prevea de manera genérica en el Convenio Colectivo sino existe pacto expreso y escrito.

De esta forma, la previsión convencional de un período de prueba debe ir acompañada de su reflejo concreto en los distintos contratos individuales, como requisito previo a su eficacia, sin que quepa entender existente un período de prueba porque así se prevea de manera genérica en el convenio colectivo si no existe pacto expreso y escrito (Art. 14.1 ET), requisito legal, de carácter imperativo, que no puede, ni debe, ser alterado en perjuicio de los trabajadores, permitiéndose que la negociación colectiva establezca límites a su duración, pero nunca a la necesidad de compromiso expreso y formalidad[246].

Y es que, de los términos en que se encuentra redactado el artículo 14 del ET se desprende que el pacto sobre un periodo de prueba no es obligatorio, ni se puede entender como sobreentendido o implícito por el hecho de que el convenio colectivo establezca su posibilidad, de modo que hay que estimar que la forma escrita constituye un requisito constitutivo para su validez[247]. Porque una cosa es que la extinción del contrato de trabajo en período de prueba no exija formalidad especial de ninguna clase, y otra, bien dispar, que suceda otro tanto en relación con el establecimiento de la prueba, que, por el contrario, el artículo 14.1 ET anuda de manera ineluctable a que, previamente, se concierte por escrito su realización[248].

Pese a ello, los negociadores colectivos no se han reprimido, en muchos casos, a la hora de imponer en el convenio, como obligación genérica, la sujeción de los contratos a un período de prueba, posición ante la que la Jurisprudencia se muestra firmemente contraria[249], insistiendo en que la ausencia de pacto escrito por el que se introduzca el

---

[246] SSTSJ Islas Canarias, Las Palmas, 28 abril 2000 (AS 2000/3142) y 30 septiembre 2002 (AS 2003/2387).

[247] STSJ Murcia 14 mayo 2012 (JUR 2012/180077).

[248] STSJ Madrid 9 junio 2008 (AS 2008/2000).

[249] STSJ Canarias 28 abril 2000 (AS 2000/3142), en un supuesto en el que las bases de la convocatoria del proceso selectivo para la contratación, por una Administración Pública, en régimen laboral, preveían que los aspirantes que superaran dicho proceso quedarían sometidos al período de prueba regulado en el artículo 14 del Convenio Colectivo, no llegando a introducirse ese pacto ulteriormente en el contrato del trabajador seleccionado, supuesto en el que reitera la Sala que para la validez de dicha cláusula las partes

pacto de prueba no puede ser suplida por la previsión del convenio colectivo, reforzando, con ello, el carácter dispositivo, para los contratantes, de la flexibilización extintiva que conlleva la prueba. De modo que "la previsión convencional de un período de prueba debe ir acompañada de su reflejo concreto en los distintos contratos individuales de trabajo a los fines de que opere y tenga eficacia el período de prueba, sin que quepa 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, pues la previsión legal del artículo 14.1 ET impone que el pacto sea formalizado por escrito".

Con todo, parte de la doctrina[250] ha considerado que el hecho de que el período de prueba se haya de constituir a través de pacto entre partes, sólo opera porque así lo dispone expresamente el art. 14 ET, no existiendo ninguna razón material (ni, por supuesto, ningún precepto constitucional) que le dé sustento, por lo que la exigencia establecida por el legislador no debiera impedir la posibilidad de su establecimiento, por motivos justificados, tanto por Ley como por Convenio colectivo; de este modo, se admitiría la imposición heterónoma en presencia de un interés digno de tutela que la justificase.

C. IRREVOCABILIDAD DEL CONSENTIMIENTO

Veremos enseguida cómo el momento hábil para la introducción de un pacto de prueba en el contrato de trabajo es aquel que coincide con la iniciación misma de la prestación

---

debieron reflejar en el concreto contrato de trabajo, de manera expresa y por escrito, el sometimiento de las mismas a la prueba pues lo contrario significaría dejar en manos de una de las partes, la Consejería convocante, el cumplimiento del requisito de la forma escrita para la validez de dicha cláusula, criterio, a todas luces, no perseguido por al artículo 14 de la norma estatutaria.

En el mismo sentido, STSJ Castilla La Mancha 8 febrero 2010 (AS 2010/1366), que recuerda cómo "si en el contrato suscrito por la actora no se estableció sujeción alguna a período de prueba, no cabe duda que no resultaba factible sustentar el cese en el trabajo en la no superación del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 14.2 del ET, por lo que la alegación de dicha causa extintiva, al configurarse como inexistente, no justificaba el cese de la relación laboral, y consecuentemente, tal y como resolvió la Juzgadora de instancia, su correcta calificación era la de despido improcedente, con las consecuencias legales a ello inherentes. Conclusión que no queda desvirtuada, tal y como pretende el recurrente, por el contenido del art. 13 del Convenio Colectivo de aplicación, en tanto que en él lo que se indica es: "El ingreso se considerará provisional, siempre que se concierte por escrito, hasta que no se haya cumplido el periodo de prueba que para cada grupo profesional se detalla a continuación.

[250] De esta opinión es O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 21, quien realiza este comentario teniendo en cuenta lo que sucede, por ejemplo, en la relación labora especial del personal civil que presta servicios en establecimientos militares, o lo que, a su juicio, podría suceder en la contratación laboral para la Administración Pública.

laboral[251], entendiéndose generalmente que el incumplimiento de este requisito "temporal" mediante la introducción a posteriori del pacto, vicia de nulidad el consentimiento prestado y con él, el período de prueba, en la medida en que dicha decisión tardía conlleva la renuncia ilícita, por parte del trabajador, del derecho ya adquirido a no ver resuelta la relación laboral, *ad nutum*, durante la fase inicial del contrato. La invariabilidad del pacto, tanto el que impone un período de prueba, como el que no lo contempla (y que puede haberse incluso consolidado sin la voluntad concurrente del empleador, por mero descuido u olvido de su consignación) conlleva, en estas circunstancias, la imposibilidad empresarial de retractarse o dejar sin efecto aquel pacto en un momento posterior.

Y en idénticos términos podemos afirmar, ahora con respecto al trabajador, la irrevocabilidad de su consentimiento, válidamente prestado al inicio del contrato, de manera que no podrá dejar sin efecto el compromiso de someter a una fase probatoria el vínculo laboral, una vez iniciado éste.

Es cierto que dicho consentimiento raramente obedecerá a una decisión meditada, y sí, en cambio, a la mera necesidad o conveniencia de suscribir el contrato de trabajo, cuyo modelo es confeccionado y presentado a la firma por el empresario, incluyendo entre sus cláusulas (con respecto a las cuales no es común que plantee el trabajador objeción alguna) la fijación del período de prueba ajustado a la duración querida por el empleador. Pero incluso en ese ámbito de "restringida" capacidad de negociar las condiciones individuales de trabajo, el consentimiento prestado ha de considerarse irrevocable, pues no puede quedar a la voluntad de uno de los contratantes, en este caso, el trabajador, la decisión de privar al empleador de la facultad resolutoria "ganada" por éste, y aceptada inicialmente por aquel.

Dicho de otro modo: si el trabajador desea mantener su contrato pero sin someterlo a prueba hay que decir que carece de esa posibilidad o facultad; le cabría desisitir de la propia relación laboral, pero no únicamente de la prueba. Sí es posible la desactivación del pacto experimental mediando acuerdo entre las partes; o sea, lo ya pactado puede quedar sin efecto con un nuevo convenio, pero no por imposición unilateral del asalariado.

---

[251] STSJ Castilla León/Valladolid 23 diciembre 2010 (AS 2010/101): resulta elemento esencial del período de prueba la necesidad de pacto "*ab initio*", determinando la nulidad del posterior.

La hipótesis de que sea la empresa quien desee expulsar del contrato de trabajo el periodo de prueba y el trabajador se oponga, hasta el momento, no parece haberse dado en la realidad; si concurre, no obstante, la solución ha de ser la misma que en el caso anterior pues, aunque raramente se enfoca así el tema, el trabajador afectado puede tener interés en que se mantenga la posibilidad de dimitir sin necesidad de preaviso y conservar al efecto el periodo de prueba.

Irrevocabilidad que también se predica, obviamente, de la propia decisión, ulterior, de desistimiento, una vez que ha sido comunicada a la contraparte, sin que quepa, en principio, la posibilidad de rehabilitación del vínculo por el mero hecho de que no haya transcurrido en su integridad el período de prueba fijado; en efecto, una vez extinguido el contrato, solamente cabrá que el trabajador sea nuevamente contratado y complete, con ello, el periodo de prueba restante, si existe la voluntad conforme del empresario, a modo de "segunda oportunidad".

En este contexto, la STS 15 febrero 2002 (JUR 2002/89066), en un supuesto en el que "consta acreditado que el contrato de trabajo se extinguió por desistimiento libre del actor, con todos los requisitos para producir el efecto extintivo (declaración de voluntad de carácter recepticio e irrevocable), viene a señalar que las posibles irregularidades que contenga el escrito de finiquito en el que conste tal dimisión, por no ajustarse a las exigencias formales del Convenio colectivo, no consiguen viciar aquella declaración, independiente en su expresión, significado y requisitos[252].

Cosa distinta es que pueda admitirse, a semejanza de lo que ocurre en la decisión empresarial de despido o comunicación de fin de contrato, la posibilidad de retractarse del desistimiento, una vez comunicado o preavisado el mismo[253], pero antes de alcanzarse el efecto extintivo, por haberse deferido la fecha de éste a un momento posterior[254]. Teóricamente, el supuesto puede tener su interés y, seguramente, la

[252] La Sentencia no contempla la existencia, en este caso, de falsedad, error o vicios del consentimiento que, de concurrir sí habrían anulado la decisión, con independencia de que se hubiera prestado durante o transcurrida la fase de prueba.

[253] Hablamos, lógicamente de un supuesto en el que las partes hayan acordado complementar "formalmente" la comunicación de desistimiento.

[254] Como es sabido, desde la STS 7 diciembre 2009 (RJ 2010/255), se ha admitido por la Jurisprudencia unificada que "el empresario se retracte del despido precisamente en el periodo de preaviso, por lo que el mismo criterio que ha sido aplicado al empresario ha de seguirse -con igual razón- en el caso de que la decisión extintiva y su posterior rectificación sean adoptadas por el trabajador, pues se trata -en ambos casos- de la misma manifestación subjetiva de idéntico fenómeno del «desistimiento legal», en tanto que

respuesta sería afirmativa, al existir una facultad de retractarse, tanto del despido como de la dimisión preavisada mientras la relación jurídica continúe existiendo, esquema que puede ser trasladado al desistimiento empresarial y al del trabajador durante la fase de prueba, al no existir diferencias que permitan llegar a una conclusión distinta por el mero hecho de haberse articulado antes o después de haberse superado el período de prueba; sin embargo, desde un punto de vista práctico, este interés desaparece de inmediato, si tenemos en cuenta que el empresario disconforme con la retractación del trabajador, podrá ejercitar, por sí mismo, la facultad resolutoria en cualquier momento. Desde el punto de vista del empleado, se aplaudirá la decisión empresarial, sin duda, pero en caso de que así no sea, goza del mismo "privilegio" extintivo que el empresario, en cualquier momento durante el transcurso de la prueba.

2. COMPROMISO INICIAL

A. DETERMINACIÓN DEL MOMENTO DE LA GÉNESIS

Para la validez del período de prueba es precisa la concurrencia de ciertas exigencias formales, temporales y materiales, de manera que, de no respetarse tales requisitos, devendrá nula la cláusula de prueba, aunque no el contrato mismo[255].

En el ámbito temporal, el momento hábil para la instauración del período de prueba es el previo al inicio de la prestación laboral contratada, resultando nulo, por contrario al principio de irrenunciabilidad de derechos (art. 3.5 ET) aquel que, aun de forma escrita, se introduzca en un momento posterior[256].

También se ha considerado nulo aquel pacto que, a posteriori, pretenda modificar la duración del establecido inicialmente[257].

---

excepción -una y otra- a la regla general de indisponibilidad del contrato por una sola de las partes (art. 2156 CC).

[255] VV.AA. (Dir. J. CRUZ VILLALÓN): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 3ª Edición, Lex Nova, 2014, pág. 197.

[256] Como indica A. L. de VAL TENA (*Pacto de prueba…*, op. cit., pág. 85), de no aceptar tal solución, se estaría infringiendo la norma que prohíbe la disponibilidad de los derechos adquiridos por los trabajadores, al renunciar a la duración pactada en su contrato mediante la introducción de condiciones distintas que podrían modificar su vigencia misma.

[257] En STSJ Murcia 30 abril 1996 (AS 1996/1387), las partes suscribieron en 28-8-1995 un contrato en virtud del cual la actora prestaría sus servicios como limpiadora, estableciéndose en el contrato una duración de quince días, registrándose posteriormente (12-09-1995) en la Oficina de Empleo un documento anexo en el que se modificaba la cláusula de prueba, cuya duración pasaba a ser de tres meses, período durante el cual se le participó la finalización del contrato por no superar el período de prueba (la

Y es que, aunque la norma no concrete el momento en que ha de suscribirse el pacto de prueba, se puede entender implícitamente incorporada a la previsión legal del art. 14 ET su exigencia coincidente con el inicio de la prestación laboral, y ello porque el legislador ha exigido unos requisitos de forma que actúan como mecanismo de garantía, precisamente por la contradicción sustancial existente entre el instituto analizado y el principio de estabilidad en el empleo, instrumentos de garantía entre los que no sólo hay que considerar la exigencia de forma escrita, sino también, de manera implícita, el momento en que el pacto de prueba pueda concertarse, que debe coincidir con el mismo inicio del contrato o momento anterior, únicos momentos hábiles para su fijación (con la excepción de que se trate de un ascenso, cuyas consecuencias son bien distintas). Cualquier momento ulterior debe reputarse nulo, aunque se haga por escrito, por resultar abusivo y contrario al principio de irrenunciabilidad de derechos laborales contenida en el artículo 3.5 ET.

B. EFECTOS DEL PERÍODO DE PRUEBA SOBREVENIDO

La Jurisprudencia concibe, pues, al período de prueba como un "pacto típico en el inicio del contrato"[258], por lo que sólo resulta válido si se concierta con anterioridad al inicio de la prestación laboral o coincidiendo con su inicio; más allá, se considera inexistente, lo que impedirá el desistimiento válido durante su transcurso, inhábilmente pactado.

Ejemplos de dicha inhabilidad encontramos, por ejemplo, en STSJ Galicia 7 julio 2009[259], en la que la Sala gallega considera que si el contrato ha quedado perfeccionado

---

empresa pretendía burdamente convencer a la Sala de que ambos documentos se habrían suscrito el mismo día, pero la propia redacción del segundo, amén del indicio de su presentación tardía en la Oficina de Empleo, evidenciaba la suscripción diferida del segundo). En estas circunstancias, la Sala hubo de determinar si el pacto novatorio acerca de la duración del período de prueba insertado inicialmente en el clausulado del contrato de trabajo, es o bien ineficaz, por entrañar un atentado al principio de irrenunciabilidad de derechos laborales, o bien lícito, al respetar los límites legales temporales y no implicar vulneración de tales derechos. La respuesta es, en este caso, la de negar efectos al segundo pacto, que se considera ineficaz, por un doble motivo: en principio, porque un período de prueba pactado con ulterioridad al nacimiento del contrato, en el que además no concurre justificación objetiva ni razonable, ataca directamente, vulnerándolo, el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales contenidos en el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores. Y principalmente, porque incluso atendiendo al momento de su efectiva suscripción (12 de septiembre de 1995) -coincidente con la fecha de registro en el INEM, por lo antes razonado- ya habían transcurrido los quince días del período de prueba originariamente pactado (el 28 de agosto de 1995).

[258] STS 5 octubre 2001 (RJ 2001/9590).

[259] JUR 2009/329199. En este supuesto, el trabajador comenzó a prestar servicios el día 3-10-2008, si bien no fue hasta el 6-10-2008 cuando se documentó el contrato de trabajo con efectos de la misma fecha del 6-10-2008, en la modalidad de duración determinada a tiempo completo eventual por circunstancias de la producción con efectos hasta el 31/12/2008 y en el que se estableció un periodo de prueba de un

válidamente en forma verbal y sin sometimiento alguno a periodo de prueba, la introducción posterior, en el contrato formalizado por escrito, de un periodo de prueba resulta inaceptable y contrario al art. 3.5 LET que establece la irrenunciabilidad de los derechos por parte del trabajador, en este caso, el derecho a un contrato perfeccionado sin sometimiento a condición alguna, siendo así que el art. 14.1 LET exige que el periodo de prueba se fije por escrito; es doctrina reiterada la que establece que es contrario al principio de estabilidad en el empleo, señalar un período de prueba en un contrato ya iniciado con anterioridad (STS 15 de septiembre de 1986 y 29 septiembre 1988).

Lógicamente, en muchas ocasiones, sobre todo aquellas en las que se sucedan dos contrataciones o se produzca una novación contractual, más que encontrarnos ante un supuesto de extemporaneidad en el establecimiento inicial del pacto de prueba, estaremos más bien (o además) ante la ilicitud, *ex*. art. 14.1 4º ET, de someter a prueba una relación laboral cuando se han desarrollado idénticas funciones con anterioridad en la empresa[260].

No obstante el rigor con el que suele exigirse la coincidencia o identidad temporal entre la suscripción del pacto y el inicio de la prestación de servicios, no es infrecuente encontrar resoluciones judiciales que flexibilizan las consecuencias de una demora poco significativa de la suscripción del pacto con respecto al inicio del contrato, admitiendo la validez del pacto de prueba, en claro perjuicio del trabajador contratado.

---

mes. Ese mismo día 6-10-2008 la empresa comunicó al demandante que no le interesaba mantener el vínculo contractual, cursando su baja en seguridad social.

[260] Es lo que sucede en STSJ Comunidad Valenciana 26 junio 2007 (JUR 2007/310102), en que la trabajadora había prestado sus servicios como ayudante de cocina para una empresa, desde 1-08-2005 hasta 8-05-2006, mediante contrato de trabajo sin pacto de prueba, suscribiéndose, a la finalización del anterior, un nuevo contrato, pactando un período de prueba de un mes, siendo cesada en 7-06-2007, por no superar el indicado período de prueba. Y así, uno mismo hecho puede considerarse doblemente ilícito, tanto por incluir un período de prueba una vez iniciada la relación laboral, como por establecer el citado pacto a quien desempeñó idénticas funciones con anterioridad. En términos similares, la STSJ Comunidad Valenciana 23 diciembre 2010 (AS 2010/101), donde el demandante vino realizando, desde 4-08-2008, sin contrato de trabajo ni, por consiguiente, periodo de prueba, las mismas funciones que, desde 8-09-2008, desarrollaría vinculado formalmente a la empresa mediante contrato de trabajo; el razonamiento de la Sala combina, nuevamente, ambos argumentos, al señalar que "habiendo desempeñado las mismas funciones para las que después se celebró contrato por escrito sin que al comienzo de la relación laboral se hubiera fijado período de prueba por escrito, no estaba autorizada la empresa a establecer posteriormente un período de prueba para realizar las mismas labores que venía realizando desde agosto de 2008".

- Entre otras, STSJ Madrid 18 septiembre 2001[261], en un supuesto de un único contrato de trabajo que se inicia el 22-05-2000 y se formaliza por escrito nueve días después, breve lapso de tiempo que la Sala no reputa fraudulento o acarreador de ninguna consecuencia no prevenida por el legislador, de manera que "tal formalización tiene plena eficacia siendo válidos todos los pactos del contrato incluido el período de prueba".

- También la STSJ Navarra 31 marzo 2005[262], que considera válido el pacto de prueba suscrito un día más tarde de iniciarse el contrato de trabajo, no considerando de aplicación la doctrina analizada (de la que es exponente la STS 15 septiembre 1986) en el presente supuesto, "en el que únicamente ha mediado un día entre el comienzo de la prestación de servicios y la celebración del contrato conteniendo la cláusula relativa al período de prueba, que deberá desplegar todos sus efectos", de manera que "el simple retraso de un día en la suscripción del contrato no puede viciar el acuerdo en su origen".

- Y, más recientemente, la STSJ Galicia 23 febrero 2012[263], que en un supuesto en el que el trabajador comenzó a desarrollar su prestación laboral como camarero

[261] JUR 2001/327032. Para "apuntalar" su decisión, utiliza el Tribunal el siguiente argumento: "por cuanto no había existido una prestación anterior para la empresa durante un periodo 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, dado que el mismo no tiene ya, obviamente, como finalidad la legalmente prevenida de comprobación por las partes de la idoneidad de las mismas para el cumplimiento de las obligaciones acordadas, sino que habiéndose ya constatado tal idoneidad, constituye un fraude para una nueva contratación en precario, lo que no ocurre en el supuesto de litis, siendo evidente que en el corto lapso de nueve días no han podido las partes conocerse y que es por tanto necesario al efecto el período de prueba acordado, debiéndose de resaltar que la extinción del contrato ha tenido lugar dentro del tiempo fijado de seis meses computados desde el inicio de la relación laboral el 22 de mayo de 2.000, por lo que ha de reputarse lícita y surtir plenos efectos, debiendo de confirmarse la sentencia que así lo ha entendido". A mi juicio, el argumento "indirecto" empleado no debiera aplicarse, pues no estamos ante un contrato precedido de una relación previa en la que no se agotó en su totalidad el período de prueba, sino ante un único contrato que nace, consolidado, sin incorporar período de prueba alguno, de manera que la inclusión ulterior representa una renuncia de derechos ilícita.

[262] JUR 2005/119508. El Tribunal salva la aplicación de la doctrina general, en este caso, acudiendo a la "fuente" misma, advirtiendo que la sentencia del TS que entendía contrario al principio a la estabilidad en el empleo señalar un período de prueba en un contrato ya iniciado (STS 15-09-1986) contemplaba una situación fáctica distinta e inexistente en el caso que enjuicia: una prestación de servicios de más de un año de vigencia durante el cual las partes tuvieron oportunidad de conocer sobradamente sus posibilidades y aptitudes, lo que deslegitimaba la introducción de un período de prueba a una relación "en curso".

[263] JUR 2012/108819. La Sala gallega intenta justificar su decisión sobre la base de "dos particularidades" que, en su opinión, impiden apreciar la nulidad del pacto suscrito entre las partes: 1) que entre el inicio de la prestación de servicios y la suscripción del pacto de prueba transcurren solo dos días y 2) que, en

> el 22-2-2011, suscribiendo contrato de trabajo que incluía período de prueba, tres días más tarde (25-02-2011), viene a "sortear" la aplicación de la doctrina general alegando que no es posible sostener que ese pequeño lapso de tiempo sea indicativo de una actuación realizada en fraude de ley, ni que resulte de aplicación, en este caso, la previsión del art. 14.1 ET reservada para los casos en que el trabajador haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa.

Las sentencias analizadas en último lugar coinciden, pues, en que no obstante el "deber" de los Tribunales de declarar la ausencia de validez de los períodos de prueba pactados en contratos formalmente suscritos una vez iniciada la relación laboral, para ello es preciso que su suscripción constituya abuso de derecho o que, con aquella, el trabajador renuncie a derechos indisponibles.

Argumento que no compartimos, pues entendemos que la regla general debe ser la imposibilidad de introducir un pacto de prueba en una relación laboral ya iniciada, en la medida en que dicha restricción a posteriori de derechos para el trabajador, que conlleva su sumisión temporal a prueba, ha de considerarse siempre ilícita, más si tenemos en cuenta lo sencillo que es, para el empresario, el cumplimiento de las reglas que le permiten suscribir un pacto de prueba eficaz: básicamente, no iniciar la prestación de servicios sin la previa suscripción de un contrato de trabajo que incluya dicha cláusula. Sin que sea aceptable, a mi juicio, el argumento esgrimido en las últimas sentencias analizadas, en la medida en que ello supone, además, dejar al arbitrio de una de las partes contratantes (pues solo está interesado en su inclusión el empresario) la sumisión del contrato a un régimen de provisionalidad, contraria a la estabilidad en el empleo que, además, siguiendo los argumentos citados, podría decidirse en cualquier momento anterior al vencimiento del plazo máximo fijado para el pacto de prueba en el respectivo convenio colectivo.

C. REFERENCIAS A LOS "PERÍODOS DE PRUEBA" AL NOVARSE EL CONTRATO

Cuando afirmamos que el momento hábil para la introducción de un pacto de prueba es el inicio mismo del contrato, deviniendo nulo el que se incorpore de manera tardía, no

---

contra del criterio del Juzgador de instancia, la Sala alberga dudas sobre la fecha real de inicio de dicha prestación.

nos referimos, obviamente, a los supuestos de promoción y ascensos en la empresa, supuestos éstos, de novación contractual, claramente diferenciados de la contratación originaria, en la medida en que aquí la relación laboral se encuentra plenamente "estabilizada", al haber superado el trabajador el período de prueba en su día fijado o, simplemente, no haber sido aquel incluido por las partes en el inicio del vínculo contractual. En efecto, la acreditación de capacidad bastante para el desempleo del trabajo encomendado no garantiza, aunque sí pueda presumirla, la continuidad de la misma en el desempeño de nuevas atribuciones que, en coherencia con el propio ascenso, incluirán mayor cualificación, responsabilidad o exigencia de dedicación.

Como indican ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE[264], la categoría con la que se celebra un contrato y se inicia su ejecución no tiene por qué permanecer constante, sino que lo normal es que varíe al adquirir el trabajador cualificaciones nuevas o perfeccionar las antiguas; de esta forma la categoría profesional no es necesariamente inmutable, pues, junto a la "actual", al celebrar el contrato puede existir una "potencial" que se desarrolle durante su ejecución, debiendo el empresario estar en disposición de articular mecanismos que le permitan seguir reorganizando eficazmente los recursos humanos de su empresa en fases posteriores a la contratación inicial.

En este contexto puede nuevamente el empresario "desempolvar" la experimentación propia de la fase probatoria pero, y esto es lo definitorio, despojada de su nota esencial: la facultad de resolución libre y no indemnizada por resultado insatisfactorio de la nueva prueba.

No obstante, pese a no aparejar su efecto principal, es seguramente en estos supuestos donde más claramente se aprecia (y se cumple) con la finalidad intrínseca al instituto probatorio ya que, despejadas las sospechas de acceso al período de prueba con (prohibida) finalidad extintiva (reserva temporal durante la que desistir sin causa), parece claro que el empresario sí aprovechará el período de prueba de manera ajustada a su esencia, esto es, a la de descubrir, con la experimentación provisional del nuevo cometido, si el trabajador satisface las expectativas de profesionalidad ahora requeridas. Aspecto experimental que refuerzan, no en vano, algunos convenios colectivos que introducen, junto a este "ascenso a prueba", mecanismos de supervisión del resultado

[264] M. ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAAMONDE: *Derecho del Trabajo*, Civitas, 26ª ed., Madrid, 2009, pág. 440.

probatorio, haciendo partícipe incluso a los órganos de representación unitaria, por la vía de informes y comunicación empresarial de dicho resultado.

Por su parte, el empleado podrá advertir, si el contenido de la prestación novada se adapta a lo querido, por mucho que esté tentado, con independencia de ello, a su consolidación dado el normal efecto de incremento en sus retribuciones.

En estos casos, y más allá de lo que puedan disponer los convenios colectivos[265], no operarán los plazos máximos del art. 14 ET, establecidos tan solo para el período de prueba "inicial", y no para los supuesto de novación contractual objetiva.

En cuanto a los derechos y obligaciones de las partes, éstos seguirán siendo los propios del contrato de trabajo, si bien, al contrario que sucede durante la fase de prueba "original", podría discutible si el trabajador ostenta, durante esta fase, el derecho al percibo de la retribución propia de la categoría a la que aspira, dudas que pueden resolverse explicitando dicha consecuencia en cada convenio colectivo.

En fin, la no superación de la prueba que, como decíamos, debiera basarse en el resultado negativo de la experimentación, no reabre nunca la posibilidad de extinción *ad nutum* (ello sería un despido improcedente), sino que faculta al empresario a dar por finalizada la fase probatoria sin acometer definitivamente el ascenso, quedando con ello frustradas las expectativas del trabajador, pero no la estabilidad en su empleo, que se mantiene intacta al "retornar" al puesto o categoría de origen que, ha de recordarse, abandonó sólo en régimen de provisionalidad. El trabajador podrá igualmente dar por finalizado el período de prueba si constata que no concurren las circunstancias idóneas para afanarse en su consolidación.

3. COMPROMISO ESCRITO

A. REGLA GENERAL: ALCANCE Y CONSECUENCIAS

En cuanto a la formalidad del pacto, es palmaria la garantía que, para el contratante débil, ha concebido el legislador, al introducir en la institución probatoria la exigencia de constancia "escrita" del pacto, necesaria para su propia validez[266].

---

[265] En el apartado I.5.l) de este trabajo hacemos referencia al tratamiento que diversos convenios colectivos dan a estos "ascensos a prueba".

[266] Ya indicaba la STS 12 enero 1981 (RJ 1981/192) que la excepción a la libertad de forma que supone consignar por escrito el pacto de prueba se basa "en las consecuencias inherentes y peculiares de aquel,

Así lo tiene declarado la Jurisprudencia, de la que es exponente la STS 5 octubre 2001[267], al recordarnos que la redacción del art. 14.1 ET, exige, para que opere el período de prueba en el contrato de trabajo, dos requisitos: 1) que se concierte por escrito en el contrato de trabajo; y 2) que en su caso, la duración del período de prueba esté dentro de los límites que establezcan los Convenios Colectivos, de tal forma que, de no hacerse uso de tal facultad, ha de entenderse que no existe período de prueba. Siendo un "derecho mínimo del trabajador" el que «se concierte por escrito».

En efecto, la forma escrita es requisito "constitutivo"[268], o "*ad solemnitatem*" del período de prueba, de manera que, si no figura plasmado en el texto del contrato (nada impide que se contenga en documento independiente suscrito con carácter previo o simultaneo al inicio de la prestación laboral), aquel se considerará inexistente[269], y ello incluso en los supuestos en los que se ha pretendido suplir su omisión mediante una remisión genérica al convenio colectivo[270], o a la legislación aplicable a una determinada modalidad contractual, o mediante la inclusión de una referencia al mismo en la copia básica del contrato[271].

Postura ésta, la de exigir una conveniente instrumentalización, formal, del período de prueba, que las diferentes Salas de suplicación vienen manteniendo, sin aparentes fisuras, como puede apreciarse, por todas, en STSJ Islas Canarias/Las Palmas 30

---

durante el cual, cualquiera de los contratantes está facultado para desistir del contrato, sin derecho a indemnización alguna".

[267] RJ 2001/9590.

[268] Para A. L. de VAL TENA (*Pacto de prueba…*, op. cit., pág. 89), ante la forma no escrita de un pacto de prueba se presume *iuris et de iure* su inexistencia, considerándose nulo por infracción directa de la ley, de tal forma que la extinción de la relación de trabajo durante el transcurso del ineficaz período de prueba invocado se ha de calificar como despido improcedente.

[269] Obsérvese que, con la regulación de la relación laboral especial de empleados de hogar, por RD 1620/2011, de 14 de noviembre, ha desaparecido la única excepción a la forma escrita que venía representada (art. 4.3. RD 1424/1985) por la presunción de contrato celebrado a prueba durante quince días.

[270] La STS 24 diciembre 1982 (RJ 1982/7895), interpretando la norma que preveía entonces la posibilidad de concertar un período de prueba, ya indicaba que "la palabra «podrá», del verbo poder, significa facultad o autorización para hacer una cosa, y también tener expedita la facultad o potencia de hacer una cosa (Diccionario Academia Lengua), pero no la obligación de hacerla; por lo que la remisión genérica (que en ese caso se había establecido) al Estatuto del Trabajador y Convenio expresado en un contrato que en sus líneas generales es un impreso fotocopiado, con espacios en blanco para individualizar determinadas obligaciones contractuales, si no va acompañado de la fijación de la obligación, no tiene el valor de estipulación concreta y determinada en su alcance".

[271] Supuestos éstos a los que hace referencia A. L. de VAL TENA: *Pacto de prueba*…" (Bibl. cit.), pág. 87, citando la STSJ Castilla La Mancha 11 abril 1996 (Ar. 1377), la STSJ Cataluña 19 julio 1997 (Ar. 3140) o la STSJ Castilla La Mancha 1 marzo 1997 (Ar. 1035).

septiembre 2003[272], STSJ Navarra 15 octubre 2005[273], STSJ Madrid 9 junio 2008[274], STSJ Castilla La Mancha 8 febrero 2010[275], o STSJ Murcia 14 mayo 2012[276].

[272] AS 2003/2387. En el contrato de trabajo del actor (indefinido, tras superación de prueba selectiva) no se contemplaba expresamente ningún período de prueba, remitiéndose la empresa al contenido de la normativa sectorial (Convenio colectivo de Telefónica) que imponía la necesidad de pacto de prueba en todas las contrataciones, a excepción de las temporales, no siendo éste el caso del actor. La Sala entiende improcedente el despido, en aplicación de la doctrina "clásica" según la cual no cabe entender existente el período de prueba porque así se prevea de manera genérica en el convenio colectivo, si no existe pacto expreso y escrito.

[273] JUR 2005/120329. La relación laboral se inició el 6-12-2003, con alta en seguridad social en esa misma fecha, si bien no se remitió al trabajador, sino hasta el 9-12-2003, el correspondiente contrato de trabajo (en el que figuraba una estipulación de someterse a prueba por dos meses), a través de correo ordinario, sin que conste la recepción del mismo por el actor. La empresa desiste del contrato, por no superación del período de prueba en 4-2-2004. La Sala estima la improcedencia del despido por entender que "el mantenimiento de una relación laboral no instrumentalizada por escrito impide su vinculación a un período de prueba, así como la validez de la extinción del contrato de trabajo basada en la no superación del mismo", conclusión que no se enerva por la presentación al acto de juicio oral de copia del contrato de trabajo conteniendo la citada sumisión a prueba, pues se trata de un ejemplar sin firma por el trabajador, no evidenciando la remisión al INEM que el trabajador hubiese aceptado previamente y de forma verbal las estipulaciones contenidas.

[274] AS 2008/2000. La relación laboral tuvo inicio sin que se suscribiera por los contratantes contrato de trabajo, apareciendo sin firmar por ninguna de ellas el que la empresa aportó, como prueba documental, al acto de juicio, por lo que mal cabe atribuirle eficacia jurídica de ninguna clase al pacto de prueba que contiene, no así al vínculo laboral, perfectamente consolidado de modo verbal.

[275] AS 2010/1366. Las partes firman el 1-12-2008 un contrato de trabajo en el que no consta estipulación alguna en materia de prueba. El convenio colectivo del sector (Estatal para Peluquerías, Institutos de belleza y gimnasios, RCL 2008/1992) establece que el ingreso se considerará provisional hasta que no se haya superado el período de prueba que, para cada categoría, establece. El día 24-12-2008 la empresa pone a la firma de la trabajadora un documento en el que consta su cese por no superación del período de prueba, así como el correspondiente documento de finiquito por el que acepta la cantidad abonada y la resolución contractual. La sentencia considera improcedente el cese, por entender inexistente el período de prueba, al no bastar la previsión genérica del convenio. Es interesante, además, la privación de efectos liberatorios al finiquito que la Sala indica, al circunscribir los mismos, únicamente, al percibo de la cantidad, y no a la aceptación de la extinción contractual. E igualmente interesante es el tratamiento extremadamente flexible con la que la Sala aborda una cuestión planteada por la empresa: la papeleta de conciliación contenía, como único argumento de improcedencia, la no concesión de preaviso; nada decía de la inexistencia del pacto de prueba, lo que la Sala salva aduciendo a la naturaleza jurídica de la vía previa y al carácter omnicomprensivo de una alegación genérica a la invalidez del despido.

[276] JUR 2012/180077. Con motivo de una discusión entre un encargado de la empresa y el trabajador, el primero comunica al segundo que se vaya a la calle (omitimos los términos exactos, por malsonantes) y que se dirija a la oficina de la empresa a firmar los papeles, pues el contrato había terminado. Personado en el lugar indicado, se le hace entrega, en ese momento, del contrato de trabajo, la comunicación de terminación del contrato, la nómina del mes en curso y el finiquito, documentos que el trabajador rehusó firmar sin antes consultarlo con un asesor. En la demanda de despido el trabajador no cuestiona, en ningún momento, la validez del pacto de prueba, si bien, en el acto de juicio oral, la empresa viene a aportar, en su prueba documental, tanto el contrato de trabajo como la comunicación de cese, ambos sin la firma del trabajador, documentos que son en ese momento expresamente impugnados por éste, quien invoca la nulidad del pacto de prueba al no constar su aceptación expresa. La Sala estima el recurso frente a la sentencia que había considerado válidamente extinguido el contrato durante la prueba, y declara el despido improcedente, al no dar por "sobreentendido" o implícito tal período de prueba por su inclusión genérica en el convenio colectivo.

B. SUPUESTOS ESPECIALES

Mención aparte, merece, no obstante, el análisis de la actuación de las partes en orden a la formalización o no, por escrito, del contrato de trabajo y del mismo período de prueba, ya que no siempre la inexistencia de pacto de prueba escrito perjudicará a la parte empresarial, pues, de acreditarse actuación contraria a la buena fe en el trabajador, la inexistencia documentada del pacto no evitará su plenitud de efectos.

Así lo estableció ya el Tribunal Supremo en el año 1987[277], en un supuesto en que el trabajador fue contratado como gerente en una empresa, mediante contrato de trabajo en el que se establecía un período de prueba de seis meses, que le fue entregado para su firma y que, deliberadamente retuvo en su poder, de tal forma que impidió, con su actuación dolosa, acreditar al empresario, ulteriormente, la constancia de dicho pacto de prueba en el documento contractual para hacer uso de su facultad extintiva. En estas circunstancias, el Alto Tribunal, consideró que "si no se documentó por escrito el contrato de trabajo concertado entre las partes fue única y exclusivamente por mala fe imputable al demandante, pese a que el mismo obliga desde su celebración al cumplimiento de lo pactado, conforme a la buena fe, al uso y la ley; pactado un período de prueba como constaba en el ejemplar entregado para su firma al demandante, si no se reflejó el mismo por escrito como prevé el citado artículo 14 fue por la injustificada conducta de aquél"; por lo que, "el actor no puede legítimamente prevalerse de la falta de que constara por escrito al serle tal omisión imputable exclusivamente a su deliberado propósito de retener el ejemplar del contrato". En la base de este pronunciamiento se encuentra, obviamente, el principio de buena fe que ha de inspirar el comportamiento de los contratantes[278].

[277] STS 12 marzo 1987 (RJ 1987/1395).

[278] Indica el Tribunal que aunque el contrato de trabajo pueda concertarse de palabra o por escrito, es requisito esencial, «*ad solemnitatem*» que el período de prueba se haga constar por escrito, formalidad no observada en la relación laboral concertada por el actor con la empresa que lo contrató, pese a ser norma de derecho necesario y carácter constitutivo…, doctrina general que presupone siempre la concurrencia en las partes del principio de la buena fe contractual que ha de regir en toda clase de negocios jurídicos, que quiebra en el caso contemplado por el comportamiento descrito del actor, al retener injustificadamente el ejemplar donde se hacían constar no sólo su categoría profesional, remuneración etc., sino también el período de prueba de seis meses".

Conducta, ésta, que se repite, con un interesante matiz[279], en el supuesto contemplado en STSJ Cataluña 25 abril 2006[280]: el trabajador demandante "se negó a firmar el contrato redactado por la empresa demandada de duración determinada, eventual por circunstancias de la producción, al no ser de carácter indefinido", de modo que, al extinguirse el contrato por desistimiento empresarial, el Juzgado de lo Social[281] declaró la improcedencia del despido. Recurrida en suplicación la sentencia, la Sala catalana considera, sin embargo, que el contrato se ha extinguido válidamente durante el transcurso del período de prueba, dada la negativa del trabajador a la firma del contrato en el que éste se establecía.

Si bien, aún en estos casos, podría exigirse al empresario una diligencia en su actuación capaz de neutralizar los comportamientos relatados, como sucede en STSJ Cataluña 30 septiembre 2005[282], en la que el empresario resulta "víctima"[283] de su propia dejación, al haber podido reaccionar legalmente ante la falta de firma del contrato de trabajo por parte del trabajador. En efecto, en el supuesto analizado, "es lo cierto que el trabajador no llegó a firmar en momento alguno el contrato de trabajo escrito que eventualmente pudiere tener preparado la empresa, pese a lo cual se le da de alta en seguridad social con la fecha correcta de inicio de la relación laboral en 10 de febrero de 2004, y se le permite prestar servicios con normalidad hasta el día 12, en el que se le notifica la extinción de la relación laboral por no superar el período de prueba, sin que conste advertencia o requerimiento escrito en el que se le ordene la firma del contrato, por lo

---

[279] El matiz es que, en este caso, la falta de firma por parte del trabajador no puede considerarse "dolosa" o contraria a la buena fe, sino que obedece a un motivo que entiendo es legítimo: considerar que la prestación contratada no tenía encaje en la vinculación causal propuesta, sino en una relación de carácter indefinido. En estas circunstancias, quizás habría sido exigible al TSJ una mayor argumentación en su sentencia, más allá del mero dato de la falta de firma y de la cita de la Sentencia del TS antes comentada; si bien, en su descargo, hay que reconocer que la Sala, al menos, no esquiva el problema, al señalar que "aun siendo discutida la duración del contrato de trabajo, formalizado como de duración determinada, y no firmado por el actor que entiende que debía ser indefinido, lo cierto es que debido al escaso tiempo transcurrido de prestación de servicios, ello no ha de modificar la resolución que se adopte en la Litis, pues en cualquier caso es incontrovertida la existencia de período de prueba, que en modo alguno se habría superado".

[280] AS 2006/2599.

[281] SJS 2 Sabadell 20 diciembre 2004.

[282] AS 2005/3800.

[283] Utilizamos ese término porque en este supuesto, la indemnización por despido improcedente (a la que podía haber acudido, en aplicación del entonces vigente art. 56.2º ET) habría importado 16,59 €, mientras que la condena judicial, con abono de los salarios de tramitación (en aquel momento aparejados indistintamente a la opción por la indemnización o readmisión), superó los 13.000 €.

que es ahora irrelevante que la falta de firma pueda ser más o menos imputable al trabajador o a una negligencia de la propia empresa. La empresa debió de requerirle por escrito para ello, o de haberlo hecho verbalmente como afirma en su recurso, proceder de forma inmediata a sancionar o despedir disciplinariamente al trabajador por trasgresión de la buena fe contractual, en lugar de permitir que prestara servicios con normalidad durante unos días y notificarle luego la extinción por no superar el período de prueba". Concluye el TSJ que "lo que no puede pretender la demandada es beneficiarse de la inexistencia de un contrato de trabajo escrito, para hacer valer un simple pacto verbal previo sobre la duración del período de prueba que se quería introducir en el mismo, cuando ni tan siquiera hay el más mínimo elemento de juicio que permita considerar que esta situación se debe a una supuesta mala fe del trabajador, habiendo despreciado el empresario todas y cada una de las diferentes posibilidades legales de las que disponía a su favor en el caso de ser cierta esa actuación maliciosa que ahora imputa extemporáneamente al demandante".

En cuanto al general carácter preceptivo de la forma escrita, podemos afirmar que nuestra Jurisprudencia no ha encontrado en la redacción confusa del precepto ("podrá concertarse por escrito") ninguna llamada a la informalidad en el establecimiento del período de prueba, de manera que la posibilidad es sólo del pacto, no de su incorporación a través de la forma escrita[284].

Necesidad de forma escrita que se dará incluso en el supuesto en que el contrato de trabajo se haya concluido verbalmente[285].

Las consecuencias del incumplimiento de formalidad escrita no son la nulidad del contrato, sino, únicamente, la de su sometimiento a prueba; obviamente, la inexistencia de contrato escrito no significa que las partes no estuvieran vinculadas laboralmente por un contrato verbal, posibilidad perfectamente legal a la luz del art. 8.1. ET, sin perjuicio

---

[284] STS 5 octubre 5 octubre 2001 (RJ 2001/9590).

[285] En STS 12 marzo 1987 (RJ 1987/1395) se indica que "aunque el contrato de trabajo de conformidad con el artículo 8 ET pueda concertarse de palabra o por escrito, es requisito esencial, «*ad solemnitatem*» que el período de prueba se haga constar por escrito". En STSJ Murcia 19 mayo 1994 (AS 1994/1818), se hace constar que "habiéndose concertado verbalmente la relación, no cabe admitir la existencia de períodos de prueba pactados", de donde se deduce, no la imposibilidad de pacto de prueba (dado que el contrato de trabajo verbal es válido y no puede impedirse su sometimiento a prueba), sino la necesidad de constancia escrita pese a la forma peculiar del vínculo laboral. No obstante, no parece muy lógico que las partes otorguen mayor seguridad jurídica al pacto de prueba que al propio contrato de trabajo suscribiendo aquel por escrito y éste de palabra.

de los efectos jurídicos que tal circunstancia conlleve[286], en este caso, la inexistencia del período de prueba.

Cosa distinta es que las partes fijen, expresamente y por escrito, el sometimiento de su relación laboral a pacto de prueba, pero difieran la concreción de su contenido a la norma legal o, en su caso, al convenio colectivo de aplicación, supuesto éste en que sí se habrá de considerar válido, pues se respeta la forma escrita en su institución, con independencia de que el dato de su extensión temporal pueda integrarse mediante la "importación" de cláusulas perfectamente definidas (los límites máximos del ET o convenio aplicable) que dotan al pacto de plena seguridad jurídica. En este caso, los contratantes, de forma indubitada, habrían decidido aceptar, mediante constancia documentada por escrito, que la fase inicial de su relación va a quedar condicionada por las obligaciones y derechos propios de un período de prueba (experimentación del contrato y posibilidad resolutoria *ad nutum*), sin que el mero hecho de no haber consignado una concreta duración pueda privarle de vigencia, al colmar esta laguna la norma remitida.

4. RECAPITULACIÓN

Para poder considerarse válidamente formalizado, el período de prueba requiere su previa constancia escrita, fruto de la manifestación, expresa, de las partes contratantes, de someter a prueba, en su inicio, la relación laboral concertada, siendo tales requisitos una garantía para el trabajador, en la medida en que, durante la vigencia del pacto a prueba, la estabilidad en el empleo, aspiración legítima, a la par que necesaria, de cualquier trabajador, dependerá del criterio empresarial positivo al mantenimiento de un vínculo capaz de decaer ante el más mínimo contratiempo que traslade al empleador la conveniencia de ponerle fin, sin derecho a indemnización alguna.

Precisamente, esta contradicción entre el especial régimen probatorio y el principio de estabilidad laboral es la que determina en el legislador la exigencia de formalidad "escrita" en la suscripción del pacto de prueba, manifestación individual que ha de concurrir, en todos los casos, con independencia de cualquier disposición convencional que, extralimitándose en su habilitación legal, pretenda someter a prueba de manera obligatoria los contratos de trabajo inmersos en su ámbito de aplicación. Así pues, se

[286] STSJ Madrid 9 junio 2008 (AS 2008/2000).

requiere una voluntad expresa de suscripción del pacto de prueba y, además, la formalización escrita de dicha decisión concordante.

Pese a dicha obviedad, muchos son los convenios que insisten en regular, también, esta parcela vedada a los negociadores colectivos, de manera que, no conformes con regular la duración en términos de no sujeción alguna a la normativa estatutaria, pretenden también establecer normas por las que los contratantes individuales deban ajustar, forzadamente, el vínculo laboral a un periodo de prueba. Tales intentos, según se ha visto, son reprendidos por los Tribunales, que les niegan toda virtualidad, aplicando, sin deserciones, la doctrina del TS según la cual, el artículo 14 ET ha establecido como derecho mínimo del trabajador, el requisito de que el período de prueba se concierte de forma individual, no teniendo el recogido en los Convenios Colectivos virtualidad directa, al ser sus previsiones insuficientes para entenderlo existente, ya que el pacto de prueba se ha configurado siempre como un pacto típico en el inicio del contrato, dependiente de la voluntad de empresa y trabajador, a quienes puede interesar o no pactarlo.

En cuanto al momento hábil para su instauración, aunque el art. 14 ET no contiene regla que lo concrete, se ha de entender implícita la necesidad de suscripción simultánea, incluso anterior, al inicio de la prestación laboral, resultando nulos, por abusivos y contrarios al principio de irrenunciabilidad de derechos (art. 3.5. ET), aquellos pactos que, aún de manera escrita, introduzcan un período de prueba durante el transcurso de una relación laboral ya iniciada, o pretendan modificar, al alza, la duración de un previo pacto válidamente suscrito. Así lo tiene declarado la Jurisprudencia, que aboga por la coincidencia temporal entre la suscripción del pacto y el inicio de la prestación de servicios, aunque no es extraño encontrar resoluciones judiciales que excepcionan su aplicación en supuestos en los que entre el inicio de la relación laboral y la suscripción del pacto apenas transcurren unos pocos días. Para estas sentencias, sólo sería aplicable con rigor la regla que impide suscribir el pacto de prueba una vez iniciada la relación laboral, cuando dicha suscripción constituya abuso de derecho o, con aquella, el trabajador renuncie a derechos indisponibles, "coletilla" ésta que introduce, a nuestro juicio, un amplio margen de discrecionalidad empresarial e inseguridad jurídica para el trabajador.

Por lo que respecta a la forma escrita, la misma se considera requisito "constitutivo", o "*ad solemnitatem*" del período de prueba, de forma que su omisión en el contrato (o en

documento simultáneo) determina la inexistencia del período de prueba, incluso en los supuestos en los que se ha pretendido suplir su omisión mediante remisión genérica a normas estatutarias o convencionales. No obstante, también en este ámbito ha de examinarse si las reglas de la buena fe han inspirado el comportamiento de los contratantes, de modo que, si la falta de pacto escrito es imputable a una actuación inadecuada del trabajador, no salvable a través del empleo de una diligencia media por el empresario, el pacto de prueba podrá entenderse por válido y, con él, el desistimiento empresarial.

Vemos, pues, que también en este tema coexisten, por un lado, una parca y, en apariencia, simple regulación, y, por otro, la posibilidad de ser acomodada, por nuestros tribunales, en atención a la casuística concreta y al margen amplio de interpretación que aquella permite.

III. DURACIÓN

1. REGLAS GENERALES

A. ESTABLECIMIENTO DE PLAZOS MÁXIMOS Y DISPOSITIVOS

Establece el artículo 14.1. ET, con respecto a la relación laboral común[287], que las partes podrán concertar "por escrito un período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los Convenios Colectivos"[288], de donde se desprende que tales convenios colectivos cuentan con una habilitación expresa para marcar los límites temporales del período de prueba en su ámbito de aplicación[289]; ahora bien, como en cualquier otro ámbito, la prioridad otorgada *ex lege* a la autonomía colectiva[290] en esta materia no puede justificar regulaciones convencionales abusivas o incompatibles con la propia finalidad de la institución, que podrán ser consideradas

[287] Sin perjuicio de las singularidades existentes con respecto al contrato indefinido de apoyo a los emprendedores (art. 4.3. Ley 3/2012) y a los contratos formativos (art. 11.1.d y f ET y art. 10 RD 1529/2012, de 8 de noviembre, que sustituyó las previsiones del derogado Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo).

[288] Con anterioridad a la reforma de 1994, el precepto contenía un mandato imperativo que impedía extender temporalmente el período de prueba más allá de los seis meses para los técnicos titulados, tres meses para los demás trabajadores, y quince días para los no cualificados, duraciones que, "en ningún caso" podían ser superadas. Como comentaba J. LUJÁN ALCARAZ en "Duración del período de prueba y concurrencia de convenios", *Aranzadi Social*, núm. 3, 1997 (BIB 1997/851), citando a MARTÍN VALVERDE: "donde antes había una relación de suplementariedad, se configura ahora una típica relación de supletoriedad, de modo tal que la previsión legal solo entra en juego ante la falta de regulación convencional".

[289] M. C. PASCUAL ALLÉN: "Forma, período de prueba y duración del contrato de trabajo", en *La reforma del mercado laboral, Lex Nova*, Valladolid, 1994, pág. 73.

[290] J. RIVERO LAMAS: "Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la ley 11/1994 (Una aproximación interpretativa)", *Documentación Laboral* núm. 43, 1994, pág. 68, habla de la relevante "deslegalización" que supone atribuir al convenio colectivo la posibilidad de fijar los límites temporales del período de prueba en todos los supuestos sin excepción. De "dispositivización" habla T. SALA FRANCO, en *La reforma del mercado de trabajo*, CISS, Valencia, 1994, pág. 249. "En verdad, soberano", lo califica O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ (*El período de prueba…*, cit., pág. 65).

nulas por los Tribunales del orden social[291], e inaplicables, por tanto, a la relación individual de trabajo[292].

Se entiende, pues, que la libertad de fijación convencional de tales límites ha de emplearse adecuadamente, en atención al tiempo necesario para verificar que las aptitudes y capacidad de adaptación del trabajador al puesto contratado son las que realmente se precisan, pues, en otro caso, no quedaría justificada la restricción que tal período supone del derecho básico a la estabilidad en el empleo[293]. Y en este contexto, es fundamental analizar el concreto puesto de trabajo para el que el trabajador es contratado, siendo un elemento decisivo a tener en cuenta la complejidad de los trabajos a desarrollar, de tal manera que las aptitudes del trabajador se conocerán con mayor rapidez cuanto menor sea la especialidad profesional exigida[294]. En otras palabras, 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[295].

---

[291] J. F. BERTOMEU CURTO: "La regulación del período de prueba en España y Francia: Una perspectiva comparada de acuerdo con las fuentes del derecho del trabajo nacional e internacional". (Comunicación presentada a las XXVI Jornadas Catalanas de Derecho Social-Barcelona. 19 y 20 de febrero de 2015, pág. 1, http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/comunicacions/any-2015/), considera que "en la actualidad, debido a la crisis económica global, las altas tasas de desempleo y el consiguiente debilitamiento de los derechos de los trabajadores como consecuencia de la imposición de las medidas de austeridad y los modelos neoliberales de la Unión Europea, que conllevan la desregulación de las instituciones del derecho del trabajo, los Tribunales tienen un papel clave para evitar la imposición de períodos de prueba abusivos en los contratos de trabajo, puesto que, en la práctica, se abre la puerta a formas de despido libre *ad nutum*".

[292] La libertad de negociación queda restringida por la necesidad de no incurrir en abuso de derecho, valoración que dependerá de las características y exigencias del puesto de trabajo (STS 4 marzo 2008, RJ 2008/3482).

[293] La STS 12 noviembre 2007 (RJ 2008/701) recuerda que el convenio colectivo no puede asignar al período de prueba la duración máxima que se le antoje, sino sólo aquella que venga justificada por la complejidad de las tareas a desempeñar.

[294] STSJ Comunidad Valenciana 8 julio 2009 (AS 2009/2327).

[295] STS 20 julio 2011 (RJ 2011/6680). El Alto Tribunal recuerda que "la negociación colectiva no puede magnificarse hasta el extremo de admitir como válidas fórmulas convencionales que pueden resultar incompatibles con la propia finalidad y funciones del instituto del período de prueba, pues una regulación

Una vez establecida en convenio colectivo[296] la duración del período de prueba, a ella habrá de ajustarse la contratación individual[297], reputándose ilícitas las cláusulas contractuales que no respeten aquel contenido, de manera que la fijación de una duración superior a la convencional determinará la ilicitud del exceso[298].

En defecto de previsión específica en convenio colectivo, la duración que se establezca en los contratos de trabajo no podrá superar los seis meses para los técnicos titulados[299] ni los dos meses para los demás trabajadores, plazo máximo que, en empresas de menos de veinticinco trabajadores, llegará hasta los tres meses[300].

---

convencional en la que se fije una duración excesivamente dilatada de dicho período, bien puede sugerir … que se esté dando amparo a un resultado que, en la práctica, puede asemejarse a la funcionalidad real de los contratos temporales, lo que podría encubrir situaciones de fraude de ley al poder utilizarse para enmascarar unos fines no queridos por el citado precepto estatutario. Dichas cláusulas son radicalmente nulas por contrarias a la ley y al orden público social".

[296] No existe restricción del ámbito de negociación, por lo que podemos entender que, salvo normas de concurrencia, cualquier convenio colectivo sectorial o de empresa puede establecer los límites de duración del período de prueba. Para O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 65, "no parece en cambio que los convenios extraestatutarios ni los acuerdos de empresa estén capacitados para aprobar tales límites".

[297] Los contratantes individuales están sujetos, por tanto, a los límites convencionales y, en defeco de éstos, a los legales, por lo que cualquier estipulación de un período de prueba de duración superior a los legal o convencionalmente establecidos, será ilícita, al menos en el exceso (STSJ Aragón 29 octubre 2012, AS 2013/493).

[298] STS 19 octubre 1987 (RJ 1987/7071).

[299] Por "titulación" habremos de entender aquella que es requerida para las funciones contratadas, no la que el trabajador pueda ostentar si no tiene relación con los servicios que va a prestar.

[300] Mayoritariamente se acepta que el "matiz" legal para las empresas de menos de veinticinco trabajadores constituye una norma de derecho imperativo, de manera que cabrá pactar una duración inferior pero no superior. En este sentido, O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 70, apunta al carácter "imperativo de la referida regla, de modo que el convenio colectivo nunca podría aprobar en este tipo de empresas períodos de prueba de duración superior a tres meses. Si admitiéramos el carácter meramente dispositivo de la previsión, su única consecuencia sería la ampliación en un mes de la duración máxima del período de prueba para trabajadores no técnicos titulados en empresas de menos de 25 trabajadores a falta de otra previsión en convenio, efecto de muy escasa relevancia, cuyo sentido o finalidad, si los tuviera, no sería fácil de adivinar. Atribuyendo en cambio a la previsión el valor imperativo sí cobraría relieve una explicación más plausible en términos de su utilidad o valor funcional" (para el autor, se trata de añadir un mes pero fijarlo como límite infranqueable a la negociación colectiva, de manera que tres meses es un período más que suficiente para verificar, en pequeñas empresas en las que se da un contacto directo con los empleados, su capacidad para realizar actividades poco cualificadas).

No obstante, existen pronunciamientos judiciales en sentido contrario, como la STSJ Cataluña 11 octubre 2012 (AS 2012/3003), que, pese a reconocer que la doctrina judicial es contradictoria, no comparte el contenido de las sentencias que apuntan a que la previsión del artículo 14.1ET (de que para las empresas de menos de 25 trabajadores la limitación de los tres meses, establecida en su último punto), impida las previsiones que puedan establecer los convenios colectivos, "pues tal interpretación es contraria a las tendencias legislativas que subyacen la actual redacción del ET en la materia del periodo de prueba, pues esta redacción responde a la voluntad del legislador, quien claramente se planteó en la reforma legislativa de 1994 potenciar la autorregulación de las relaciones laborales por los agentes sociales y una

Por su parte, en los contratos de duración determinada del art. 15 ET, salvo previsión distinta en convenio colectivo, no podrá el período de prueba exceder de un mes.

Estas reglas legales son imperativas para la autonomía individual, que podrá moverse con libertad dentro de los límites establecidos en convenio colectivo o, en su defecto, en la citada norma legal, reduciendo los períodos máximos previstos o, incluso, no estableciendo pacto alguno de prueba en el contrato de trabajo. Si bien, la opción que tomen habrá de tener fiel reflejo en el contrato de trabajo o documento *ad hoc*, si quieren evitar que su voluntad sea sustituida, en caso de conflicto, por reglas distintas a las queridas por los contratantes[301].

B. LÍMITES A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA E INDIVIDUAL

Sin embargo, las reglas de duración del período de prueba establecidas por el legislador estatutario son de carácter dispositivo y meramente subsidiario para los Convenios colectivos, pudiendo la negociación colectiva establecer duraciones del período de prueba superiores e inferiores, pues aquellos topes legales solo rigen en defecto de pacto en convenio, cediendo ante la diversa regulación contenida en el mismo.

---

considerable mayor incidencia de lo pactado en la negociación colectiva, de modo que muchos aspectos de las relaciones laborales que hasta la fecha habían estado limitadas por mínimos de derecho necesario, pasaron a constituir derecho dispositivo y quedaron subordinados a la norma convencional. Hoy sin duda alguna, los convenios son la primera fuente normativa a tener en cuenta a los efectos de regular la duración máxima del periodo de prueba , con preeminencia sobre cualquier otra norma incluido el propio ET que solo es de aplicación en defecto de pacto en la norma convencional, y desde luego dicho principio es también aplicable a las empresas de menos de 25 trabajadores, pues la regulación que el citado artículo contiene respecto a ellas debe entenderse válida para cuando no esté la materia regulada en el convenio".

Igualmente, autores como A. L de VAL TENA: "La duración del Período de prueba: límites", *Aranzadi Social*, núm. 13/2004 (BIB. 2004/1664), pág. 1, consideran que la posibilidad de fijar los límites temporales por convenio se da también cuando la empresa tiene menos de veinticinco trabajadores.

[301] A este respecto, la Jurisprudencia tiene establecido que, aunque el Convenio Colectivo establezca, de forma obligatoria, un período de prueba, el mismo se tendrá por no puesto en aquellos contratos en los que no se contenga estipulación en tal sentido (STS 5 octubre 2001, RJ. 2001/9590); siendo válido, no obstante, en aquellos supuestos en los que, no estableciéndose una duración concreta en el mismo, se haga una remisión a lo dispuesto en el Convenio colectivo de aplicación, ya que en estos casos, sí existe una previsión en tal sentido, con la formalidad que exige el ET (STSJ Cataluña 18 septiembre 2009, JUR 2009/41517), formalidad escrita que se requiere con el máximo rigor, como puede apreciarse en STS Madrid 9 junio 2008, AS 2008/2000, en la que el Tribunal revocó la Sentencia del Juzgado de lo Social al percatarse que el contrato de trabajo aportado al procedimiento no contaba con la firma del trabajador y, por tanto, el período de prueba no podía entenderse "suscrito" por el mismo, al no existir, en puridad, contrato de trabajo escrito ni, por consiguiente, pacto escrito sobre el período de prueba. También es interesante, a efectos "formales", el supuesto que se plantea en la STSJ Murcia 22 abril 2013 (JUR 2013/198384), relativo a la validez del período de prueba pactado en el contrato de trabajo cuando la relación laboral se inició con anterioridad al mismo, pudiéndose entender nulo dicho pacto (no obstante, el actor no consiguió acreditar dicha circunstancia en el acto de juicio, por lo que no obtuvo un pronunciamiento favorable).

Ahora bien, la duración del período de prueba, aun acotada entre los límites convencionales, puede estimarse abusiva[302] y, en ese caso, los tribunales procederán a su inaplicación, considerando despido improcedente el desistimiento empresarial en tales circunstancias[303].

Y es que, al no quedar condicionada la autonomía colectiva por ningún tope máximo de carácter indisponible, pueden convenirse períodos de prueba de duración excesiva que desvirtúen la finalidad de la institución[304], prolongando en el tiempo, sin causa justificada, la prerrogativa empresarial de desistimiento[305].

Los repertorios de jurisprudencia contienen numerosos ejemplos de estas prácticas, que son corregidas por los tribunales cuando, pese a contar con el amparo del convenio colectivo, se muestran abusivas por contrariar la propia finalidad de su la figura probatoria.

---

[302] A. L. de VAL TENA: "La duración…" (Bibl. cit.), pág. 3, señala que "la libertad convencional atribuida por el artículo 14 del ET a los convenios colectivos para fijar la duración de esa fase inicial de prueba, convirtiendo la regulación legal en supletoria, no puede llevar a recrear figuras de contratos temporales <acausales>, alterando la finalidad de la prueba. Tales cláusulas son radicalmente nulas por contrarias a la ley y al orden público social, pudiendo los Tribunales declarar su nulidad a través del procedimiento de impugnación de convenios o de conflicto colectivo, o dejarlas de aplicar cuando un trabajador invoque que su traslado al contrato constituye un abuso de derecho".

R. ESCUDERO RODRÍGUEZ: "Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la reforma", *Relaciones Laborales*, núm. 2, pág. 54, indica que la aceptación por los convenios colectivos de períodos muy extensos, supone una "desvirtuación de la razón de ser de la institución del período de prueba… ya que el objeto de la prueba puede satisfacerse sobradamente en un lapso temporal más reducido".

[303] STS 20 Julio 2011 (RJ 2011/6680).

[304] Recordando lo que ya advertía A. MARTÍN VALVERDE (*El período…"* (Bibl. cit.), págs.. 162-163): durante el período de prueba se acentúa la condición de contratante débil del trabajador (al desconectarse las reglas generales de protección de la estabilidad en el empleo), reforzándose la posición hegemónica del empleador; el trabajador estará dispuesto, durante esa fase, a realizar un esfuerzo laboral mayor del normal, a realizar horas extras, cumplir órdenes de dudosa legitimidad, etc., mientras que el empresario puede verse tentado a utilizar la institución para fines ilícitos, reconducidos a tres supuestos: a) contratación a título de prueba en fraude a la legislación de despido, que se hace, bien cuando las dudas sobre la aptitud del trabajador no existen o se han podido disipar en la fase de negociaciones precontractuales, bien cuando se prolonga el período de prueba más allá de sus exigencias institucionales estrictas de verificación de la capacidad y adaptación del trabajador; b) ocultación, bajo situación de prueba, de contrataciones para trabajos eventuales, creando falsas motivaciones para un sobreesfuerzo en el trabajo; c) aprovechamiento del período de prueba para inquisición de conductas, opiniones o actitudes del trabajador que pueden traducirse en práctica discriminatoria.

[305] No debe olvidarse que la sujeción a unos límites cronológicos, que impiden la prolongación de la prueba, se justifica por la posición de desventaja del trabajador durante la misma, al perder las garantías sobre la estabilidad de su relación contractual (A.V. SEMPERE NAVARRO: "Resolución del vínculo laboral y período de prueba", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 6, 1981, pág. 249).

Un ejemplo de ello es la comentada STSJ Madrid 28 noviembre 2003[306], que consideró abusivo el período de prueba de tres años impuesto por la mercantil Deloitte España S.L. (antes denominada Arthur Andersen y Cía, S. Com) a sus titulados de grado superior y medio, en virtud de la posibilidad establecida en el Convenio Colectivo (BOE 10-12-1994); la empresa alegaba que la polivalencia funcional que define a sus empleados y la complejidad de la labor auditora desarrollada, requerían una evaluación durante el propio desarrollo y proyección del trabajador dentro de la Sociedad. La Sala de lo Social del Tribunal capitalino, partiendo de que la facultad de resolución del vínculo laboral durante el período de prueba es más ventajosa para el empresario, indica que hay que poner un límite a esta libre extinción admitida, límite que vendrá determinado "por el tiempo suficiente para que el empresario pueda considerar apto al trabajador para el puesto ofertado, tiempo… que no puede ser igual en todo tipo de prestaciones". Y es que, "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… Por ello el fraude de Ley debe actuar como límite a la facultad negocial para que con la intención de mantener las condiciones de los trabajadores ya empleados no introduzca elementos de precarización". Partiendo de tales premisas[307], el Tribunal considera "dudoso que la estabilidad en el empleo fomentada por nuestro ordenamiento, lo que se manifiesta en la causalidad de los contratos temporales, quede asegurada en este precepto (convencional)".

También la STSJ Valencia 11 marzo 2004[308], que consideró abusivo el establecimiento en el contrato de trabajo, de un período de prueba de dos años, ajustado al Convenio

---

[306] RJ 2004/2287. Véase el comentario de A. L. de VAL TENA: "La duración… (op.cit.), BIB, 2004/1664).

[307]El Tribunal indica, de manera expresa, que su tesis es compartida por la Doctrina, a la que cita: SALA, BALLESTER, LÓPEZ GANDÍA.

[308] AS 2004/1709. Esta sentencia contiene dos matizaciones interesantes, de carácter general. La primera de ellas es la clarificación del debate que, para el Tribunal, no reside en el análisis del posible carácter abusivo de la cláusula del convenio, sino en el establecimiento de una duración, en el contrato de trabajo ajustada a aquella ("la cuestión se limita a concretar si la duración de dos años establecida en contrato para el período de prueba de una trabajadora contratada como promotora de entrada, en cuya actividad no recae ninguna particularidad adicional resulta o no acomodada a derecho. El análisis queda reconducido, pues, a la determinación del alcance del abuso de derecho, con relación a la cláusula contractual donde se contiene y no propiamente con relación a la cláusula del convenio donde con carácter general se establece aquella duración máxima. En definitiva, la norma jurídica de referencia se traslada al art. 49.1.b del ET en el que literalmente se establece que el contrato de trabajo se extingue «por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del

Colectivo de aplicación (Convenio Colectivo de la empresa "Telefónica, Publicidad e Información, S. A."), para el puesto de "promotor de entrada" que, esencialmente, consistía en la captación de clientes para anunciarse en una guía telefónica.

Muy relacionada con la anterior, por tratarse de la misma empresa e idéntico Convenio Colectivo, es la STSJ Aragón 4 octubre 2006 (rec. 785/2006)[309] que llegó a la conclusión contraria, validando un contrato de trabajo para idéntico puesto ("promotor de entrada") y misma duración de la prueba (dos años), sentencia que, no obstante, sería luego casada por STS 12 noviembre 2007[310], aludiendo al exceso que suponen dos años de período de prueba[311].

---

empresario»); con base en tal premisa, el Tribunal sale al paso de la petición que la parte recurrente había realizado, consistente en la declaración de nulidad del artículo del convenio en el que se permitía dicha duración de dos años. La segunda circunstancia reseñable de su análisis, es el "descarte" de elementos como la "formación" o la "experiencia", utilizados por el Convenio Colectivo como legitimadores de la mayor duración del período de prueba ("En efecto, aun en el caso de que durante la contratación se facilitara al trabajador una formación de tal magnitud, resulta totalmente inadecuado vincular el período de prueba a dicha formación, porque si así fuera se condenaría a la precariedad permanente a los trabajadores en aquellos sectores de actividad que requieren una actualización y formación continua. La formación requerida previamente o que pueda impartirse después, puede ser indicativo de la duración que el período de prueba puede requerir, por remitir al período de tiempo que el empresario necesitaría previsiblemente para asegurarse de la capacidad del trabajador, pero resulta obvio que dicho conocimiento puede razonablemente adquirirse antes de que concluya la formación que la empresa prevé prestar. Formación y período de prueba no van, pues, irremisiblemente unidos. Lo mismo puede decirse de la experiencia, puesto que ésta no es necesariamente un requisito de capacitación sino un rasgo que se adquiere con el tiempo de trabajo efectivo. La causa del período de prueba tiene un contenido diferente y mucho más elemental, puesto que persigue la comprobación de la capacitación. Resulta evidente que, si lo que pretendía el convenio era señalar que la actividad de promotor de entrada requiere la comprobación de la capacidad formativa así como de la capacidad para adquirir y acumular experiencia, parece un tanto excesivo que para ello se establezca un período de prueba de dos años").

[309] Los datos de esta sentencia nos los ofrece la siguiente nota, que, precisamente, la casa y anula, no habiendo podido sin embargo localizar la referencia de Aranzadi, al no existir ninguna sentencia de ese Tribunal en la que coincidan los datos de fecha y número de recurso indicados.

[310] RJ 2008/701 ("No parece razonable admitir que el empresario necesite de un período de prueba tan largo para advertir la capacitación profesional en una actividad de estas características (la captación de clientes para anunciarse en una guía telefónica), que en principio no presenta -ni se describen- circunstancias tan particulares como para necesitar un período de prueba tan prolongado. La peculiaridad esencial a la que se refiere el propio convenio es la necesidad de llevar a cabo un período de formación adecuado, pero una formación durante tan prolongado período no se compagina bien con las características de un puesto de trabajo como el que nos ocupa, y, aparte de no hacerse constar que tal formación se haya impartido ni durante cuánto tiempo, resultaría excesiva a todas luces -a no ser que se quiera vincular el período de prueba a una formación continua).

[311] Haciendo un seguimiento de este supuesto hemos descubierto algo muy curioso: la empresa "Telefónica, Publicidad e Información, S.A.", seguramente cansada de tanto "varapalo" judicial, decidió, además del cambio de denominación social (pasó a llamarse "Yell Publicidad, S.A.") reducir, en su Convenio Colectivo, la duración de este período de prueba, fijándolo en un año (en lugar de dos), modificación que no parece haber sido suficiente, tal y como demuestra la STS 20 julio 2011 (RJ 2011/6680), que, casando la previa del TSJ Madrid 30 noviembre 2009 (AS 2010/461), sigue considerando abusivo el plazo de un año para el personal de ventas, cuyo cometido es la venta de páginas amarillas y otros productos.

La STSJ Comunidad Valenciana 8 julio 2009[312], por su parte, consideró abusivo el establecimiento, por la Caja de Ahorros de Guipúzcoa y San Sebastián, de un período de prueba de un año, ajustado al Convenio Colectivo de aplicación, al contrato de trabajo de un agente o gestor de entrada (categoría básica), de una oficina bancaria, por considerar excesivo tal período para verificar las cualidades del empleado, consideración reforzada, además, por la existencia previa a la contratación (indefinida) de un exhaustivo proceso de selección en la empresa[313].

En sentido contrario, la STSJ Madrid 26 diciembre 2007 (AS 2008/612) no consideró abusivo el establecimiento de un período de prueba de seis meses para el puesto de Auxiliar de Caja-reponedor de un supermercado, y ello pese a reconocer que el establecimiento, por Convenio Colectivo, de una misma duración del período de prueba para todas las categorías, sin distinción, por el mero hecho de tratarse de contrataciones indefinidas no era muy entendible, admitiendo, por lo demás, que en el caso analizado, un plazo inferior a seis meses habría sido suficiente para valorar la capacidad del trabajador; no obstante, no considera que el período de prueba de seis meses sea en ese caso abusivo[314], apresurándose a marcar las diferencias entre el caso que resuelve y los analizados en las predecesoras sentencias de los TSJ de Madrid y Valencia, que cita expresamente y cuyo sentido (carácter abusivo de los períodos de prueba de dos y tres años) comparte.

Así las cosas, resulta pacífico considerar existente el fraude de ley en la utilización de fórmulas convencionales que puedan "asemejarse a la funcionalidad real de los contratos temporales", permitiendo su uso para enmascarar unos fines no pretendidos por la Ley (STS 20 julio 2011, RJ 2011/6680), lo que determina la nulidad de tales cláusulas.

---

[312] AS 2009/2327.

[313] El Tribunal es consciente, por lo demás, en este caso, y así lo declara, de que el cese durante el período de prueba de la actora tiene mucho que ver con la negativa de ésta a ampliar, de forma ilegal, el horario laboral, con fines formativos, situación, por desgracia, muy común en el sector bancario.

[314] Indica el Tribunal que "para que exista abuso de derecho es necesario, según el art. 7.2 del Código Civil, que se sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho. Y tal duración de seis meses del período de prueba lo es, además, en el contexto de un contrato suscrito por tiempo indefinido, con la garantía que da la intervención de representantes de trabajadores y empresarios, fruto de su autonomía colectiva, en el acuerdo libremente alcanzado con el Convenio Colectivo. Por lo demás, el fraude no se presume, sino que ha de ser patente y claro en la decidida intención de las partes de burlar el ordenamiento jurídico…".

No obstante, en este punto, habremos de permanecer atentos ante posibles vaivenes de nuestra jurisprudencia ordinaria, al hilo de recientes pronunciamientos del Tribunal[315] Constitucional. Nos referimos, concretamente, a la validación que del período de prueba de un año ha realizado la Sentencia 119/2014 del máximo intérprete constitucional, en relación al contrato indefinido de apoyo a emprendedores, confirmación de la validez legal de un precepto (el art. 4.3. de la Ley 4/2012) cuyos argumentos podrían extrapolarse, si bien parcialmente, a cualquier otro contrato, y ser utilizados por la negociación colectiva para establecer duraciones muy amplias del período de prueba. De esta forma, hay quien considera que la anterior doctrina queda matizada por la tesis constitucional contenida en la STC 119/2014"[316].

Otras Sentencias, sin embargo, aprecian el abuso de derecho, no tanto en el establecimiento inicial de un largo período de prueba, sino en la auténtica "instrumentalización", de manera perversa, que puede hacerse del mismo, por parte de la empresa. Como muestra de ello, la STSJ Madrid 9 diciembre 2011[317], que analiza el supuesto de una mercantil que acude a un contrato indefinido, con previsión de período de prueba, en el mismo, aparentemente razonable (3 meses), siendo consciente de que el objeto de la contratación era claramente temporal, acotado en el tiempo e inferior al citado período de prueba, de donde concluye la existencia de un abuso patente de esta institución[318].

---

[315] Seguidas por las STC 8/2015y STC 140/295.

[316] Para L. LÓPEZ CUMBRE: "La duración del período de prueba a debate", *Análisis Gómez Acebo&Pombo*, Septiembre 2014, pág. 5, analizando el período de prueba de un año en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores, "la vinculación de la coyuntura económica al incremento de la duración del período de prueba con la consecuencia de ampliar los supuestos de extinción sin causa y sin indemnización" es una tesis que podría ser aceptada también por la negociación colectiva, incorporándose en un futuro a sus relaciones laborales, con unos límites aún por descubrir.

[317] AS 2011/3139.

[318] Los hechos declarados probados reflejan cómo la empresa "concertó una contrata el día 4/5/10 cuyo objeto era la ejecución de un proyecto informático, para cuya realización contrató a dos trabajadores (Sara y Herminio) los días 19/5/10 y 24/5/10, asignándoles los cometidos propios de la contrata en cuestión. El contrato laboral concertado fue indefinido, lo cual explica que ambos trabajadores renunciaran a las becas remuneradas que venían disfrutando, pues de otro modo difícilmente se hubiese producido esa renuncia a cambio de un contrato para obra o servicio determinado cuya duración inicial estaba prevista sólo para poco más de un mes (de 4/5/10 a 15/6/10). Precisamente esa escasa duración es lo que explica que el período de prueba máximo convencionalmente permitido (6 meses) se redujese a la mitad, pues, contando con la hipótesis de que la contrata, en lugar de durar 1 mes y 10 días, se alargase más tiempo, el plazo de 3 meses de período de prueba era suficiente para cubrir ese posible alargamiento. Lo que ocurre es que en la realidad la contrata se alargó más de lo previsto, más de 3 meses, y ésa fue la razón por la que la empresa, al ver que terminaba el período de prueba de los trabajadores, no pudo esperar más tiempo para

C. CÓMPUTO DE LOS PLAZOS

Partiendo de las consecuencias que, en materia de período de prueba, tienen su establecimiento, su determinación temporal y la propia superación de su duración, no está de más confirmar que, también en este ámbito, rigen las reglas de determinación de plazos del Código Civil, sin que existan singularidades relevantes que permitan afirmar lo contrario; hemos de entender, así, que de haberse pactado por meses, habrá de computarse el pacto de prueba de fecha a fecha, mientras que, si se establece en días, habremos de estar a los días naturales, todo ello, claro está, salvo acuerdo en contrario[319]. Y ello aunque pueda considerarse que en períodos de prueba de corta duración, la inactividad propia de los días de descanso semanal y cualquier eventualidad que impida la prestación del servicio (causas climatológicas, fuerza mayor, etc.) limitarán la propia experimentación del contrato, reduciendo, con ello, las posibilidades de verificación, por el empresario, de las cualidades del nuevo empleado.

Así lo estableció la STSJ Cataluña 17 enero 1992[320], al indicar que "en el cómputo de un período de prueba conforme al art. 14 del Estatuto de los Trabajadores se trata de conocer la actividad del trabajador y de que éste a su vez conozca a la empresa, pudiendo durante este plazo de mutuo conocimiento rescindir ambos la relación sin sujeción a plazo de preaviso en el caso del trabajador o a las exigencias formales y

---

mantener sus contratos y los extinguió invocando la falta de superación del período de prueba, pese a que todo indica, tal como recoge la fundamentación de la sentencia, que las actividades de ambos trabajadores merecían elogio, y, más aún, la empresa ahora recurrente, ante al temor a perder al Sr. Herminio, le subió el sueldo de 20.000 euros a 32.000 euros; es decir, en el plazo de un mes (de 24/5/10 a 25/6/10) lo incrementó más de un 50%, lo que es del todo incompatible con la indicación dos meses más tarde de que el trabajador no satisfacía las expectativas de la empresa, y pone en evidencia la instrumentalización por parte de ésta de los trabajadores, y su patente abuso, utilizado en su exclusivo beneficio crematístico (asegurarse la ejecución de la referida contrata), sin la menor consideración al perjuicio que podría causar a los trabajadores, a quienes indujo a renunciar a una beca remunerada e incluso, en el caso del Sr. Herminio, a desplazarse de ciudad, bajo la aparente concertación de una relación laboral sólida, cuando en la realidad la empresa sabía que esa relación era totalmente efímera".

[319] Con todo, en la STSJ Madrid 29 junio 1998 (AS 1998/5554), el Tribunal censura a los contratantes, que establecieron en el contrato de trabajo un período de prueba de sesenta días naturales, cuando en el convenio colectivo de aplicación se fijaba una duración máxima, para éste, de dos meses, de manera que, producido el cese del trabajador, podría ser calificado como desistimiento, en aplicación, por días naturales, del plazo fijado por los contratantes, o como despido, en aplicación del cómputo por meses, según las reglas del Código Civil. Pues bien, la sentencia viene a indicar que la fijación de un período de prueba de 60 días hábiles es contraria a la norma convencional y a la propia normativa legal que establece el derecho mínimo necesario, e irrenunciable por mor de lo dispuesto en el artículo 3.5 ET. Tal cláusula, ni puede producir efectos por lo dicho ni puede obviarse haciendo un cómputo de fechas contrario al citado artículo 5 del Código Civil.

[320] AS 1992/296.

sustanciales del despido cuando del empresario se trata (por lo que) el cómputo del período de prueba se inicia el mismo día de comienzo de la actividad, salvo que otra cosa se pacte en contrario", y "si se trata de un plazo fijado en días por propia decisión de las partes",… debe ser computado en días naturales (no laborables), conforme a la regla general de los plazos civiles. En el mismo sentido se pronunció la STSJ Madrid 5 diciembre 2001[321], que añade que "no puede aceptarse la prolongación del período de prueba ni un día más de la duración que legalmente o por convenio colectivo le corresponda, ni es posible flexibilidad alguna en esta materia"[322].

Siendo también ésta la regla doctrinal[323] predominante, existen no obstante algunos pronunciamientos judiciales que se han inclinado por el carácter "laborable" de los plazos, al entender que si la jornada de trabajo está establecida en el Convenio Colectivo de lunes a viernes, entonces el período de prueba excluirá de su cómputo, no sólo el domingo, sino también el sábado (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 2 abril 2014 (AS 2014/154395), que valida la postura empresarial contraria a la existencia de despido improcedente, indicando que "El Convenio Colectivo de la Construcción de la Provincia de Barcelona, periodo de 2012 a 2015 en su artículo 38-2 señala que <la jornada de trabajo se distribuirá semanalmente de lunes a viernes>, en consecuencia el computo de 14 días laborables ha de realizarse excluyendo los sábados

---

[321] JUR 2002\56629: "Habiendo comenzado el contrato de trabajo el 3 de abril, la duración de 15 días determina que el período de prueba expira el 17, siendo éste el último día de dicho período, ya que se trata de días naturales conforme al art. 5.2 del Código Civil. Es claro que en la fecha en que recibe la actora la comunicación, el 18 de abril, en este día el contrato de trabajo ya no se hallaba en período de prueba, y menos todavía el 20 de abril, que es la fecha de efectos de la extinción según la aludida comunicación, y que en realidad es la que ha de tenerse en cuenta.

[322] Para A. MARTÍN VALVERDE: (Bibl. cit.), pág. 257, el hecho de que el período de prueba venga justificado por la necesidad de experimentación no impide que el cómputo de sus plazos se haga en días naturales, sin que quepa descontar del mismo "fechas aisladas", cuyo carácter no laborable "era totalmente previsible en el momento de la celebración del contrato". Añadiendo O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 68, que dicha imposibilidad de descontar días no laborables no procede "no solo 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".

[323] A. L. de VAL TENA: *Pacto de prueba…*, cit., pág. 138, viene a sintetizar las reglas de cómputo del plazo del período de prueba, señalando que el mismo se inicia siempre el día en que da comienzo la prestación efectiva de trabajo y finaliza en los términos acordados por las partes, respetando lo regulado en el convenio colectivo o en la ley. Si se ha establecido el plazo por "días", habrá que estar a los naturales, salvo disposición contraria en convenio o contrato individual, ya que cuando el legislador ha querido establecer lo contrario, lo ha hecho (véase anterior redacción del art. 14 que establecía un máximo de quince días "hábiles" para la prueba de los trabajadores no cualificados). Cuando se fija por "meses", habrá de computarse de acuerdo a las reglas civiles, esto es, de fecha a fecha, y cuando en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes (art. 5 CC).

lo que determina que el periodo de prueba finalizara el día 3 de Septiembre por lo que cuándo el día 31 se notificó la extinción del contrato por no superación del mismo el plazo no había aún expirado".

En la misma línea, la STSJ Comunidad Valenciana 14 febrero 2003 (AS 2003/2915), en interpretación de cómo deben computarse los plazos que se pactan de período de prueba, cuando la referencia se hace por meses o por días, ha entendido que «una interpretación finalista o teleológica de la institución del período de prueba lleva a concluir que cuando el período de prueba se pacta por días deben computarse los efectivamente trabajados, solución que indica, ha sido igualmente compartida por pronunciamientos anteriores de la misma Sala (SSTSJ Comunidad Valenciana 18 enero 2001 (JUR 2001/165029 y AS 2001/2055), como por otros Tribunales Superiores de Justicia, citando STSJ Galicia 25 septiembre 1998 (AS 1998/6328)[324] o STSJ Islas Canarias / Las Palmas 31 octubre 1997 (AS 1997/5027)[325], posición que "resulta ser la más acorde a la excepcional de una institución como ésta, que exige ser aplicada con rigor y sin extensiones temporales, pues ello resulta contrario a su naturaleza y finalidad".

Más pacífico es que el primer día del período de prueba coincide con el primero de contratación del trabajador, no iniciándose al día siguiente, como si de la impugnación de una decisión empresarial se tratase[326].

Con respecto al término final, la comunicación empresarial de desistimiento ha de realizarse, para ser válida, antes de que finalice la jornada de trabajo del último día fijado como período de prueba, no extendiéndose la posibilidad de desistir del contrato hasta las 24 horas del día en cuestión si la jornada de trabajo finaliza antes. Así lo

[324] En esta sentencia, la solución se antoja más sencilla, a la vista de la cláusula 4ª del contrato suscrito, que hacía referencia expresa a "un período de prueba de 30 días laborables".

[325] Que acude, como criterio interpretativo, a que "como laborables los calificaba el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores de 1980, antes de la reforma", de manera que "no cabe interpretar el citado plazo de 15 días (fijados en el contrato de trabajo) como días naturales, y no laborales, con la finalidad de computar un día más al efecto de calificar el cese del actor como despido improcedente".

[326] En sentido contrario, STSJ Madrid 8 noviembre 2012 (JUR 2013/17075), en una curiosa resolución viene a señalar que según el art. 5 CC, en un plazo señalado por meses, el cómputo se realiza de fecha a fecha, excluyendo el día inicial (SSTS-1ª 17-11-2000 , 6-2-1989, 18-5-1991, 3-10-1990), es decir, como indica la máxima "dies a quo non computatur in termino, dies ad quem computatur".

entendió la STSJ Castilla León/Burgos 11 enero 1999[327], en un supuesto en el que, siendo el contrato de fecha 17 de julio de 1998, se estipuló un período de prueba de 15 días, comunicando verbalmente el empresario al actor que quedaba despedido el día 31 de julio de 1998 cuando se encontraba cenando en la casa cedida por la empresa demandada, habiendo culminado su jornada laboral a las 10 horas; en estas circunstancias, el Tribunal se plantea si cuando el empresario comunicó verbalmente al actor que quedaba despedido, había o no transcurrido el período de prueba, a lo que responde afirmativamente, por entender que cuando el empresario efectuó la comunicación del despido, el actor ya había superado el día 15 del período de prueba estipulado al final de la jornada del día 31 de julio de 1998 que terminó a las 10 horas, no pudiendo considerarse como fin del período de prueba las 12 de la noche del día 31 de julio de 1998, ya que si durante la jornada del último día del período de prueba no se le comunicó que no había superado el período de prueba, ha de entenderse que finalizada la jornada laboral de este último día, al actor había superado el período de prueba[328].

2. SUPUESTOS PARTICULARES

A. DURACIÓN COINCIDENTE DE LA RELACIÓN LABORAL Y DE LA PRUEBA

Cuestión particular es la de si, en la contratación temporal[329], es lícito que el trabajador pueda quedar sometido a prueba durante toda la vigencia de su contrato, de modo que al empresario le asista la opción de cesarlo libremente en cualquier momento; esto es, si el período de prueba puede tener la misma duración que la relación de trabajo a la que

[327] AS 1999/5578. Sentencia que responde negativamente a la empresa recurrente que pretendía computar el período de prueba contando únicamente los días hábiles, excluyendo los domingos y los festivos, a lo que se niega la Sala por considerar que en el contrato consta un período de prueba establecido de 15 días, sin que se haya consignado que fueran días hábiles, por lo que si no consta esta especificación, han de computarse los días naturales, y ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.2 del Código Civil, no pudiendo aplicarse por analogía, como pretendía el recurrente, el artículo 48 de la Ley 30/1992.

[328] En sentido contrario, STSJ Madrid 8 noviembre 2012 (JUR 2013/17075), para la cual, estando el plazo fijado en días, "hasta que complete por entero dicho último día,… es posible acordar la puesta en práctica de la previsión contractual".

[329] Pese a que la Ley lo contempla claramente, es más que cuestionable la fijación de períodos de prueba en contratos temporales, especialmente en los de corta duración, ya que, en estos casos, el compromiso adquirido por el empresario no es gravoso, pues basta con aguardar al fin del contrato para ponerle fin o hacerlo, anticipadamente, con un coste indemnizatorio mínimo.

acompaña[330]. La respuesta no es sencilla, si bien la primera reacción ante la pregunta es la de considerar su carácter abusivo, en la medida en que mantener a prueba al trabajador durante todo el tiempo que va a durar su contrato casa mal con su derecho a la estabilidad en el trabajo. No obstante, más que el dato de coincidencia entre ambos (el período de prueba y la duración del contrato) lo que debiera determinar el carácter abusivo del primero es que su duración no fuese necesaria para verificar las cualidades del trabajador; esto es, no importa que el período de prueba dure o no lo mismo que el contrato, puesto que lo trascendente es cuánta sea su duración desde el punto de vista del tiempo necesario para verificar las cualidades del trabajador (que debiera oscilar entre el mínimo necesario para llevar a cabo los cometidos de verificación propios del mismo y un máximo más allá del cual no quepa esperar que el empresario obtenga nuevos datos o informaciones acerca de las capacidades del trabajador), algo que, a su vez depende de otras circunstancias como la cualificación técnica del aspirante, las características del puesto, la complejidad de las tareas a desempeñar, etc.[331].

En este contexto, los tribunales han admitido la coincidencia del período de prueba con la duración del vínculo contractual, incluido el supuesto de duración de seis meses, si ello viene autorizado por el propio convenio colectivo, tal y como ha establecido la STS 4 marzo 2008 (RJ 2008/3482)[332], no considerándose abusivo el hecho de que la duración fijada para la prueba coincida con la del propio contrato[333].

El Alto Tribunal considera que para poder apreciar abuso de derecho "se requiere que se hayan acreditado circunstancias que determinen que no es razonable admitir la necesidad de un período de prueba tan largo para advertir la capacitación profesional en una actividad de las características de la demandante", considerando que en el caso de autos, tales circunstancias no concurrían. Para "apuntalar" su decisión, el Tribunal

---

[330] En estos términos lo plantea O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 72.

[331] O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 73.

[332] Con anterioridad, las SSTS 17 enero 1985 y 12 julio 1988 (RJ 1986/67 y RJ 1988/5805) admitieron el período de prueba en contratos temporales, en duración coincidente con la de éstos.

[333] El supuesto de hecho es el de una trabajadora contratada por una empresa de servicios inmobiliarios, para prestar servicios como comercial, a través de un contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción, con duración prevista desde el día 13 de enero de 2006 hasta el 12 de julio de 2006, en el que se estableció un período de prueba de 6 meses, ajustado al Convenio Colectivo de aplicación (BOE 15-07-2003, que permite establecer un período de prueba de 6 meses para los comerciales), procediéndose al desistimiento del contrato con fecha 6 de marzo de 2006.

utiliza además el argumento de que, en todo caso, el cese de la trabajadora se produjo en un momento inicial del contrato (antes de transcurrir dos de los seis meses de duración pactada), lo que permitiría despejar las dudas sobre el fraude de ley, argumento que consideramos debiera ser irrelevante si realmente el Tribunal considera no abusiva la fijación de un período de prueba de seis meses para poder verificar las cualidades, en ese caso, de un comercial de servicios inmobiliarios[334].

No obstante, observamos cómo los Tribunales sí tienen presente ese último argumento, sirviendo de muestra la más reciente STSJ Andalucía/Sevilla 7 marzo 2013[335]; en ella, el Tribunal considera que la coincidencia en duración del contrato de trabajo y del periodo de prueba "no puede sino reconocerse que aleja a esta institución de su finalidad y permite situaciones de abuso al tener el empresario la posibilidad de utilizar la vía del periodo de prueba no superado en cualquier momento de la relación laboral", si bien, en el caso que analiza, "lo cierto es que la empresa no ha agotado la duración del plazo pactado como periodo de prueba, sino que ha procedido a extinguir la relación laboral de la demandante a los cinco días de haberse iniciado el contrato", actuación (en la que) no es posible entrever fraude alguno, pues el periodo pactado como de prueba se ha utilizado dentro de parámetros de la más absoluta razonabilidad".

B. PERÍODO DE PRUEBA SUPERADOR DE LOS LÍMITES TEMPORALES LEGALES O CONVENCIONALES

La estipulación de un período de prueba por encima de los límites convencionales o, en defecto de éstos, de los máximos legales, no se ajustaría a Derecho, debiendo, en este caso, determinarse si la consecuencia es la nulidad del pacto de prueba, en su

[334] Para "fortalecer" su decisión, el Tribunal decide destacar las diferencias entre el supuesto enjuiciado y el de otros pronunciamientos muy cercanos, como el de la STS 12 noviembre 2007 (RJ 2008/701), en el que se declaró abusiva la cláusula de duración de dos años del período de prueba establecida para un promotor de entrada, razonándose allí que "no parece razonable admitir que el empresario necesite de un período de prueba tan largo para advertir la capacitación profesional en una actividad de estas características (la captación de clientes para anunciarse en una guía telefónica), que en principio no presenta -ni se describen- circunstancias tan particulares como para necesitar un período de prueba tan prolongado"; circunstancias éstas que el propio Tribunal declara "por completo ajenas" al supuesto que ahora resuelve.

[335] AS 2013/1675.

totalidad[336], o si, por el contrario, sólo tendrá ese carácter la parte que exceda de los antedichos topes[337].

La postura actual de nuestra Jurisprudencia atiende a la segunda consecuencia, de manera que el desistimiento empresarial que se produzca dentro del período ajustado al límite convencional o legal será válido, con independencia de haberse pactado en el contrato una duración mayor, siempre que no se haga uso de la facultad extintiva más allá de lo permitido por su norma reguladora. Postura que parte de la premisa de que la nulidad total del contrato de trabajo perjudica al trabajador, razón por la que el artículo 9.1 ET contiene un desarrollo del principio de conservación de los negocios jurídicos, articulando la preferencia a favor de la nulidad parcial del contrato, de modo que la nulidad de cláusulas concretas relativas al contenido de las obligaciones y los derechos solo provoca su expulsión, manteniendo su validez y eficacia el contrato de trabajo, completándose las cláusulas afectadas de nulidad (nulidad parcial) con lo dispuesto en las restantes fuentes del Derecho.

Así lo estableció, entre otras, la STSJ Madrid 30 noviembre 2001[338] que, aplicando el citado precepto estatutario, en cuanto a la nulidad parcial del contrato de trabajo, solo consideró nula la estipulación en lo referente a la duración del período de prueba, conservando su validez, en cambio, el acuerdo mismo de establecer un período de prueba, debiendo entenderse sustituida la parte nula (en ese caso, el establecimiento de un período de prueba de seis meses en el contrato de un trabajador que no era titulado) por lo establecido en el art. 14.1. ET (período de tres meses en empresa de menos de 25

---

[336] Postura inicialmente mantenida por la Jurisprudencia (STS 18 febrero 1988, RJ 1988/5486).

[337] Doctrina posterior, establecida desde STS 19 junio 1990 (RJ 1990/5486), con algunos antecedentes previos, como la STS 19 octubre 1987 (RJ 1987/7071), en la que "dado que se ha establecido en un contrato individual en materia de prueba un pacto menos favorable que el previsto en convenio colectivo, ha de reputarse nulo y sustituido por lo establecido en el propio Convenio".

[338] JUR 2002/43877. El trabajador recurrente sostenía que el pacto por el que se estipuló el período de prueba en su contrato, con duración de seis meses, como técnico titulado, era nulo porque el demandante no tenía esa condición, extrayendo la conclusión de que había que tener por no puesta la cláusula por no ser conforme a derecho. El Tribunal, sin embargo, estima que, aunque según el art. 14.1 ET, la duración del período de prueba para los trabajadores que no sean técnicos titulados, en empresas de menos de 25 trabajadores, como es el caso del demandante, no podrá exceder de tres meses, como el contrato del actor fue extinguido al mes y trece días, es claro que la decisión empresarial se ajustó a lo previsto en el contrato en cuanto a la estipulación de un período de prueba, y a la ley en lo relativo al tiempo de duración del mismo, siendo la norma legal la aplicable en cuanto a la duración, ya que en este punto el pacto era nulo.

trabajadores), ya que no se alegó convenio colectivo aplicable que regulase este extremo de forma distinta.

Y en idéntico sentido, la STSJ Cataluña 15 julio 2003[339], recuerda que la estipulación de un plazo de prueba superior al legalmente establecido resulta ineficaz en cuanto al exceso, pero sólo en cuanto a éste, remitiéndose a pronunciamientos anteriores del extinto Tribunal Central de Trabajo (Sentencia 17 enero 1984).

Más recientemente, la STSJ Aragón 26 septiembre 2013 confirma el mantenimiento de la línea doctrinal apuntada, al resolver un supuesto en el que, igualmente, se cuestionaba si "pactado en el contrato de trabajo un periodo de prueba con una duración superior al máximo fijado en el convenio colectivo, al extinguirse la relación laboral antes de transcurrir el plazo máximo fijado en la norma colectiva, la extinción contractual debe considerarse lícita"[340].

Cuestión singular es la que plantea la reciente STSJ Cantabria 30 octubre 2014[341], relativa a la aplicación retroactiva del nuevo Convenio colectivo. En efecto, una empresa santanderina dedicada al comercio textil, suscribió un contrato de trabajo con la trabajadora demandante (en fecha 6-09-2013), para prestar sus servicios como

---

[339] JUR 2003\213356.

[340] JUR 2013/114078. El recurrente alegaba que si el contrato de trabajo estableció un periodo de prueba de 90 días, superior al máximo previsto en el convenio colectivo para su categoría profesional (30 días), no debe considerarse nulo el pacto sino solo el exceso de plazo, por lo que, al haberse extinguido el contrato de trabajo el día 26 desde que se inició la prestación laboral, dentro pues del plazo máximo de 30 días previsto en la norma colectiva, debe desestimarse la demanda de despido. El recurrido entendía, al contrario, que el establecimiento de dicho pacto era nulo en su integridad, por lo que el cese constituía un despido improcedente. La sentencia, como hemos dicho, da la razón a la empresa recurrente.

Fuera de lo que es, propiamente, objeto de nuestro análisis, se atisba en la citada Sentencia un problema sobre el que no existe pronunciamiento expreso, al no haberse atendido los argumentos del trabajador. Nos referimos a la posible aplicación, por la empresa -de manera involuntaria o no-, de un Convenio Colectivo distinto al que legalmente corresponde ¿qué sucedería si el Convenio legalmente aplicable (distinto al contemplado por la empresa en su comunicación de cese) estableciese una duración del período de prueba menor a la reflejada en el contrato, de manera que el cese del trabajador se produjese dentro de los límites del convenio supuestamente aplicable, pero no de los del que realmente se ajusta a la relación laboral? Entiendo que, más allá de la seguridad jurídica que pueda otorgar a las partes la literalidad del contrato, habría de estarse a los límites establecidos en el convenio de aplicación, por desconocido que fuese para las partes al suscribir el contrato de trabajo. Cuestión conexa, y que también sugiere la lectura de esta sentencia, es la de si el trabajador, encuadrado profesionalmente en categoría distinta a la correspondiente a su prestación laboral, podría hacer valer las reglas convencionales en materia de duración del período de prueba, más allá de la clasificación formal contenida en el contrato; la respuesta, en mi opinión, habría de ser igualmente positiva. No aceptaríamos lo mismo si el que pretendiese beneficiarse de la divergencia fuese el empresario, cuyo papel de superioridad en la relación laboral no debiera permitirle aprovecharse de un defectuoso encuadramiento propiciado por él mismo.

[341] JUR 2015/14147.

dependienta, en un momento en que había expirado (desde 31-12-2011), sin norma alguna que previese su ultra-actividad, la vigencia del Convenio colectivo que, en materia de prueba, establecía una duración de un mes para esa categoría de trabajadores. En el contrato de trabajo se pactó expresamente un período de prueba de dos meses. Con fecha 31-10-2013, la empresa comunica a su empleada la decisión extintiva por no superar el período de prueba. Con fecha 22-11-2013, se publica en el Boletín Oficial de Cantabria un nuevo Convenio para el comercio textil, con vigencia retroactiva desde 1-01-2012, estableciendo las mismas cláusulas en materia de prueba que su antecesor (máximo un mes para estos contratos). La empresa consideraba que la extinción del contrato, de acuerdo con el período de prueba en él estipulado, ajustado a las normas legales que regían, en defecto de convenio, tanto en el momento del contrato como en el cese (Art. 14 ET, que establece un período de dos meses, para estos contratos) era válida, pues no habrían transcurrido los citados dos meses establecidos en el contrato y en dicha disposición legal. La trabajadora, en cambio, reclamó la aplicación del nuevo Convenio que, de forma retroactiva, estipulada por los propios negociadores, establecía, desde 1-1-2012 (y por tanto, en el momento de suscripción del contrato y del desistimiento) un período de prueba de un mes. Solución que es compartida por el Tribunal, que determina que "la aplicación retroactiva del nuevo convenio colectivo a la relación laboral de la actora resulta clara"[342], pues, "con independencia de su publicación (repárese que es posterior al propio cese de la trabajadora)[343], lo cierto es que la vigencia pactada de la norma comprendía desde 1-01-2012 hasta el 31-12-2014", por lo que tanto el contrato como el cese se produjeron durante su vigencia. Como al tiempo de la extinción, había concluido el plazo de un mes previsto en la norma convencional aplicable para el período de prueba, su cese ha de considerarse un despido improcedente.

[342] Ciertamente, y aunque es un supuesto límite, compartimos la decisión del Tribunal, pues la aplicación retroactiva de las normas convencionales ha sido admitida por la Jurisprudencia, confirmándose su aplicación "a todos los trabajadores que hayan prestado servicios en la empresa durante el período de vigencia retroactiva de la norma y ello aun cuando la relación laboral se haya extinguido al tiempo de la entrada en vigor del convenio (STS 29 diciembre 2004, RJ 2005/2309). De hecho el Art. 9.3. CE sólo prohíbe la retroactividad de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales.

[343] Tremenda "agilidad" demostró la demandante al interponer, dentro de plazo, la papeleta de conciliación por despido, pues, en la fecha de publicación del Convenio en el BOC, ya habían transcurrido 15 de los 20 días hábiles para impugnar el cese.

C. SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN CONTRACTUAL

Es el propio devenir del contrato de trabajo, cuya fase inicial hayan acomodado las partes a un período de prueba, el que permite a los contratantes, en la experimentación diaria de aquel, comprobar si la prestación de servicios iniciada en régimen de ajenidad, merece ser consolidada, decisión esta última, acuciada temporalmente por el propio vencimiento temporal de dicho período de prueba, lícitamente determinado.

Decisión ésta que, seguramente, no será consensuada ni compartida, ya que normalmente, y al margen de la mayor o menor satisfacción que esta experiencia pueda producir, lo cierto es que, casi siempre, encontraremos en una de las partes, el trabajador, la priorización del interés por mantener su empleo. De esta forma, las partes, particularmente el empresario, deben utilizar la fase de prueba ajustándola a su sentido propio, pues el transcurso de la misma impedirá indefectiblemente la ulterior resolución *ad nutum*, sin que quepa argumentar entonces que el período de prueba establecido no fue suficiente para conocer, en sentido amplio, las condiciones del trabajador.

Partiendo de esta premisa, un transcurso sin incidencias del período de prueba fijado (con la amplitud que los contratantes hayan considerado precisa dentro del marco normativo necesario) debe permitir a las partes llevar a cabo la experimentación que determinará la voluntad de optar, antes del vencimiento de la prueba, entre mantener el vínculo laboral o negar al trabajador su continuidad y consiguiente inclusión definitiva en la "plantilla".

Por el contrario, las situaciones que impidan, por tiempo determinado, acometer la prestación de servicios contratada, dificultarán la experimentación del contrato y, con ello, alcanzar una decisión mesurada sobre la continuidad del trabajador, salvo que aquella interrupción se produzca en un momento avanzado de la fase probatoria en la que el empresario haya alcanzado ya el convencimiento en uno u otro sentido.

Tales circunstancias determinantes de la falta de prestación de servicios y, con ello, de la imposibilidad de experimentación son, obviamente, muy variadas: períodos de descanso semanal y vacacionales, festivos, permisos retribuidos, períodos entre campañas de actividad discontinua, etc., no presentando éstos mayor problemática, en la medida en que, o bien, son claramente previsibles y, por tanto, tenidos en cuenta al fijar la extensión del período de prueba, o bien dependen de la propia decisión empresarial, a veces concurrente con la del trabajador.

Ocuparán nuestra atención, por tanto, aquellas situaciones suspensivas del contrato de trabajo[344] cuya falta de previsión al concertar inicialmente la duración del pacto de prueba, se convierte en inconveniente sobrevenido para la experimentación del contrato, en cuanto acaecimiento posterior al inicio del contrato que impide temporalmente su ejecución.

Con carácter general, el art. 45 ET hace referencia a las siguientes causas suspensivas: a) Mutuo acuerdo de la partes; b) Las consignadas válidamente en el contrato; c) Incapacidad temporal de los trabajadores; d) Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple; e) Cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria (aún se mantiene en el texto); f) Ejercicio de cargo público representativo; g) Privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria; h) Suspensión de sueldo y empleo, por razones disciplinarias; i) Fuerza mayor temporal; j) Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; k) Excedencia forzosa; l) Por el ejercicio del derecho de huelga; m) Cierre legal de la empresa; n) Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género[345].

Es obvio que estas situaciones suspensivas del contrato de trabajo, eliminarán, o al menos reducirán notablemente, las posibilidades de verificación inherentes al pacto de prueba, pacto cuya causa o razón de ser no es otra que la de "realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba" (art. 14.1 ET), de modo que, si el transcurso del período de prueba no se detiene durante el tiempo en que se interrumpe la prestación de

[344] La suspensión del contrato de trabajo, por causas debidas al trabajador, al empresario, o ajenas a ambos, conlleva la exoneración temporal de trabajar y remunerar los servicios recibidos, perviviendo, no obstante el vínculo jurídico, afectando la interrupción inherente a la misma, a la ejecución del contrato, pero no al vínculo, que se reanuda cuando desaparece la causa suspensiva.

[345] Aunque el art. 45 parece contener una enumeración tasada, existen otras causas de suspensión del contrato más allá del precepto y de la propia determinación de las parte a título individual o mediante convenio colectivo, tales como: la previsible revisión por mejoría de la incapacidad permanente en el supuesto del art. 48.2 ET; la suspensión de actividad por parte de la empresa usuaria que impida la prestación laboral por los trabajadores cedidos; la promoción a alto cargo por parte de trabajador con relación laboral común, etc.

servicios, produciéndose su posterior alargamiento por el tiempo en que no hubo prestación laboral, quedaría aquel muy desvirtuado en su finalidad[346].

No obstante, el precepto encargado de definir el régimen jurídico del período de prueba únicamente establece, a este respecto, que "las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, y adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad, que afecten al trabajador durante el período de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes" (art. 14.3 pfo. 2º ET). Esto es, únicamente identifica unas determinadas causas suspensivas con incidencia en el período de prueba, a las que no anuda efecto interruptivo alguno salvo establecimiento expreso por parte de los contratantes[347].

Como sostiene, desde largo, la Doctrina, "uno de los aspectos más problemáticos relacionados con la duración del período de prueba guarda relación con la concurrencia de situaciones suspensivas"[348]. En efecto, aunque la norma estatutaria establece, con claridad, la exigencia de acuerdo expreso para que las situaciones suspensivas en ella consignadas produzcan la interrupción del período de prueba, no indica, sin embargo, nada en relación al resto de causas suspensivas; no define en qué situación quedan las partes durante la eventual interrupción; ni si existen límites a la libertad de desistimiento durante las situaciones suspensivas, exista o no acuerdo de interrupción del período de prueba.

Lo que sí deriva, con claridad, del término "cómputo" del plazo, es que si se acuerda la interrupción del mismo al concurrir una de las causas suspensivas, procederá la paralización de aquel, coincidente con la interrupción de la prestación laboral, y su

---

[346] Para O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba*… (Bibl. cit.), pág. 41, si no hay prestación efectiva de trabajo, desaparece la posibilidad de estudiar y verificar las cualidades del trabajador, por lo que el período de prueba debiera quedar "desactivado", descontándose el tiempo de inactividad y añadiéndose luego, una vez reiniciada la actividad laboral. Más este autor también reconoce que "no hace falta que esté habiendo actividad laboral para que el empresario llegue a tener conocimiento de tales cualidades: aun sin prestación efectiva de trabajo, una determinada conducta del trabajador que evidenciara incumplimiento de sus deberes personales y de buena fe exteriorizará sin duda una falta de adecuación para la empresa que justificaría que ésta pudiera prescindir de sus servicios invocando a tal efecto el período de prueba.

[347] No establece el precepto estatutario ningún requisito formal o temporal a dicha especificación sobre la interrupción durante tales situaciones de suspensión, por lo que podemos aceptar su validez aun no constando por escrito, así como su concreción una vez iniciado el contrato, a diferencia de lo que sucede con el establecimiento del propio período de prueba.

[348] M. A. BALLESTER PASTOR: *El Período de prueba* (Bibl. cit.), pág. 60.

reanudación, por lo días no consumidos (nunca nuevo comienzo), hasta la conclusión íntegra del mismo, salvo cese anterior.

La opción legislativa de no considerar, como efecto "natural", la interrupción del período de prueba durante las situaciones suspensivas que cita (de manera que de no mediar acuerdo de interrupción[349], el plazo de duración del período de prueba sigue computando, pese a la imposibilidad efectiva de prestación de servicios) no ha sido objeto de elogio, y es que, en la premisa lógica antes utilizada, si no es posible verificar las aptitudes profesionales del trabajador (las personales, prácticamente tampoco) mientras su contrato se encuentra suspendido, lógico es que también quede interrumpida esa fase de verificación que es el período de prueba[350].

Con respecto al resto de causas suspensivas del art. 45 ET, en defecto de previsión legal, y faltando pacto expreso de las partes, caben dos opciones: considerar que durante las mismas se produce un alargamiento automático del período de prueba o, por el contrario, entender que, en el esquema marcado para las causas sí contempladas, se impone la no interrupción de la prueba. Con todo, efectuando una lectura, a sensu contrario, del art. 14.3 ET, podríamos considerar que el resto de causas suspensivas no contempladas en el mismo, que provocan el cese efectivo de la actividad laboral, vienen a interrumpir automáticamente el período de prueba, reabriéndose una vez desaparecida la circunstancia que determinaba la imposibilidad de prestar los servicios.

A nivel judicial, se viene aceptando como regla general, a diferencia de lo que sucede con los supuestos contemplados en el art. 14.3 ET, que la suspensión del contrato por esas otras causas interrumpe el período de prueba, de manera que, una vez rehabilitada la prestación de servicios, el mismo se reanudará, ampliándose hasta agotar en integridad su plazo. En este sentido, la STSJ Castilla León / Valladolid 23 marzo 1992 (AS 1992/1453), en relación a la causa suspensiva representada, entonces, por el servicio militar, señalaba expresamente que, si el art. 14 ET, sólo hace referencia a la incapacidad laboral transitoria (así denominada entonces la incapacidad temporal) que exige pacto expreso para que interrumpa el período de prueba, y nada dice sobre la

[349] En realidad, en la mayoría de los casos, más que por "acuerdo" entre las partes, la inclusión del citado efecto interruptivo dependerá, no ya de la voluntad empresarial, sino de la inserción en el "modelo" de contrato por parte de la Asesoría de la empresa.

[350] Para M. A. BALLESTER PASTOR: *El período de prueba* (Bibl. cit.), pág. 60, el alargamiento automático en estos casos es una solución lógica que beneficia tanto a empresario como a trabajador.

incidencia de la suspensión del contrato de trabajo sobre el período de prueba, en cuanto al resto de causas suspensivas, debe entenderse que como regla general la suspensión del contrato por otras causas interrumpe el período de prueba, salvo la especialidad señalada, a la que se ha querido dar un tratamiento diferenciador por tratarse de una causa imprevista e inevitable.

Con todo, algún sector de la doctrina considera conveniente diferenciar, por sus elementos identitarios, cada una de las causas suspensivas no incluidas en el art. 14.3 ET, y contextualizarla, además, en atención a las circunstancias de cada caso. En este sentido, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ[351], hace referencia a la "intensidad de la causa suspensiva" para entender matizable el efecto de interrumpir el período de prueba cuando se trate de una suspensión corta o de baja intensidad; también resalta la dificultad de "rehabilitar" el vínculo interrumpido cuando se trata de contratos temporales de escasa duración, apostando, en estos casos por no "desactivar" el período de prueba; o, en fin, tiene en cuenta si la suspensión del contrato ha operado en interés del trabajador o por circunstancias inherentes a su propia persona, en cuyo caso, aboga por mantener la vigencia del período de prueba. Llama la atención también el autor sobre la poca probabilidad de que se produzca la suspensión del contrato por "sanción disciplinaria", pues lo lógico es que el empresario desista del contrato en caso de disconformidad con la actitud del trabajador, en lugar de acudir al régimen disciplinario; o de los riesgos de desistimiento empresarial durante una suspensión contractual por huelga, por la más que probable alegación, por el trabajador, de nulidad por actitud empresarial de represalia.

En última instancia, cuando se trate de suspensiones del contrato pactadas de mutuo acuerdo, los efectos serán los que las partes hayan fijado.

D. PARALIZACIÓN DEL CÓMPUTO DE LA PRUEBA

Con respecto a la suspensión del contrato inherente al inicio de una situación de incapacidad temporal, prestación maternal, etc., es sabido que, entre los efectos de dicha suspensión no se encuentra, desde luego, la limitación de la facultad empresarial de dar por extinguido el contrato de trabajo siempre que acaezca una causa habilitante

[351] O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), págs. 41 y ss. El autor hace un detenido estudio de las diferentes causas suspensivas, y de la conveniencia de anudar o no efecto interruptivo en virtud de diversas circunstancias.

(piénsese en un motivo disciplinario o una razón organizativa, como puede ser un cese en el negocio).

Esto es, en una relación de trabajo ordinaria, superado en su caso el período de prueba, la concurrencia de una causa suspensiva del contrato no impide, por sí misma, el ejercicio de las facultades resolutorias. Ahora bien, encontrándose el contrato de trabajo en una fase "especial", como es la prueba, hay que analizar hasta qué punto la anterior afirmación sigue siendo válida y, en su caso, si existen respuestas diversas en función de que las partes hayan acordado o no la interrupción del período probatorio durante el tiempo en que se mantenga la suspensión del contrato.

Esto es, ha de responderse, en primer término, si durante la situación suspensiva del contrato de trabajo durante la fase de prueba, no habiéndose pactado la interrupción de la misma, *ex*. art. 14.3 ET, existe algún impedimento por el que no pueda el empresario acudir a la facultad resolutoria *ad nutum*; si la respuesta es afirmativa, inmediatamente habremos de plantearnos si la misma capacidad resolutoria se mantiene cuando las partes hayan acordado expresamente la interrupción, teniendo en cuenta, en este último caso, que lo que la ley refleja es la posibilidad de interrumpir el "cómputo" del período de prueba, más no el "período" de prueba mismo.

Pues bien, respondiendo a ambas cuestiones, hay que advertir que, salvo contadas excepciones[352], pocos obstáculos han encontrado nuestros tribunales[353] para validar decisiones empresariales de desistimiento durante la pervivencia de una causa suspensiva de las previstas en el art. 14 ET, tanto en supuestos en los que no figuraba pacto alguno de interrupción, como en aquellos en que expresamente las partes convinieron la interrupción de la prueba, habiéndose afirmado que la única consecuencia del acuerdo por el que se interrumpe el período de prueba es la ampliación del plazo estipulado en tanto tiempo como se haya prolongado la ausencia, sin que

[352] Como la representada por la STSJ País Vasco 25 noviembre 2008 (JUR 2011/291392), que entendió que en una situación sobrevenida de incapacidad temporal durante el período de prueba, las "partes no están obligadas a mantener la relación hasta la finalización de incapacidad temporal o la expiración del plazo de prueba", excepto en el supuesto de "interrupción del cómputo del plazo pactado" por "acuerdo entre las partes". Muy anterior en el tiempo, la STSJ 17 julio 1997 (AS 1997/3139) había establecido que "no puede la empresa aducir la falta de superación del período de prueba mientras el contrato se halla suspendido por incapacidad temporal, dado que también se halla suspendido aquí el citado período de prueba. El pacto entre las partes elimina la posibilidad de que la empresa se acoja a tal causa de desistimiento mientras perviva la suspensión por enfermedad".

[353] No estando en presencia de situaciones de abuso de derecho o vulneración de derechos fundamentales.

dicho pacto impida al empresario ejercer la facultad de desistimiento durante la suspensión del contrato.

En el primer caso, y prescindiendo conscientemente, de detallar antecedentes más o menos inmediatos, podemos destacar la STS 3 octubre 2008 (RJ 2009\116), dictada en un supuesto de desistimiento durante la situación de IT, habiendo las partes pactado expresamente, además de figurar así en el convenio colectivo, que la situación de incapacidad temporal "no interrumpiría"[354] el período de prueba, circunstancias en las que el Alto Tribunal viene a considerar válida la rescisión, sin necesidad de alegación de causa, mientras el período de prueba no haya concluido. Recuerda la Sala 4ª que, en aplicación del art. 14.2 ET, "durante el período de prueba la resolución de la relación laboral podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso", de manera que "la decisión de no proseguir la relación laboral, si se manifiesta antes de la duración del plazo de prueba estipulada (a salvo comportamientos abusivos o vulneradores de derechos fundamentales), no precisa especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora en cuanto que toda motivación es meramente subjetiva de quien la adopta"[355].

Dos meses más tarde, y con una contundencia que deja poco margen a la interpretación, la STS 12 diciembre 2008 (RJ 2009/257), despejó la otra incógnita. En el FD 2º, circunscribe la cuestión a determinar los efectos interruptivos del art. 14.3 en un supuesto en el que "se ha producido un acuerdo entre las partes en virtud del cual se decidió que las situaciones de incapacidad temporal o maternidad… que afecten al trabajador durante el período de prueba interrumpen el cómputo del mismo, y se trata de deducir si de dicho acuerdo celebrado conforme a lo previsto específicamente por el art. 14.3. del Estatuto, se puede interpretar que lo único que se produce en estos casos es una interrupción del cómputo del plazo como en su literalidad dispone el precepto, o si, por el contrario, no solo produce la interrupción en el mismo establecida sino, además, una inhibición de la facultad de desistimiento que viene reconocida como regla general en el apartado 2 del propio precepto legal, que solo volvería a actuarse cuando se reanudara la prestación laboral después del alta en la IT".

[354] Nótese que se trata de una referencia reiterativa o redundante, pues al mismo efecto se llega sin incluir cláusula alguna, en aplicación del propio precepto estatutario.

[355] La Sala cita sus previas SSTS 2 abril 2007 (RJ 2007/3193) y 6 julio 1990 (RJ 1990/6068). Supuesto similar encontramos en la STS 14 julio 1986 (RJ 1986/4125).

La repuesta del TS es que "el pacto de prórroga de la duración del período de prueba que la norma legal autoriza a celebrar inicialmente constituye una garantía para ambas partes en cuanto a que el período de prueba puede ser alargado más allá de los límites legales pero de ello no se desprende que la facultad empresarial de desistir del contrato quede enervada por la existencia de dicho paréntesis…por lo que, cuando el desistimiento se produce en el período de interrupción debe estimarse los efectos extintivos que le son propios, sin poder por ello hablar de despido improcedente…".

En un intento de "apuntalar" una solución que sabe polémica, acude el Alto Tribunal a una serie de consideraciones en virtud de las cuales, por la literalidad del precepto, su ubicación sistemática y el uso de reglas analógicas, no resulta posible adoptar una postura contraria, pues ésta sólo podría alcanzarse si del precepto estatutario se desprendiera una voluntad legislativa claramente encaminada a modificar el régimen jurídico del período de prueba, o si pudiera sostenerse que en situaciones análogas la conclusión legalmente establecida es otra; pero ni de la lectura del precepto ni de la ubicación del apartado 3 del art. 14 se puede desprender que fuera otra la intencionalidad en el mismo recogida, ni por otra parte, de situaciones semejantes legalmente previstas se puede desprender otra solución pues…, incluso en los supuestos de suspensión previstos en el art. 45 que son los más parecidos al que aquí se enjuicia, la facultad de extinguir el contrato de trabajo por cualquier causa legal permanece viva en cuanto que conforme a su apartado 2 el único efecto que produce la suspensión es la exoneración de las obligaciones de trabajar y remunerar el trabajo.

Con posterioridad, los órganos de suplicación, han seguido la línea marcada por el TS. Así la STSJ Cataluña 7 julio 2011 (JUR 2011/324582), resuelve el supuesto del trabajador cesado que alegaba la infracción del artículo 14 ET y de la cláusula de su contrato que fijaba un período de prueba de un mes, estableciéndose que la situación de IT interrumpirá el período de prueba pactado; según el trabajador, el empresario había errado al desistir en un momento en que el actor estaba en situación de IT, cuando no cabía alegar falta de superación del período de prueba, pues éste permanecía interrumpido por la IT según lo pactado en el contrato de trabajo. La Sala desestima su petición señalando que "el acuerdo de interrupción del cómputo en caso de IT no enerva la facultad empresarial de desistir del contrato durante el período de baja, de tal forma que la situación de enfermedad lo que produce es meramente la interrupción del cómputo, alargando el plazo legal por los días de baja por enfermedad, pero de ello no

se desprende que la facultad empresarial de desistir del contrato quede enervada por la existencia de dicho paréntesis".

En la misma línea, y sin importar que la decisión de cese durante el período de prueba se adoptase tan solo dos días después de comunicar el trabajador su situación de baja médica, la STSJ Andalucía/Granada 12 julio 2012 (JUR 2012/330648) reitera la posibilidad extintiva con independencia del pacto interruptivo expreso; en efecto, la actora había suscrito, con fecha 21-09-2011, contrato de obra o servicio para prestar sus servicios como limpiadora en un hotel de aquella ciudad, contrato que incluía un período de prueba de dos meses y la indicación de que "la situación de incapacidad temporal interrumpe el cómputo del período de prueba"; iniciada en 28-09-2011 una situación de IT por enfermedad común, la empresa rescinde su contrato con fecha 30-09-2011. Para validar la decisión empresarial, la Sala insiste en que la interrupción del cómputo del período de prueba no impide que durante la incapacidad temporal del trabajador, se ejecute la facultad que la ley reconoce a ambas partes para extinguir el contrato, empleando, como argumento adicional, que "lo mismo ocurre durante la vida del contrato de trabajo ya superado el periodo de prueba, pues el empresario puede extinguir el contrato por cualquiera de las causas legalmente establecidas, aun estando el contrato suspendido por la situación de IT"[356].

Como último pronunciamiento reseñable, hasta la fecha, del Tribunal Supremo, podemos hacer referencia a la STS 12 julio 2012 (RJ 2012/9598), que confirma la libertad de desistimiento durante la prueba, pese a encontrarse el contrato suspendido; aunque en este último supuesto constaba expresamente pacto de no interrupción, entendemos que la solución, en coherencia con la STS 12 diciembre 2008 (RJ 2009/257), habría sido la misma, de existir dicho acuerdo.

No obstante lo anterior, validada la posibilidad de cese incluso durante la situación suspensiva, con o sin pacto de interrupción del cómputo del período probatorio

[356] Se observa, en la Sala de Granada, el "forzado" cambio de criterio con respecto a anteriores pronunciamientos, como el de STSJ Andalucía/Granada 9 julio 2008 (AS 2008/3163). En este caso, el contrato de trabajo se inició el 30 de octubre y el 8 de noviembre comenzó el proceso de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, procediendo la empresa, de manera inmediata, al desistimiento, comportamiento que la Sala consideró entonces contrario al derecho fundamental a su integridad física y abusivo, al no poder utilizarse la cláusula de no superar el período de prueba cuando de manera involuntaria por dicho trabajador se encuentra incapacitado por el accidente que sufrió prestando servicios.

anudado, es posible declarar la ilegalidad del cese por cualquier causa atendible en Derecho, como pueda ser la ilicitud del propio pacto de prueba, por cualquiera de los motivos que pudiesen provocarlo (extralimitación de los términos del mismo con respecto a los máximos del convenio, inclusión pese a haberse desempeñado anteriormente las mismas funciones en la empresa, fijación de un período previsto para distinto grupo o categoría profesional, establecimiento verbal o posterior al inicio de la prestación laboral, etc.). En tales casos, la ilicitud del cese procederá por causa distinta e independiente al estado de suspensión del contrato y/o del cómputo de la prueba.

De esto último da cuenta, entre otras la STSJ Extremadura 1 julio 2011 (JUR 2011/317022), según la cual, "aunque es cierto que durante la situación de incapacidad temporal del trabajador puede ejercitarse por el empresario su derecho a la resolución del contrato de trabajo si no ha transcurrido el período de prueba, la sentencia recurrida ha de ser confirmada porque en ella no se ha considerado despido improcedente la decisión empresarial porque el trabajador se hallara en dicha situación, sino porque el período de prueba concertado era ineficaz y el cese acordado carecía de cualquier otra justificación" (en el caso concreto, la ineficacia derivaba de su suscripción una vez iniciada la relación laboral).

En última instancia, de entenderse ilícito el ejercicio de la facultad de desistimiento por el empresario, habremos de distinguir si el mismo adoleció de vicio constitucional, en cuyo caso procederá, previa acreditación del panorama indiciario, la declaración de nulidad, o si, por el contrario, la decisión, es "simplemente" ilegal, ya que en este caso, la calificación será la de improcedencia, no la de nulidad, pese a que el trabajador se encuentre en una situación que reclame, ex arts. 53.4.a y 55.5.a ET, la calificación de nulidad "automática", pues, como se analiza en apartado independiente de este trabajo, la Jurisprudencia no considera trasladable dicho esquema "objetivo" al desistimiento durante el período de prueba. Con todo, cuanto más tiempo permanezca el trabajador inserto en la causa suspensiva más difícil resultará al empresario argumentar que el cese obedece al resultado negativo de la experimentación del contrato.

3. SUPUESTOS DE PREVIO CONOCIMIENTO DE LAS CUALIDADES DEL TRABAJADOR

El periodo de prueba está pensado para que las partes del contrato de trabajo puedan comprobar, en la práctica, cuáles son sus respectivas cualidades y permitirles la libre

separación de la relación laboral iniciada sin necesidad de arrostrar las consecuencias generales de ello en el caso de que no les interese mantener el contrato.

Por lo tanto, es lógico que la institución en estudio chirríe cuando las partes del contrato de trabajo ya poseen ese conocimiento recíproco. En particular, parece que puede perder su sentido cuando el empleador ya ha tenido ocasión de conocer y valorar la dimensión profesional del trabajador. En este apartado se trata de comprobar en qué medida esa apreciación abstracta e inicial se corresponde con el tenor de nuestro ordenamiento.

A. SUPUESTOS DE RECONTRATACIÓN

El art. 14 ET establece, en el párrafo 4º de su número 1, que "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"[357].

Con esta previsión, dotada de una lógica innegable, se advierte al empresario de la ilicitud que supone someter a un nuevo período de prueba a quien ya ha demostrado su aptitud en el desempeño de las tareas objeto de la nueva contratación. En efecto, si el período de prueba permite verificar mediante la realización de las experiencias propias del contrato, si el trabajador atesora las capacidades y cualidades requeridas, es evidente que no debe estipularse cuando el empresario tiene plena constancia de las mismas, so pena de permitir durante un tiempo concreto, sin justificación alguna, la libertad de desistimiento.

No obstante su coherencia, los términos en los que está redactado el precepto invitan a plantearse interesantes cuestiones, relativas a la identidad de las funciones, la naturaleza de la contratación previa, la temporalidad de la prohibición, el carácter total de la misma o la extensión del concepto "empresa", entre otras, por lo que vamos a intentar despejar el panorama actual en torno a alguno de dichos interrogantes.

a. Identidad del empleador

En la expresada dirección discursiva, una de las primeras dudas suscitadas es la relativa a si la limitación al establecimiento del período de prueba opera únicamente cuando el nuevo contrato se suscribe con la "misma" empresa titular del vínculo laboral anterior.

[357] Idéntica redacción mantenía antes de que el RDL 16/2013, de 20 de diciembre, al introducir un nuevo párrafo, hiciera que pasase del 3º al 4º párrafo, circunstancia que mencionamos ante la multitud de comentarios doctrinales sobre el precepto, que mantienen plena validez, si bien que en relación al cuarto párrafo del número 1º.

¿Qué alcance debemos dar a esa identidad subjetiva? ¿Qué sucede cuando ha mediado una subrogación empresarial? ¿Opera la prohibición entre las empresas de un grupo mercantil? ¿Cabe invocarla cuando los gestores de la empleadora estaban en otra empresa en la que prestó sus servicios el trabajador? ¿Y si estamos ante empresa de nuevo cuño, pero controlada por otra a cuya plantilla perteneció el empleado?

En este sentido, la interpretación literal de la norma permitiría concluir que el veto a la imposición de un nuevo período de prueba sólo se circunscribe al ámbito de la "misma" empresa en la que el trabajador prestó servicios con anterioridad[358]. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en una clara interpretación finalista del precepto, permite su aplicación en supuestos en los que, pese a tratarse de una empresa distinta, es claro el conocimiento por el nuevo empresario de las cualidades y aptitudes profesionales del trabajador contratado.

Esta es la respuesta que dio, en la STS 18 enero 2005[359], a un supuesto en el que la trabajadora había permanecido vinculada durante nueve meses a una sociedad ("Cultura y Turismo de Salamanca, SAU", cuyo accionista único era la entidad pública Consorcio Salamanca 2002), prestando sus servicios como administrativa. Dos días después de extinguido aquel contrato es contratada nuevamente por otra empresa distinta (la Fundación Centro de Arte de Salamanca, constituida por el Ayuntamiento de la ciudad), ahora con carácter indefinido, estableciéndose un período de prueba de tres meses, y dándose la circunstancia de que, pese a tratarse de un vínculo contractual distinto, las labores a desarrollar eran idénticas, se prestaban en el mismo centro de trabajo (edificio propiedad del Ayuntamiento adscrito al Consorcio Salamanca 2002), equipado con el preexistente material y mobiliario, bajo la supervisión de la misma persona de la que recibía órdenes en el contrato anterior.

En estas circunstancias, el Alto Tribunal, relacionando los artículos 14 ET y 7.2 CC, viene a concluir que existe abuso de derecho, por carecer de justificación alguna, la actuación empresarial que impuso un período de prueba a quien previamente había

[358] Teniendo en cuenta que la finalidad del período de prueba no es otra que posibilitar el conocimiento recíproco entre las partes del contrato, para que el empresario pueda valorar las aptitudes del trabajador y la conveniencia de mantener el vínculo contractual asumido, no puede considerarse nulo estipular un período de prueba cuando se firma un contrato de trabajo con una empresa distinta, aunque previamente se hayan realizado las mismas tareas en otra empresa (SSTSJ Madrid 7 mayo 2012 y 18 julio 2012, JUR 2012/322009 y JUR 2012/286265).

[359] RJ 2005/2425.

acreditado suficientemente su aptitud por el ejercicio precedente de iguales tareas, aptitud conocida además por la empresa, dadas las circunstancias concurrentes[360].

Se presume existente, de esta forma, el previo conocimiento de las cualidades del trabajador (lo que determina la nulidad del período de prueba), por las importantes conexiones entre ambas mercantiles, lo que permitía al empresario tener plena constancia de las aptitudes y cualidades del trabajador. Esta línea argumental fue pronto confirmada por el Tribunal Supremo en la STS 25 noviembre 2005[361], analizando un supuesto geográfica y materialmente similar.

Esta jurisprudencia ha sido seguida, de forma inmediata, por los órganos de suplicación, al resolver supuestos en los que, existiendo vínculo laboral con distinto titular empresarial, las conexiones entre ambos eran tales que no podía negarse, por parte del nuevo, el conocimiento de las cualidades y aptitudes profesionales del trabajador al que pretendía someter a prueba.

Ejemplo de ello es la STSJ Canarias 16 marzo 2006[362], que resuelve el supuesto de una trabajadora, terapeuta, contratada por tiempo indefinido, que es cesada por su empresario, el Instituto Social y Sociosanitario del Cabildo de Gran Canaria, por no superar el período de prueba (con duración de diez meses). Tal decisión se considera improcedente debido a que la misma trabajadora había venido prestando sus servicios en dependencias de dicho Instituto, pero de forma externalizada, a través de contrato de trabajo con la empresa "Eulen, S.A." (con quien el organismo público tenía suscrito contrato de arrendamiento de servicios). Se daba la circunstancia de que, además de superado el período de prueba con dicha mercantil, y de la larga duración del vínculo

---

[360] J. M. GONZÁLEZ del RÍO: "Nulidad del pacto sobre el período de prueba: una interpretación teleológica del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores", *Aranzadi* Social, núm. 4/2005 (BIB 2005/1094), pág. 85, aplaude la interpretación "espiritualista" y alejada de una interpretación meramente gramatical realizada por el Tribunal Supremo.

[361] RJ 2006/5925. En el ámbito de coordinación entre distintas entidades públicas con motivo de la declaración de Salamanca como ciudad europea de la cultura para 2002, una trabajadora desarrolló una misma actividad, en un contexto de "inmediata sucesión temporal de los contratos, realizando las funciones en el mismo edificio y con los mismos materiales y mobiliario y siempre bajo las órdenes directas de la misma persona, constando una misma presidencia de las distintas entidades (la del Alcalde); sentado lo anterior, carece de justificación la actuación empresarial, que impuso un período de prueba a quien previamente había acreditado suficientemente su aptitud por el ejercicio precedente de iguales tareas, aptitud conocida además por la empresa" …"pues 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.

[362] AS 2006/2427.

con aquella (dos años), el citado Instituto público disponía de una persona que actuaba como enlace o coordinador en el propio centro de trabajo para controlar el correcto funcionamiento del contrato de arrendamiento de servicios, persona que diariamente mantenía contacto con el personal del centro, incluida la trabajadora. En estas condiciones, el recurso formulado por el Instituto Social y Sociosanitario, basándose en la falta de identidad en la empresa contratante, es desestimado por la Sala, que acoge plenamente la anterior doctrina del TS, estableciendo que no "obsta el dato de que el IASS no hubiera figurado anteriormente como empleador formal de la actora", ya que "dicho Organismo ya había recibido durante dicho período los frutos de su trabajo como terapeuta ocupacional por la vía de la externalización o descentralización funcional concertada por el Instituto demandado con la empresa de servicios … siendo el organismo empleador plenamente consciente del desenvolvimiento profesional de la trabajadora", teniendo en cuenta que la misma "ya había prestado servicios anteriormente dentro del ámbito de organización y dirección" de aquel, por lo que el período de prueba de diez meses instaurado en el nuevo contrato se reputa ilegal y nulo[363].

En la misma línea, la STSJ Extremadura 27 diciembre 2006[364] considera acreditado el conocimiento de las aptitudes del trabajador por parte del nuevo empresario, en un supuesto de prestación sucesiva e ininterrumpida de servicios auxiliares para El Corte Inglés de Badajoz, considerando nulo el establecimiento del período de prueba con cita expresa de la doctrina fijada por la STS 18 enero 2005.

La STSJ Extremadura 18 septiembre 2008[365] también invoca y aplica la jurisprudencia reseñada, al considerar nulo el período de prueba establecido en el contrato de trabajo de un jardinero por parte de la UTE adjudicataria de la contrata de mantenimiento de jardines del Ayuntamiento de Plasencia. Se constata que el trabajador vino realizando las mismas tareas, primeramente para la UTE anteriormente adjudicataria (CEPSA S.A. y Magenta S.A.) y luego para el Ayuntamiento citado del que, sin solución de

[363] Sentencia que fue objeto de comentario por J. M. GONZÁLEZ del RÍO: "Nulidad del período…, cit. (BIB. 2006/1508).

[364] AS 2006/419.

[365] AS 2008/2509.

continuidad, es adscrito a la nueva adjudicataria de la contrata (UTE AGROFOREX-JARDINTEC-SUYCO)[366].

En definitiva, lo que esta jurisprudencia pretende es que el empresario no ponga a prueba a su empleado cuando previamente ya tiene conocimiento de su aptitud. Porque si la finalidad del período de prueba es, precisamente, que el empleador verifique que el trabajador es apto para prestar los servicios objeto del contrato[367], constituye abuso de derecho pactar un período de prueba cuando se es plenamente consciente de dicha capacidad. No existirá tal abuso cuando, concurriendo otro tipo de conexiones, esto último no suceda[368].

---

[366] Si bien el argumento utilizado se nos antoja algo escaso, al basar el Tribunal la ilegalidad de la cláusula de prueba pactada en el hecho de que "la (empresa) recurrente tenía conocimiento de que el demandada había prestado servicios para el Ayuntamiento en las mismas funciones para las que fue contratado, tal y como se extrae del pliego de cláusulas administrativas ya referidas, en las que en dicho momento sí figuraba el demandante como trabajador temporal, peón del servicio cuestionado". Parece, pues, suficiente, con que se hayan desempeñado anteriormente las mismas funciones, al margen del conocimiento que la nueva UTE tenga de las cualidades y aptitudes del trabajador, para que el pacto de prueba sea nulo. No obstante, la flexibilidad con la que esta Sentencia aborda la cuestión debe contextualizarse, entiendo, en el tipo de contrato: vínculo laboral con la UTE, que, por definición, no genera en el trabajador más que el derecho a mantener una vinculación temporal con aquella mientras dure su contrata, de manera que, permitir el desistimiento por no superar la prueba, a una entidad tan singular, ciertamente supondría una merma en el derecho a la estabilidad en el empleo de estos trabajadores que no llegan a adquirir la condición de indefinidos con tales mercantiles, al operar la subrogación automática por convenio colectivo. En similar sentido, la STSJ Asturias 12 julio 2002 (AS 2002/2291), en un supuesto en que el trabajador fue sucesivamente contratado, sin solución de continuidad, por dos empresas que realizaban determinadas contratas de obra para la empresa principal, considera que la finalidad del período de prueba pierde su justificación "cuando el trabajador al que se le impone un período de prueba tiene suficientemente acreditada su capacidad para el ejercicio precedente de iguales tareas".

[367] M. ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAAMONDE: *Derecho del Trabajo* (Bibl. cit.), pág. 332: "el objeto del período de prueba es, entre otros, la demostración de que el trabajador tiene, en efecto, la aptitud que dice tener".

[368] Es el caso resuelto por STSJ Madrid 7 mayo 2012 (JUR 2012/322009): "El supuesto resuelto por el TS en estas sentencias (en relación a las de 18 enero 2005 y 25 noviembre 2005) no es equiparable al aquí examinado. Coincide el dato de que se trata de un período de prueba pactado por empresa diferente a aquella para la que ya había prestado previamente servicios el trabajador, en el mismo centro y puesto de trabajo. Pero lo que caracteriza al supuesto de las citadas sentencias del TS es la especial vinculación que existía entre la primera empresa y la segunda, ambas relacionadas con la gestión de la capitalidad cultural de Salamanca, habiéndose declarado probado que el actor prestó servicios en las dos ocasiones bajo las órdenes directas de la misma persona. Esta circunstancia no concurre en el caso ahora examinado, ya que se trata de dos empresas contratistas de servicios completamente independientes, sin que se haya acreditado la menor relación entre ellas, ni tampoco que la nueva empresa o algún empleado suyo hubiera intervenido en alguna forma en la primera relación laboral del trabajador. Por ello, aunque se trate de un mismo puesto de trabajo, al haber sido contratado nuevamente el demandante por una nueva empresa, se ha de reconocer el derecho de ésta de pactar un período de prueba, pues para ella se trata de una relación laboral completamente nueva y no queda vinculada por la actuación de la anterior empresa. No se olvide que la sentencia ha rechazado la tesis de la subrogación empresarial, que fue mantenida en la instancia pero no se alega ya en el recurso. En conclusión, no puede apreciarse el fraude de ley o abuso de derecho que se alega, ni es de aplicación el último párrafo del art. 14.1 del ET.

b. Novaciones en el empleador, sucesión de empresas y ETTs

Las normas sobre sucesión empresarial impiden que el cambio de titularidad del empleador posibilite establecer un nuevo período de prueba a una relación laboral que se mantiene sin cambios, por lo que si se ha seguido un proceso de sucesión de empresas, en los términos del art. 44 ET, no será posible concertar un nuevo período de prueba[369]. Ello no obsta, eso sí, a que el nuevo empleador emplee la facultad de desistimiento del contrato, durante el período restante, si considera que el trabajador a prueba no reúne las condiciones precisas para estabilizar su situación laboral[370]. El problema para el empresario es que, si decide subrogarse en las relaciones laborales de la anterior empresa, lo hace asumiendo el respeto a los derechos laborales de la plantilla del antecesor, de manera que, si el trabajador acreditó su aptitud en aquel, hasta el punto de superar allí el período de prueba, y se cumplen los requisitos (legales y/o convencionales) para que opere la sucesión, no será posible el establecimiento, por el nuevo adjudicatario, de un período de prueba[371]. "Existiendo la sucesión de empresa entre las dos concesionarias y habiendo realizado el actor siempre las mismas funciones", será nulo el pacto de prueba que pueda establecerse[372].

Mayor complejidad comporta el establecimiento de períodos de prueba a trabajadores de Empresas de Trabajo Temporal, con motivo de su sucesiva puesta a disposición para diferentes empresas usuarias que reciben, por vez primera, sus servicios. La doctrina, reconociendo la dificultad de aplicar la cláusula prevista en el actual art. 14.1.4 ET a la relación del trabajador con la ETT (dado que las condiciones del puesto de trabajo en las diferentes empresas usuarias pueden ser totalmente diferentes) señala cómo la opinión predominante y la mayor parte de los Convenios Colectivos de este tipo de empresas permiten el establecimiento de períodos de prueba al comienzo de la

---

[369] STSJ Castilla y León 14 diciembre 2011 (AS 2011/3090).

[370] Considero que el nuevo titular no podrá ampliar la duración del período de prueba fijado por su antecesor, ni siquiera ajustándolo a los términos del Convenio Colectivo.

[371] En este sentido, la STSJ Asturias 13 noviembre 2009 (AS 2009/2637) señala que "habrá que concluir que a la empleadora le constaba la antigüedad real y, por ende, la aptitud del trabajador en el puesto de trabajo de vigilante de seguridad en el Polígono de Roces, como se desprende de sus propios actos al subrogarse en el contrato de trabajo del actor" de forma "pacífica y sin oponer reparo alguno", por lo que, "admitida aquella subrogación, en razón precisamente de que el trabajador cedido superaba ampliamente los 7 meses de prestación de servicios continuados en el mismo puesto y lugar de trabajo (requisito exigido por el Convenio Colectivo de aplicación), el período de prueba pactado es nulo".

[372] STSJ Castilla y León/Valladolid 14 diciembre 2011 (AS 2011/3090), STSJ Castilla León/Burgos 22 mayo 2013 (AS 2013/2708) y 23 julio 2013 (AS 2013/1541).

prestación de servicios en cada una de las empresas usuarias. Parten de que el propio ET hace hincapié en el desempeño previo de las mismas "funciones" prevaleciendo, de esta forma, el concepto de empresario como receptor de la prestación de servicios del trabajador. Lo determinante, pues, son las funciones que el trabajador ha de realizar para la "nueva" empresa usuaria y no el tiempo que pudiera permanecer contratado por la ETT. Desde esta perspectiva, los únicos supuestos en que se prohibiría la realización de períodos de prueba sucesivos serían aquellos en los que el trabajador hubiera sido contratado para realizar las mismas funciones en la misma empresa usuaria[373].

También se ha defendido la postura contraria ("contractualista"), partiendo de que el verdadero empresario del trabajador puesto a disposición es la ETT, empresa ésta con quien se ha concertado el contrato de trabajo y estipulado el período de prueba, de manera que, desde esta perspectiva, el art. 14.1.4º ET prohibiría la realización de más de un período de prueba en la misma ETT cuando el trabajador ya haya realizado las mismas funciones anteriormente, aunque haya sido en diferentes empresas, de manera que es la ETT la que habrá de acarrear con el riesgo de que el empleado pueda ser rechazado por determinada empresa usuaria[374].

c. Identidad de funciones

Pese a la claridad con la que el transcrito precepto limita el establecimiento del período de prueba a los supuestos en los que el trabajador hubiere desarrollado "las mismas funciones en la empresa", son varios los interrogantes que, en este punto, aparecen. Descartada por el legislador la categoría profesional, como parámetro de comparación, al igual que el ámbito geográfico representado por el centro de trabajo en el que se hubiesen prestado los servicios[375], se trata de definir el nivel de identidad que ha de darse entre las funciones actuales y las previas.

---

[373] C. CHACARTEGUI JÁVEGA: *Empresas de Trabajo Temporal y Contrato de Trabajo*, 2000, Tirant lo Blanch, Valencia.

[374] Comparto la postura de M.A. CASTRO ARGÜELLES: "Régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal", *Documentación Laboral*, núm. 44, 1994, pág. 48, para quien habría que entender, en este contexto, que las "mismas funciones" equivalen a la prestación de servicios equivalentes para empresas usuarias, sin que sea necesario que la empresa usuaria sea la misma.

[375] Antes de la reforma del precepto por Ley 11/1994, encontramos resoluciones en las que se validaba el establecimiento de un nuevo período de prueba cuando la categoría profesional del contrato anterior era distinta (STSJ Baleares 20 diciembre 1993, AS 1993/5353), o cuando el trabajo se había desarrollado en distinto centro de trabajo (STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 30 diciembre 1993, AS 1993/5236). Más recientemente podemos encontrar sentencias, como la STSJ La Rioja 23 octubre 2008 (AS 2008/6970) que consideran posible concertar un nuevo período de prueba para una diferente contratación

Este contraste entre las tareas pretéritas y las hodiernas es algo que, normalmente, será objeto de discusión en el proceso judicial que entable el trabajador al que se comunique el desistimiento durante la prueba del contrato. En ese escenario, el demandante intentará acreditar la realización previa de tareas idénticas o muy similares a las que son objeto del contrato, siendo en este ámbito muy amplia la facultad del Juez social al decidir el grado de similitud que permite considerar que las actuales son "las mismas" funciones que las anteriores[376]. A su vez, el órgano judicial habrá de tener en cuenta la "facilidad" con la que, dado el nivel de especialidad del trabajo actual, la empresa podrá diferenciar, si así lo pretende, los cometidos ahora contratados de los anteriormente realizados[377].

Relacionado con lo anterior, es claro que un cambio de suficiente entidad en las labores encomendadas[378], con respecto al contrato anterior, permitiría suscribir el correspondiente período de prueba, pues con respecto a las nuevas tareas no estaría acreditada la capacidad técnica, aunque sí lo estuviesen los aspectos relativos a la personalidad del trabajador. En este sentido, "en los supuestos en que las características de la actividad a desarrollar sean diferentes de las que llevó a cabo… en anteriores contratos, aunque la categoría profesional sea la misma en todos ellos, la diferencia en los sistemas de trabajo permite que en la nueva…, llevada a cabo para ocupación sustancialmente distinta,… pueda establecerse un período de prueba que permita conocer la adaptación del operario… a la nueva actividad"[379].

---

en la que se ejercerán funciones (es cierto que se califican de diferentes) en distinto centro de trabajo y bajo otro ámbito organizativo y de dirección, de donde se desprende que estos últimos elementos también se han tenido en consideración.

[376] Como ejemplo de lo indicado, la STSJ Andalucía/Granada 14 septiembre 2005 (JUR 2007/190269), consideró que "las funciones de coordinador del plan general de urbanismo pueden quedar incardinadas dentro de la función general de asesor municipal de urbanismo, en atención a que el período de prueba tiene como fin perfeccionar los conocimientos del trabajador y hacer ver al empresario la capacidad profesional de aquél (finalidad esta última de perfeccionamiento bastante poco frecuente en las resoluciones judiciales analizadas). La STSJ Castilla La Mancha 1 diciembre 2006 (AS 2007/47), considera similares las labores previas de "bombero incluido en el grupo profesional especialista forestal motoserrista" y las de "peón especialista forestal".

[377] Cfr. M. A. BALLESTER PASTOR: *El período de prueba* (Bibl. cit.), pág. 39: "la previa realización de funciones diferentes no excluye la calificación de abusividad cuando existan razones para pensar que el correcto desempeño de las tareas previas implica aptitud en las nuevas funciones (por ejemplo, en el caso de que las nuevas funciones sean de nivel inferior a las desempeñadas con anterioridad)".

[378] STSJ Cataluña 7 junio 1993 (AS 1993/2963).

[379] STSJ Comunidad Valenciana 11 junio 1996 (AS 1996/2409). En esta sentencia, la Sala sale además al paso de la denuncia de nulidad del despido esgrimida por el recurrente, que entendía el desistimiento

Excepción a lo dispuesto en el art. 14.1 ET *in fine* que, lógicamente, no se aplicará a los supuestos en que el cambio de cometidos encomendados se produzca durante la vigencia de la relación laboral, por ejemplo, por ascenso de categoría o modificación funcional, ya que en estos, el establecimiento de un período de prueba con facultad extintiva sería nulo[380].

Salvo mejor criterio, entendemos que subsisten importantes dudas acerca del modo en que haya de aquilatarse la identidad funcional referida. Sorprende que no haya habido ocasión de que la jurisprudencia se pronuncie sobre el particular y, ante el silencio de los convenios colectivos, harían bien en justificar la viabilidad de un concreto pacto de prueba quienes lo suscriben pese a haber mantenido una previa relación contractual con la misma persona.

d. Inocuidad de la previa modalidad contractual

El alcance de la prohibición, determinante de nulidad, de suscribir período de prueba cuando se han realizado las mismas funciones en la empresa "bajo cualquier modalidad de contratación", también genera no pocas dudas, pues, no existiendo éstas cuando lo que precede ha sido un contrato de trabajo, bajo cualquiera de sus modalidades[381], sí las hay cuando el contrato no tuvo naturaleza laboral o, incluso, no existió tal contrato.

En este contexto, cuando el vínculo previo se sustenta en un contrato no laboral (de servicios, de agencia, mercantil…), los pronunciamientos judiciales que deciden ajustarse a la literalidad del precepto, extienden la nulidad a estos supuestos[382]. Puesto que la dicción legal no distingue, deben entenderse incluidos en su expresión los supuestos de contratos extralaborales que comportan prestación de actividad (arrendamiento de servicios, agencia, comisión, fórmulas administrativas, etc.).

Los que, al contrario, enfocan la cuestión desde un punto de vista material no excluyen la posibilidad de establecer un período de prueba al contrato de trabajo, dadas las

---

empresarial durante el período de prueba como un despido nulo por su condición de minusválido, al verse discriminado por sus deficiencias técnicas.

[380] En este sentido, SAN 13 febrero 2007 (JUR 2007/250205) consideró nula la cláusula del convenio colectivo que estableció un período de adaptación al nuevo nivel profesional e imponía a tal efecto un nuevo período de prueba con posibilidad de extinguir el contrato sin indemnización.

[381] Incluida la relación laboral previa mediante contrato de puesta a disposición a través de ETT (STSJ País Vasco 8 octubre 1996, AS 1996/3710).

[382] STSJ Andalucía/Granada 14 septiembre 2005 (JUR 2007/190269).

singularidades en que ha de desenvolverse la prestación de servicios en este nuevo ámbito, el laboral, donde el "encaje" del trabajador en la organización empresarial es distinto. En efecto, "la relación previa… no impide el pacto de un período de prueba en el contrato de trabajo, puesto que el objeto del período de prueba no se limita a una eventual valoración de la cualidad 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 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[383].

No obstante, el conocido fenómeno de "huida del Derecho del Trabajo" determina, en no pocas ocasiones, la realidad de prestaciones de servicios en estricto régimen laboral (al darse todas las notas del art. 1.1 ET) enmascaradas como servicio externalizado en el que el prestador de servicios, afiliado normalmente al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, se inserta, de hecho, en el ámbito organizativo y directivo del empleador[384].

Más dudas se plantean cuando la previa vinculación no ha sido contractual, sino una prestación personal de servicios de naturaleza jurídica diversa (pensemos en supuestos de estancias formativas o servicios becados en empresas); en estos casos, tendrá que ser el conocimiento previo de las aptitudes del trabajador, derivado del contacto directo con el empresario durante la vigencia de esta relación no contractual el que podría determinar la nulidad del establecimiento de un período de prueba en el posterior contrato laboral, pues también en este caso, aprovechar la posibilidad de someter temporalmente a prueba al trabajador, con la adicional facultad extintiva aparejada, podría constituir un uso abusivo del precepto.

---

[383] STSJ Castilla León/Valladolid 21 febrero 2005 (AS 2005/132), en un supuesto en el que las colaboraciones previas y esporádicas como articulista no conllevaron la nulidad del período de prueba de un mes establecido en el posterior contrato de trabajo como redactor.

[384] Estas situaciones suelen acabar en procesos judiciales en los que el prestador de servicios, con motivo de su cese, intenta acreditar la laboralidad de su relación, con las consecuencias inherentes (indemnización por despido o readmisión, prestación por desempleo, cotización retroactiva al Régimen General, etc.). No obstante, en otras ocasiones, sin mediar conflicto, es esta previa relación la que permite al empleador constatar las cualidades del trabajador, determinando su inclusión ulterior en la empresa mediante la suscripción del correspondiente contrato de trabajo.

En definitiva, y en estos últimos supuestos con mayor claridad, más que determinar si la anterior contratación ha de ser estrictamente "laboral" o meramente "contractual", lo que hay que verificar es si el empresario tiene conocimiento previo de las cualidades profesionales y personales del trabajador por medios distintos de información[385], deviniendo en nulo el pacto por el que se establezca el período de prueba si dichas cualidades son conocidas con carácter previo a la suscripción.

Entender o no incluidas estas otras modalidades contractuales en el ámbito del precepto es relevante porque determina la aplicación o no de la presunción de concomimiento, por el empleador, de las aptitudes y cualidades del trabajador[386]. Pero, en último término, el intérprete ha de optar entre abrazar un criterio material y teleológico (atento a si posee sentido que la empresa someta a prueba a quien ya conoce) o bien un parámetro de tipo formal (atento a si medió o no una verdadera contratación laboral).

B. ALCANCE TEMPORAL DE LA PROHIBICIÓN

a. Separación entre los distintos contratos

De los términos en los que está redactado el art. 14.1.4º ET no puede deducirse, a priori, la existencia de limitaciones temporales a la imposibilidad de establecer un período de prueba cuando en un contrato anterior se han realizado las mismas funciones, de manera que dicha prohibición podría considerarse permanente, invalidando la imposición ulterior de períodos de prueba en el contrato, sea cual fuere el tiempo transcurrido. Sin embargo, parece claro, y así se ha advertido por la doctrina, que existen circunstancias de todo tipo que podrían aconsejar la fijación de un nuevo período de prueba, entre ellas: el transcurso de un largo lapso de tiempo entre ambas contrataciones, el cambio tecnológico producido en la empresa en ausencia del trabajador, la modificación de los métodos de trabajo, o el cambio en las propias aptitudes del empleado.

---

385 Cfr. O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 31: "no solo será imposible pactar un período de prueba cuando el trabajador haya prestado previamente servicios en la empresa,…sino, con carácter más general, tampoco cuando tenga el empresario conocimiento de las cualidades profesionales y personales del trabajador por medios distintos de información (parentesco, vecindad, amistad, por ejemplo)".

386 *Ibidem*, pág. 34: "El carácter laboral o no del contrato precedente adquiere en esta interpretación una trascendencia operatoria de la mayor importancia, pues en función de ello queda determinada o no nada más y nada menos que la presunción de conocimiento por el empleador de las cualidades ocultas del trabajador, y así la validez misma en la práctica del período de prueba".

Estas circunstancias harían perder "fuerza" a la prohibición legal, con más razón cuanto más tiempo hubiere transcurrido desde la finalización del vínculo laboral precedente. En este sentido, la doctrina judicial, atendiendo al tiempo transcurrido entre ambas contrataciones, ha considerado posible establecer un pacto de prueba en el contrato posterior, aun tratándose de las mismas funciones, cuando el tiempo transcurrido pudiera haber dado lugar a cambios en la aptitud del asalariado[387].

La razón de esta permisión, que contraría la letra del art. 14.1 *in fine* ET, se ha encontrado en que "dado el largo lapso de tiempo transcurrido entre la finalización del anterior contrato de trabajo y el nuevo,… resulta lógico que la empresa pactara un período de prueba ya que resulta necesario comprobar la aptitud del trabajador en el concreto momento de la contratación, y no tres años antes, pudiendo haber variado las circunstancias de capacidad y rendimiento, máxime en unos tiempos como los actuales en los que la implantación de nuevas tecnologías está a la orden del día", sin que una "interpretación puramente literal" sea "suficiente, debiendo tenerse presente la finalidad de la norma (art. 3.1 CC), de manera que "el transcurso de un dilatado espacio temporal entre contrato y contrato puede dar validez a la prueba pactada en el último, ante la necesidad que la empresa tiene de conocer si las aptitudes del trabajador subsisten o han experimentado algún cambio"[388].

En la negociación colectiva, por su parte, viene siendo común la "suavización" de la prohibición, conviniendo la posibilidad de nuevos pactos de prueba en atención al tiempo transcurrido entre la contratación actual y la precedente.

Se trata, en todo caso, de una cuestión espinosa y que solo puede resolverse a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso, lo que aconseja extremar la prudencia en

---

[387] STSJ Extremadura 10 junio 2014 (AS 2014/1785), en la que "desde el contrato suscrito entre las partes en conflicto, que expiró el 17 de octubre de 2008, la actora no volvió a prestar servicios para la demandada hasta el 4 de junio de 2012".

[388] STSJ Comunidad Valenciana 8 junio 2011 (AS 2011/2304), en la que el lapso temporal intermedio es de más de tres años (finalización del anterior contrato en 15-09-2006 y suscripción del nuevo en 10-11-2009). En la misma línea, STSJ Murcia 11 noviembre 2013 (JUR 2013/360671), en un supuesto en el que constaba la prestación de servicios por el actor, mediante contratos temporales, desde el año 1990, con una sucesión de contratos que finaliza el 31/3/2008, reanudándose la relación laboral en 1/5/2012, mediante un contrato de interinidad. En este caso, la Sala no estimó la nulidad del periodo de prueba pactado, "pues la finalidad del mismo es la de constatar la aptitud del trabajador para desempeñar el puesto de trabajo para el que fue contratado y, en el presente caso, tal aptitud no resultaba de los servicios prestados antes del 31/3/2008, pues desde tal fecha no había existido ulterior prestación de servicios, de modo que el dilatado periodo de tiempo transcurrido, más de 4 años, justifica el establecimiento de un periodo de prueba".

el análisis, revisar la finalidad perseguida tanto por el periodo de prueba cuanto por la limitación que ahora se considera, y actuar de acuerdo con lo querido en ambas construcciones.

Por descontado, todo es más claro cuando las funciones a desarrollar son distintas[389]. Pero, si bien se mira, en este caso es que ya no opera la prohibición de repetir el periodo de prueba porque uno de sus presupuestos viene dado por la identidad de funciones desempeñadas antes y después.

b. Brevedad de la prueba precedente

Desde otro punto de vista, la temporalidad también puede afectar al período de prueba, cuando, por la brevedad del período contractual previo no se hubiesen podido verificar las capacidades y aptitudes del trabajador.

No aclara el artículo 14.1 *in fine* ET durante cuánto tiempo han de haberse desarrollado las "mismas funciones" para impedir la inclusión del período de prueba en el nuevo contrato, dato que resulta esencial, por cuanto nadie cuestionará que un largo período de tiempo permite experimentar el objeto del contrato de manera más intensa y reveladora de las aptitudes del trabajador que un corto período de contratación. ¿Tendría sentido impedir el pacto experimental cuando ha mediado un previo vínculo laboral de un solo día de duración?

Sobre esta singular cuestión[390] se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 20 enero de 2014[391], al examinar los límites que impone el art. 14.1 *in fine* ET, al establecimiento de un período de prueba en un contrato precedido de otro (en este caso, de distinta modalidad y con la misma empresa), en el que ya se estableció período de prueba.

El supuesto de hecho es, en síntesis, el de una trabajadora de la empresa ALDEASA que suscribió un contrato de interinidad para sustituir a un compañero, con duración desde

[389] En este sentido, el Convenio Colectivo de empresas de mensajería (BOE 12-12-2006) permite la inclusión de un período de prueba en el nuevo contrato si trascurre más de un año entre el cese y la nueva contratación, si la misma conllevase "funciones distintas".

[390] Como indica M. INDA ERREA: "La validez del período de prueba en el segundo contrato", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2014, pág. 2: "esta situación resulta bastante novedosa ya que salvo en el caso de la STS 12 diciembre 2008 (RJ 2009, 257), el Alto Tribunal no ha tenido ocasión de resolverla de manera directa".

[391] RJ 2014/981.

el 13 al 27 de junio de 2011, para desempeñar las funciones de vendedora en el aeropuerto de Alicante, pactándose en dicho contrato un período de prueba "de duración definida según convenio", trabajadora que tres días después de finalizado el anterior contrato (30-06-2011), es nuevamente contratada, ahora bajo la modalidad contractual eventual, también como vendedora en el citado aeropuerto, para una duración de tres meses, hasta 30-09-2011, estableciéndose en ese segundo contrato un periodo de prueba de duración definida según convenio, siendo cesada por no superación del mismo el 9-08-2011.

La cuestión a resolver era si "a los efectos de considerar cumplimentado y superado el periodo de prueba, es suficiente con que, antes de la suscripción de un segundo contrato, el trabajador hubiera prestado idénticos servicios previamente en la misma empresa, o si, por el contrario, es necesario, además, que la prestación laboral, sumado el tiempo trabajado al amparo de ambos contratos, supere el período establecido al respecto en la disposición convencional aplicable".

Para el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, cuya sentencia recurrida en casación unificadora[392] es la que permite este análisis, el hecho de que se inserte un nuevo período de prueba en el segundo contrato determina la existencia de despido improcedente, dada la nulidad de este pacto; mientras que para el órgano que dicta la resolución de contraste (TSJ Canarias/Las Palmas[393]), es lícita la fijación del período de prueba, habida cuenta de lo reducido de la prestación de servicios (en ese caso el contrato inicial había durado 14 días), si bien, lógicamente, al computar el período probatorio ha de integrarse en él dicho período de prestación previo de servicios.

El Tribunal Supremo (apartándose del informe del Ministerio Fiscal), considera acertada a derecho la doctrina del órgano insular, entendiendo que solo concurrirá nulidad en el pacto probatorio "cuando el desempeño de las mismas funciones bajo

[392] STSJ Comunidad Valenciana 23 octubre 2012, recurso 1923/2012.

[393] STSJ Canarias 23 diciembre 2005 (AS 2006/586). Es interesante comprobar como el Tribunal no descarta que en el segundo contrato concurra nulidad de la cláusula de temporalidad, lo que lo convertiría en indefinido, si bien declara que dicha nulidad no afecta a la validez de las cláusulas del contrato relativas a la prueba (en virtud del principio de conservación de los contratos), de manera que, pese a constatarse el fraude de ley en la elección defectuosa de la modalidad contractual, puede el empresario servirse de la cláusula -válida- que fija los términos del período de prueba, para desistir válidamente del contrato.

cualquier modalidad contractual llegue a superar, singular o acumulativamente, el periodo total convencionalmente establecido para la prueba". Para el Alto Tribunal, frente a la interpretación estrictamente literal del art. 14.1 ET *in fine*[394], ha de imponerse su justificación material, esto es, la necesidad de realizar "las experiencias que constituyen el objeto de la prueba", por lo que, "siendo esta finalidad lo relevante, sin que se haya completado el período total durante el que podían realizarse esas experiencias, hemos de concluir que, en realidad, no se produjo un despido sino la no superación del período de prueba. Lo crucial es ese periodo para comprobar la aptitud del trabajador y no la finalización de una breve relación anterior en absoluto cuestionada"[395].

Al hilo de estas consideraciones, cabría preguntarse si una duración mayor del primero de los contratos, aún no habiendo superado la duración máxima convencional, permitiría llegar a la misma conclusión[396].

Por otra parte, es discutible qué sucede si el primer contrato incluía un período de prueba ajustado al máximo convencional (al margen de no haberse consumido su duración por finalización anterior) y el segundo contrato vuelve a hacer lo mismo. ¿Es nulo el segundo pacto, o ha de entenderse válido y reconducido al tiempo que restase para llegar al máximo, sumando lo que en la realidad duró el primero? El principio de conservación del negocio jurídico podría inducir a conferir validez a aquella "parte de la cláusula", lo que otorga al empleador la posibilidad de desistir del contrato antes de que se supere el máximo legal entre ambos contratos.

---

[394] Literalidad que había llevado a la mayoría de la doctrina a afirmar que "bajo la actual regulación, la prohibición de un nuevo pacto de prueba (por el tiempo que reste para concluir la duración máxima establecida si, en la contratación anterior, se hubiera producido la extinción antes de que llegara el termino máximo de prueba") es absoluta… por lo que no resulta posible aplicar el descuento de días descrito" [M. A. BALLESTER PASTOR: *El período de prueba* (Bibl. cit.), pág. 41].

[395] Ciertamente, echamos en falta esa "reivindicación", por el Alto Tribunal, de este contenido esencial y propio de la institución en otros pronunciamientos, por todos conocidos, en los que se ha validado el desistimiento del período de prueba aun en circunstancias en las que no había sido materialmente posible realizar las citadas "experiencias" propias del contrato (véanse los supuestos de desistimiento empresarial el mismo día de iniciado el contrato por accidente o enfermedad del trabajador).

[396] En esta línea, recuerda O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 37, cómo algunos Convenios Colectivos, como el XI Convenio Colectivo estatal de centros de asistencia y educación infantil (BOE 22-03-10), obligan a descontar del tope máximo del período de prueba, establecido en 11 meses para los contratos indefinidos, el tiempo en que el trabajador haya estado prestando servicios con anterioridad en la empresa bajo contratación temporal.

Sin embargo, también podría entenderse que la empresa vendría obligada a establecer en el segundo contrato una duración del período de prueba ajustada a los días que faltasen por consumir, una vez descontados los del primer contrato. Y si así no lo hiciera estaríamos ante un periodo de prueba contrario a Derecho, sin modular su alcance temporal.

C. EXISTENCIA DE PREVIOS PROCESOS SELECTIVOS, CURSOS O PRUEBAS NO SUPERADAS

Con carácter general, sería cuestionable establecer, al inicio de la contratación, un período de prueba a quien ya ha superado una prueba selectiva u oposición establecida, precisamente, para su ingreso en la empresa (más aún cuando la misma ha sido exhaustiva), pues se supone que el contenido material de aquella debiera incluir la demostración de las aptitudes y cualidades que el empresario pretende cubra el candidato. Dicho de otro modo: si se ha ingresado en la empresa porque el trabajador ha superado las pruebas que la misma tuvo por conveniente, precisamente, a fin de que se acreditase el dominio de conocimientos, técnicas o habilidades relacionadas con los cometidos del empleo en cuestión, ¿tiene sentido que luego exista un periodo de prueba? Derivadamente, si se constituyó un tribunal para juzgar los méritos de los candidatos, ¿qué sentido tiene que posteriormente se incluya un periodo de prueba y que quien decida sobre su superación sean otros órganos?

a. En empresas privadas

Acerca de todos esos interrogantes ha de advertirse que, en función de la finalidad que se otorgue al período de prueba, la conclusión será dispar. En efecto, si anudamos al período de prueba la finalidad de constatar cualidades humanas y sociales del trabajador, más allá de su capacidad técnica, nada impediría establecer un período de prueba durante el cual, el trabajador técnicamente capaz, demuestre al empresario su idoneidad para integrarse en el círculo productivo[397]. De hecho son muchos los

[397] La respuesta dependerá de cuál de las dos opciones clásicas acojamos, bien la de Martín Valverde, que describe una finalidad más "técnica" en el período de prueba, bien la de Alonso Olea, decantado hacia el aspecto más "personal" del trabajador al que se contrata. Como sintetiza M.A. BALLESTER PASTOR: *El período de prueba* (Bibl. cit.), pág. 36, decantándose por la segunda opción: "En principio, tan solo 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 (postura mantenida por Martín Valverde). Sin embargo, el período de prueba no tiene solo como objeto la constatación de capacidades técnicas sino también la calidad humana y social del trabajador (postura de Alonso Olea), por lo que, desde esta perspectiva, resultaría plenamente justificado el pacto de prueba en estas situaciones".

Convenios Colectivos que contemplan períodos de prueba tras la superación de pruebas de selección[398], aceptando, por lo general, nuestros Tribunales su entrada en juego.

El criterio judicial mayoritario en los últimos años parece mostrarse favorable a la validez, también en estos casos, del período de prueba, sirviendo de ejemplo la STSJ País Vasco 5 abril 2004[399], que considera válido el período de prueba suscrito con un trabajador, jardinero, que, con anterioridad a tal contratación estuvo realizando un curso de formación como operario de jardinería, desde 1-12-2013 a 31-3-2014, con la colaboración de empresas con compromiso de contratación, entre las que se encontraba la demandada, habiendo concluido un curso teórico práctico en terrenos y con material de la empresa colaboradora y, en una última fase del curso, en contacto directo con los grupos de trabajo de ésta. Lo interesante del razonamiento es el valor "relativo" que otorga a este "contacto" previo entre candidato a contratación y empresa, cuando el mismo no ha propiciado un conocimiento pleno de sus capacidades al futuro empleador, de manera que "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"[400].

---

[398] En este sentido, y aunque no hablamos estrictamente de una prueba de selección, es interesante mencionar la referencia que O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ hace (*El período de prueba…*, cit., pág. 32), al V Convenio Colectivo del sector de la Construcción (BOE 28-02-2012), según el cual "los titulares de la Tarjeta Profesional de la Construcción, expedida por la Fundación Laboral de la Construcción con contrato fijo de obra u otra modalidad de contrato temporal, estarán exentos del período de prueba para los trabajos de su categoría profesional -en cualquier empresa del sector-, siempre que conste en su Tarjeta Profesional haber acreditado su cumplimiento en cualquier empresa del sector (art. 21.4)". Dicho precepto, sin duda, se inspira en una configuración meramente técnica del período de prueba (concepción objetiva de la aptitud profesional por la acreditación de titulación técnica), al impedir al empresario verificar las cualidades y aptitudes personales del trabajador. En sentido contrario, la Jurisprudencia ha solido establecer que la mera acreditación "teórica" de unos conocimientos o habilidades previas mediante las correspondientes "homologaciones", "títulos", "certificados de profesionalidad" o similares no impide establecer un período de prueba (STS 3 mayo 1983, RJ 1983/2332 y STS 20 diciembre 1985, RJ 1985/6159).

[399] AS 2005/810.

[400] Argumenta el Tribunal que "la actividad desarrollada con anterioridad a su contratación por la sociedad demandada no ha implicado el desempeño de las mismas funciones que concertó con ésta, ya que la actividad precedente fue de índole formativa, a diferencia de la prestación de servicios convenida … y si bien es cierto que la primera suponía la recepción de clases que tenían un aspecto práctico e incluso, en su fase última, que se ha estado en contacto directo con los grupos de trabajo de la empresa colaboradora, ello no implicaba que quedasen sujetos a las órdenes de ésta ni debiendo realizar las labores que la empresa estimase oportunas, al ritmo propio de una prestación de servicios y dentro de una jornada laboral, ya que una cosa son los conocimientos y habilidad que se muestran en momentos puntuales y referido a determinado tipo de trabajo, y otra bien distinta que venga acompañada de otras aptitudes de tanta o más valoración en el desarrollo de cualquier trabajo, como es el interés, la iniciativa, el

Sin embargo, la doctrina judicial precedente se mostraba más restrictiva. Así, por ejemplo, cuando se ha pretendido imponer un período de prueba al contrato de quien previamente ha realizado un curso de formación en la empresa, pues, en este caso, ambas aptitudes (profesionales y personales) son perfectamente evidenciables durante el período de integración en la misma[401]. En efecto, si a instancias de la empresa el trabajador realiza un curso de formación directamente relacionado con las funciones a realizar en virtud del posterior contrato laboral, sometiéndose a los correspondientes controles y evaluación final, podía considerarse abusivo el establecimiento de un período de prueba al inicio del contrato, pues tanto la experimentación del objeto del contrato como la verificación de cualidades personales se habrían desarrollado con anterioridad[402].

b. En el sector público

En el ámbito de las administraciones o empresas públicas, se suscita, igualmente, la duda de si el establecimiento de un período de prueba al contrato del candidato que supera las pruebas selectivas de aptitud es o no posible. A las dudas o reflexiones de corte general se añaden aquí las conectadas con la especificidad del empleador y con los principios que han de presidir la toma de decisiones por su parte (principios de imparcialidad e interdicción de la arbitrariedad) así como el necesario respeto que, en la contratación, ha de tener a los principios de igualdad, mérito y capacidad[403].

---

mantenimiento de un buen ritmo de actividad a lo largo de las sucesivas jornadas, la mayor o menor facilidad para las relaciones con los compañeros y con los jefes, etc.".

[401] La STS Cataluña 15 noviembre 1991 (AS 1991/6437) parte de que la superación de un curso de formación impartido por la propia empresa cumple la finalidad a la que está encaminado el período de prueba, lo que debiera conducir a afirmar su inviabilidad una vez superada aquella vía de selección.

[402] En relación, aunque indirectamente, con la formación del trabajador por parte de la empresa, es interesante la precisión realizada por STSJ Valencia 18 mayo 2000 (AS 2000/1949), según la cual parece lógico pensar que si el contrato prevé, con carácter sucesivo, un pacto de permanencia y otro de prueba, el segundo no puede tener efecto alguno, pues la viabilidad práctica del pacto de permanencia hace ineficaz el período probatorio (en el mismo sentido STS 14 febrero 1991, RJ 1991/837).

[403] El Tribunal Constitucional tiene declarado que "la contratación de personal laboral por la Administración no debe sujetarse a las mismas reglas que la contratación entre particulares, singularidad impuesta por el carácter público de la actuación que ya es, por sí mismo, factor de diferenciación relevante, por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso de ese personal". En ese sentido, E. ROJO TORRECILLA con cita de M. IGLESIAS CABERO: "Unas notas sobre la contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas: el requisito de la causalidad y los efectos de la irregularidad" (Blog del autor: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/04/unas-notas-sobre-la-contratacion_15.html)la-carta-social-europea.html).

Habida cuenta de las dudas que la cuestión suscita se comprende que tienda a pensarse que la previsión de esta posibilidad en la norma administrativa o convenio colectivo aplicable despejaría bastantes dudas[404], siendo el silencio de éstos lo que permitiría una mayor discusión[405]. Sin embargo, no puede obviarse que, tras la selección del candidato, el régimen jurídico aplicable al contrato es el laboral, y éste contempla la facultad o potestad de fijar un período de prueba en el contrato, por lo que nada debiera impedir, en principio, la aplicación de los parámetros propios del Derecho del Trabajo. De ese modo se permite verificar las aptitudes, in situ, del trabajador durante la experimentación que representa la propia contratación laboral.

Así lo afirmaba MELLA MÉNDEZ[406], a cuyo juicio existieron varias razones que justifican la idoneidad del período de prueba en contrato con el empleador público pese a la superación del proceso selectivo, entre ellas: a) la persistencia de dudas razonables sobre la capacidad del trabajador cuando las pruebas realizadas son insuficientes, por ser meramente teóricas, o excluir entrevista personal, o tener carácter genérico y no ajustado al puesto a cubrir; b) la falta de identidad exacta entre los fines perseguidos por los exámenes previos y el posterior período de que se trata, pues mientras las pruebas iniciales suponen una mera presunción de capacidad, el trámite posterior permite comprobar, con garantías, y de forma individualizada, la realidad de las aptitudes profesionales del trabajador; c) la necesidad del período de prueba para constatar las cualidades humanas del trabajador, especialmente esenciales si éste va a desarrollar un cargo de relevancia o confianza en el organigrama empresarial, o va a trabajar coordinadamente con otros compañeros.

En definitiva, una cosa es la superación de unas determinadas pruebas técnicas en garantía de la imparcialidad y objetividad que ha de presidir la contratación en el sector público, y otra distinta que, una vez realizada la selección del trabajador bajo tales

[404] La STSJ Castilla La Mancha 30 noviembre 2006 (AS 2006/3944) apuntaba ya en esa fecha a la necesaria impugnación de las bases de la convocatoria ante el órgano jurisdiccional correspondiente, a los efectos de anular la cláusula relativa al período de prueba. Y antes, la STSJ Navarra 10 enero 1991 (AS 1991/225) se encargaba de proclamar la nulidad de la cláusula por la que se establecía un período de prueba cuando la propia convocatoria había establecido de forma expresa la incorporación definitiva al puesto una vez superado el examen.

[405] Podría objetarse la condición "pública" del empleador, como elemento diferenciador, o la posible discrecionalidad que supone poner a prueba a quien ha sido considerado apto tras valorarse objetiva e imparcialmente sus méritos.

[406] L. MELLA MÉNDEZ: "Período de Prueba y contrato de trabajo en empresa pública", *Aranzadi Social* vol. I (BIB 1999\604).

parámetros, pueda ser sometido el mismo a las reglas del vínculo jurídico laboral, que permiten establecer un período de prueba al contrato de trabajo[407].

Si del terreno doctrinal descendemos al análisis de los pronunciamientos judiciales, observamos que ha sido un tema polémico, manteniéndose posturas distintas incluso entre las secciones de una misma Sala de suplicación[408]. El TSJ Madrid se planteaba si "tras haber aprobado un concurso de selección libre para acceder a una plaza de personal fijo… es posible que la Administración Pública de que se trate exija un requisito como el litigioso, el cual, básicamente permite la extinción *ad nutum* de la relación laboral recién iniciada, en casos… en que nada de esto consta en las bases de la convocatoria", concluyendo su imposibilidad, basada en la inexistencia de tal previsión, inmodificable a posteriori[409].

En sentido contrario, la Sala de lo Social del TSJ Extremadura[410] ha considerado que hay que estar a las cláusulas del contrato que establecen el período de prueba "sin que a ello obste que en el proceso de selección al que se sometió el demandante y tras cuya superación fue contratado por la empresa demanda no se hiciera constar que la contratación laboral del actor se sometería a un período de prueba, pues la fijación del mismo tampoco se excluyó cuando el demandante accedió a realizar el proceso de selección, teniendo que estar en todo caso a los términos del contrato por ser fuente de la relación laboral… sin que tampoco quepa entender que la superación del proceso de

[407] Considero que imponer un período de prueba en el contrato de trabajo a quien ha superado las pruebas selectivas de acceso al mismo viene a frustrar, de alguna manera, las expectativas del candidato que mayor esfuerzo ha puesto en la preparación de aquellas, introduciendo, además, un margen amplio de discrecionalidad que puede favorecer la contratación de candidatos peores preparados, afines personalmente al empleador, mediante la fórmula de desechar, durante el período de prueba, a los candidatos que obtuvieron mejor puntuación. En este sentido, el empleador tiene en su mano la posibilidad de confeccionar unas pruebas selectivas exhaustivas, que impliquen aspectos teóricos y prácticos, entrevista personal, test psicológicos, etc., por lo que, de llevarse a cabo las mismas de esta forma, no tendría sentido un período de prueba, debiendo asumir el empresario el coste de un ulterior despido si, en el desarrollo posterior del trabajo, el seleccionado no desempeña correctamente su cometido.

[408] Recomiendo la lectura de la STSJ Madrid 7 febrero 2007 (AS 2007/2322) y de la posterior STSJ Madrid 28 diciembre 2008 (AS 2008/1081); la primera es dictada por la Sección 2ª del Tribunal y en ella, tras afirmar que sólo cabrá un período de prueba si así se ha establecido en la correspondiente convocatoria pública de selección, reclama el papel protagonista y único del órgano calificador para velar por la acreditación de la aptitud durante la prueba; la segunda, en cambio, dictada por la Sección 6ª, en Sala General, corrige a la predecesora al eliminar las competencias del Tribunal Calificador en materia de prueba, otorgando a la Administración contratante el papel, exclusivo, de verificar la idoneidad del trabajador durante el desarrollo de esa fase inicial del contrato de trabajo.

[409] STSJ Madrid 18 octubre 2013 (AS 2014/84).

[410] STSJ Extremadura 10 junio 2014 (AS 2014/1785).

selección por parte del trabajador impide la fijación de un período de prueba en el contrato de trabajo en el que se ampare la prestación de servicios del mismo al no existir norma alguna que así lo establezca".

Tal disparidad de enfoques ha podido propiciar la unificación de doctrina por parte del Tribunal Supremo. Las líneas maestras se establecen en la STS 3 diciembre 2013[411] y se reiteran en la posterior STS 23 enero 2014[412]. En ellas se considera lícito el establecimiento del período de prueba cuando la propia convocatoria impone la suscripción del período de prueba y la misma no ha sido impugnada por el trabajador[413], precisándose además que no es exigible la supervisión de la extinción contractual por el Tribunal Calificador.

En efecto, con respecto a la posibilidad de imposición del período de prueba, ello queda plenamente validado por la previa previsión en la convocatoria, indicando el Alto Tribunal que "la fijación del período de prueba aparece contemplada en la convocatoria del concurso a cuyas bases voluntariamente se ha sometido el hoy recurrente, sin impugnar las mismas".

Mayor curiosidad representa la segunda cuestión que se analiza: determinar si, habiendo accedido la trabajadora a una plaza de educadora del Ayuntamiento por el mencionado concurso oposición, la decisión de si ha superado o no el período de prueba previsto en las bases de la convocatoria corresponde al Ayuntamiento o al Tribunal Calificador, habiendo respondido la Sala que no es contrario a los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad e interdicción de la arbitrariedad que sea la propia empresa y no el citado Tribunal el que decida si el trabajador ha superado o no el período de prueba, cuando, de las bases resulta que el período de prueba se consigna en el contrato de trabajo y que, dada la naturaleza y duración del mismo, no es el Tribunal calificador el que ha de decidir si el candidato supera o no dicho período, sino la propia empresa.

[411] RJ 2014/1191.

[412] RJ 2014/1279.

[413] Aunque no se diga expresamente, entiendo que también sería aceptable cuando la convocatoria no incluyese mención a este extremo. No, claro está, cuando aquella lo prohibiese pues, dado el carácter potestativo del período de prueba, son las partes las que, incluso en ese momento, anterior a la propia contratación laboral, pueden decidir su no establecimiento.

c. No superación de previo periodo de prueba

Una peculiar cuestión relacionada con cuanto viene exponiéndose alude a la posibilidad de pactar un nuevo período de prueba cuando el anterior no se superó.

En ese sentido, la STSJ Cataluña 2 abril 2009[414] considera lícito concertar un nuevo período de prueba para una misma actividad cuando se pretende contratar al mismo trabajador que no superó un período de prueba que se acordó con anterioridad. Citando criterio del Tribunal Supremo (STS 23 octubre 2008, RJ 2008/6970) entiende que "el espíritu de la norma es evitar que, acreditada la idoneidad del operario, la empresa burle sus derechos o las normas que regulan la contratación temporal, estableciendo un período de prueba innecesario que solo persigue el fraude de ley, pero no impedir que se dé una segunda oportunidad al trabajador, cuando no ha acreditado su idoneidad para 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. Esta segunda oportunidad que se da en muchos ámbitos de la vida, sobre todo en materia de formación, no se puede negar al trabajador que por su edad y circunstancias de todo tipo ha mejorado su preparación y tiene más interés en conseguir un puesto de trabajo, cosa que acaecería si se vedara en absoluto la posibilidad de establecer un nuevo período de prueba cuando se va a contratar a quien anteriormente no acreditó su aptitud"[415].

De esta forma, es indiferente que el empresario que ahora establece un nuevo período de prueba hubiese extinguido el contrato anterior, por desistimiento del periodo de prueba en aquel establecido, pese a tratarse de las mismas funciones cuya experimentación, por el mismo trabajador, no resultó satisfactoria, hasta el punto de haber desechado su integración en la empresa. Si se observa, se ha pasado ahora a contemplar la hipótesis no como negativa para el trabajador (porque su continuidad en el empleo pende de la superación del nuevo periodo de prueba) sino como positiva (porque sin este nuevo periodo de prueba quizá no se habría producido la segunda contratación).

[414] AS 2009/2071.

[415] Por lícito que pueda declararse, considero que la mayoría de las veces no será la voluntad de dar una segunda oportunidad al trabajador la que motivará el establecimiento del nuevo período de prueba, sino la posibilidad de prolongar en el tiempo la facultad empresarial de desistimiento no indemnizado.

D. RECAPITULACIÓN

La sencilla redacción del precepto analizado (artículo 14.1.4º ET) plantea, no obstante, diversos interrogantes cuya respuesta encontramos en las resoluciones de nuestros tribunales, no siempre coincidentes, y muy determinadas por el supuesto concreto, si bien podemos extraer algunas conclusiones generales desde las sentencias analizadas:

1. La rígida limitación al establecimiento del período de prueba, ceñida a la previa prestación de servicios para la "misma empresa", se ha matizado judicialmente para abarcar aquellos supuestos en los que, siendo distinta la mercantil contratante, se constata el conocimiento, por el nuevo empresario, de las cualidades del trabajador, presumiéndose mayor cuanto más vínculos existan entre las empresas y más duradera ha sido esta prestación de servicios, considerándose abusivo, por contrario a la finalidad de la institución, incluir un período de prueba cuando se es plenamente consciente de las capacidades del empleado al que se contrata.

2. La superación de un proceso selectivo previo no "blinda" al trabajador del establecimiento, en su contrato de trabajo, de un período de prueba durante el que se experimente si su demostrada capacidad técnica va acompañada, también, de la idoneidad (personal/social) para el desempeño del trabajo contratado.

3. En el contexto de las Administraciones públicas, se ha aceptado que la superación de determinadas pruebas técnicas, en garantía de las necesarias imparcialidad y objetividad que deben presidir la contratación en este sector, no elimina la aplicación de las normas laborales al contrato de trabajo que nace después, entre ellas, la que permite fijar un período de prueba, si bien, en estos casos, ha de estarse al contenido de la convocatoria de dichas pruebas, que son las que establecerán la posibilidad y condiciones para el establecimiento o no del período de prueba, entendiendo que, si nada se dice, no habrá obstáculo a su establecimiento (no somos ajenos a que, de forma ilícita, pueda utilizarse esta posibilidad para una re-selección de candidatos afines). En caso de silencio también a este respecto, se ha establecido que los Tribunales Calificadores no verificarán el desarrollo, in situ, del período de prueba ni la idoneidad "laboral" de los seleccionados, siendo ésta una competencia de la Administración empleadora.

4. De forma mayoritaria se admite la fijación de períodos de prueba a trabajadores que han realizado cursos de formación en la propia empresa contratante, dada la diferente naturaleza entre tal vinculación y la prestación laboral.

5. Con respecto a la realización previa de las "mismas funciones" como límite a la fijación del período de prueba, habrá de estarse a la casuística judicial, siendo muy amplio el margen del Juzgador a la hora de estimar o no la identidad concurrente, habiéndose declarado que un cambio de entidad suficiente en las tareas asignadas o en las características de la actividad a desarrollar permiten un nuevo período de prueba para conocer la adaptación del empleado a la nueva actividad.

6. La "modalidad de contratación" previa capaz de excluir el nuevo período de prueba no es sólo la laboral (en sus diferentes clases), sino cualquier otra en la que exista, de facto, un vínculo directo entre la persona que ahora se contrata laboralmente y quien ha decidido su contratación, si bien a la hora de permitir un nuevo período de prueba, pese a existir esta previa contratación no laboral, se acepta comúnmente el argumento de que en ésta última, no se dan las notas de integración en el ámbito organizativo que permiten analizar las aptitudes del trabajador desde la dependencia y subordinación propias del vínculo laboral. Por otra parte, se acepta limitar el establecimiento de un período de prueba a quien, aun sin mediar vínculo contractual previo, tuviese conocimiento pleno de las capacidades profesionales y personales del trabajador.

7. El transcurso del tiempo entre dos contrataciones permitiría establecer un nuevo período de prueba al mismo trabajador que ocupará idéntico puesto, para poder verificar si sus aptitudes subsisten o, por el contrario, han experimentado algún cambio, máxime si durante el período de alejamiento de la empresa se han producido cambios tecnológicos o en los sistemas de producción.

8. Aunque el precepto no aclara durante cuánto tiempo se han debido desarrollar las mismas funciones en el contrato previo para excluir la posibilidad de un nuevo período de prueba, se ha aceptado éste, sin tacha de nulidad, cuando el anterior no haya agotado la duración máxima permitida por el Convenio Colectivo de aplicación, pues sólo con su transcurso íntegro se darán por realizadas en su integridad las experiencias que constituyen el objeto de la prueba.

9. Enlazado con lo anterior, nada impide fijar un período de prueba en la contratación de quien, previamente, no superó el establecido en contrato anterior, con base en la "segunda oportunidad" que merece su esfuerzo por mejorar su preparación.

10. El cambio de titularidad empresarial, por sucesión de empresas, no otorga al nuevo empresario el derecho a poner a prueba a la plantilla que asume por subrogación, de manera que sus facultades al respecto se limitan a la posibilidad de desistimiento del contrato durante el tiempo que reste al período de prueba vigente en los contratos de trabajo asumidos, claro está, sin acudir a esta potestad en fraude de ley.

11. Con respecto a las empresas de trabajo temporal, no existe una postura uniforme sobre la posibilidad de establecer períodos de prueba al inicio de cada prestación de servicios en cada empresa usuaria, si bien esta posibilidad, que prioriza el aspecto "funcional" de esta relación laboral singular sobre el "contractual", es acogida por la mayoría de convenios colectivos de empresas del sector.

4. MODALIDADES CONTRACTUALES Y SUPUESTOS ESPECIALES

A. CONTRATOS TEMPORALES

Por su duración, los contratos de trabajo se clasifican en indefinidos y temporales, siendo los primeros aquellos cuya duración no se acomoda, de antemano, a ningún plazo o término extintivo, ni a la realización de una obra determinada, manteniendo su vigencia, indefinidamente, hasta que las partes por mutuo acuerdo decidan extinguirlo o hasta que concurra alguna de las causas generales de extinción de los contratos de trabajo, habiendo otorgado el legislador preferencia al vínculo indefinido sobre la contratación causal, con la finalidad de favorecer la estabilidad en el empleo, convirtiéndose aquella en regla general[416] para la contratación laboral[417], de forma que

[416] Con todo, la relación de carácter temporal (a plazo o a término, o por relación con una obra determinada) es la única vía de contratación laboral en el ámbito de los deportistas profesionales, en el trabajo penitenciario o en la residencia con vistas a la especialización de profesionales sanitarios.

[417] En el ámbito comunitario no se encuentran reglas precisas sobre la posibilidad de acceso o elección entre la contratación indefinida y la temporal, pero aquel parece mostrar preferencia por la estabilidad en el empleo, pudiendo citarse la Directiva 1999/70/CE, contraria al uso abusivo de la contratación temporal y los criterios interpretativos defendidos a tal efecto por la jurisprudencia TJUE.

la excepción vendrá representada por las modalidades de contratación causal, en las que debe concurrir, para su validez, una causa objetiva y justificada, más allá, por supuesto, de la mera declaración de voluntad de los contratantes.

Consecuencia de la preferencia indicada es, además, el frecuente reforzamiento, por la negociación colectiva, de esta modalidad de contratación, así como el impulso dado a la misma por los sucesivos acuerdos interprofesionales sobre empleo y negociación colectiva, cuyas cláusulas apuntan a la restricción de la temporalidad y al fomento de la contratación indefinida.

Precisamente por su carácter indefinido, esto es, por la voluntad previa de los contratantes, de concertar una relación duradera, los contratos indefinidos pueden acompañarse, con toda lógica, de pactos que incidan sobre su continuidad o pervivencia, como es el caso del pacto de prueba, habiéndose afirmado que el pacto de prueba es "típico" del contrato del trabajador "fijo"[418], siendo menos aceptable la inclusión de tales pactos en la contratación temporal.

En esta tesitura, las posturas doctrinales han admitido, tanto la exclusión del período de prueba en la contratación temporal, como la atenuación de su duración, en proporción a la del propio contrato[419].

Como indicaba BALLESTER PASTOR[420], "la problemática del período de prueba en la contratación temporal surge desde el momento que ambas instituciones parecen en principio incompatibles. Con todo, aun tratándose de una relación limitada en el tiempo, resulta justificado el interés empresarial por conocer la habilidad profesional del trabajador, por lo que la utilización de la prueba ha sido generalmente admitida. Sin embargo el uso potencialmente abusivo de la institución de la prueba se multiplica

---

[418] M. RODRÍGUEZ PIÑERO: "Naturaleza jurídica… (Bibl. cit.), pág. 107.

[419] Como señala A.L. de VAL TENA: *Pacto de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 92, la solución a esta situación de precariedad absoluta no debe encontrarse en la exclusión de toda cláusula de prueba en los contratos suscritos por tiempo breve (postura de Martín Valverde, quien la considera válida "para evitar la precariedad absoluta de una relación laboral ya de por sí inestable por estar abocada a un vencimiento a breve plazo"), pareciendo más razonable subordinar la admisibilidad o no del período de prueba a la mayor o menor duración prevista para el contrato de trabajo del cual forma parte, evitando supuestos de abuso de derecho y quedando su control, al final, en manos del Juez de lo Social, sin olvidar el papel preponderante de los convenios colectivos para distinguir los plazos máximos del período de prueba según figure en un contrato indefinido o temporal, así como la prudencia de los contratantes individuales para ajustar la duración del período de prueba a la naturaleza del contrato.

[420] M. A. BALLESTER PASTOR: *El período de prueba* (Bibl. cit.), pág. 34.

cuando recae sobre contrataciones temporales, sobre todo cuando la duración del contrato y la del período de prueba coinciden total o mayoritariamente".

Lo que parece claro es que el "riesgo" de pervivencia de una relación laboral inconveniente, inherente a la contratación indefinida, no concurre en la contratación temporal, de manera que ante una circunstancia tal (lógicamente no hablamos de comportamientos o conductas del trabajador susceptibles de despido inmediato) el empresario únicamente habrá de aguardar a la propia expiración de contrato ajustado a causalidad resolutoria, por lo que no parecería imprescindible dotar al empleador de esa herramienta para poder finalizar, aún antes, el vínculo temporal, por no superación del pacto de prueba.

En efecto, a excepción de las singularidades propias de algunas relaciones laborales especiales[421], nuestro ordenamiento jurídico[422] no prohíbe el establecimiento de un período de prueba en ninguna de sus modalidades contractuales, permitiéndose, por tanto, la inclusión de un pacto de estas características también en la contratación temporal, sin importar la duración de la misma.

En fin, como hemos indicado, la normativa específica, en este caso, el RD 2720/1998, de 18 diciembre, por el que se desarrolla el art. 15. ET en materia de contratos temporales, no contiene precepto alguno que limite el establecimiento de períodos de prueba en la contratación temporal estructural, siendo de aplicación plena el régimen de prueba establecido en el art. 14 ET, régimen estatutario que, precisamente, contiene una habilitación expresa a su establecimiento en el párrafo 2º del num.1, al introducir esta posibilidad, si bien que por la vía restrictiva de limitar a un mes el período de prueba en los contratos temporales del art. 15 ET de duración no superior a seis meses[423].

---

[421]Que son objeto de análisis en el apartado E de este capítulo.

[422] Como indica A. L. de VAL TENA: *Pacto de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 90: "En principio, la normativa vigente no prohíbe estipular un período de prueba en ninguna de las modalidades contractuales, siquiera muestra su preferencia por los contratos celebrados por tiempo indefinido, lo que sería más lógico atendiendo a la finalidad de la figura jurídica que tratamos, ni reduce los plazos máximos de duración en el supuesto de un contrato temporal".

[423] De manera expresa, el derogado RD 2303/1980, de 17 de octubre, de aplicación del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratación temporal, establecía, en su art. 1.3, en relación a los Contratos para obra o servicio determinado, que "podrá estipularse en contrato individual o Convenio Colectivo, un período de prueba cuya duración será la pactada, con respeto, en todo caso, a lo dispuesto en el artículo catorce del Estatuto de los Trabajadores"; en relación a los Contratos eventuales por circunstancias de la producción, el art. 2.2. permitía la estipulación "en contrato individual o Convenio Colectivo, (de) un período de prueba cuya duración será la pactada, con respeto, en todo caso, a lo dispuesto en el artículo

Por lo demás, la Jurisprudencia ha admitido ampliamente la posibilidad, de manera que las sentencias que han tenido por ilícita la fijación de un período de prueba en un contrato temporal, lo han sido normalmente por concurrir abuso de derecho, no por la propia inclusión de un pacto de esta naturaleza en una contratación temporal, posibilidad que se ha venido aceptando con anterioridad a la normativa por la que se desarrolla actualmente el art. 15 ET[424].

De esta forma, aunque el período de prueba pudiera parecer característico, o al menos más propio, de la contratación indefinida, lo cierto es que nada impide su articulación en contratos de duración determinada[425], pues la ley no efectúa distinción alguna[426], algo que no elimina, desde luego, una obviedad: si el contrato es breve, posiblemente estará sometido, durante toda su vigencia, a una (cuestionable) situación de provisionalidad, o lo que es lo mismo, se estará reconociendo al empresario una prerrogativa "potencialmente abusiva"[427], al poder ejercitar la facultad de desistimiento durante cualquier momento de la vida del contrato, de donde podría presumirse la ilicitud de tales cláusulas.

En este ámbito, la negociación colectiva debiera jugar un relevante papel ajustando la posibilidad de contratación a prueba en contratos temporales, teniendo en cuenta la cualificación y complejidad de los trabajos a los que se anuda, a la vez que estableciendo tiempos de prueba coherentes con la duración prevista del vínculo

---

catorce del Estatuto de los Trabajadores". El hecho de que no se contemple una referencia expresa en la normativa actualmente vigente no es relevante (L. M. CAMPS RUIZ: *La contratación laboral temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 136), y menos desde el momento en que el propio art. 14 ET contiene la referencia expresa a la prueba en las modalidades del art. 15.

[424] En STS 14 abril 1986 (RJ 1986/1930) ya se validaba, sin necesidad de mayores argumentos, la posibilidad de establecer un período de prueba en la contratación causal; en este caso, "el actor fue contratado el 2 de enero de 1985 por la empresa demandada al amparo del Real Decreto 1989/84 por un período de 6 meses, sujeto a prueba durante 90 días". En STS 3 diciembre 1987 (RJ 1987/8821), los actores fueron contratados para la realización de obras precisadas en un barco plataforma, cubriendo las exigencias formalizadas por el entonces RD 2104/1984, estableciéndose tres meses como período de prueba.

[425] Para F. DURÁN LÓPEZ: "El período de prueba", *Relaciones Laborales*, T.I., 1988, pág. 1314, si la normativa laboral favoreciese la contratación temporal al igual que la de carácter indefinido, sin limitarla a la existencia de determinadas causas o eventos, pudiendo las partes optar libremente por una u otra extensión de acuerdo a sus necesidades o intereses, la previsión de un período de prueba tendría menor importancia.

[426] G. BARREIRO GONZÁLEZ: "El período de prueba", en E. BORRAJO DACRUZ (Dir.), *Comentarios a las Leyes laborales. El estatuto de los Trabajadores*, EDERSA. T. IV, Madrid 1983, pág. 46, recuerda, al efecto, el aforismo "donde la ley no distingue no cabe distinguir".

[427] M. A. BALLESTER PASTOR: *El Período de Prueba* (Bibl. cit.), pág. 34.

contractual; a nivel individual, y dentro de los límites marcados por el convenio, corresponderá a los contratantes (en realidad, más bien a la flexibilidad del empresario) decidir si es realmente necesario someter a prueba un contrato de escasa duración y cualificación, para, en caso afirmativo, incluir aquella duración de la prueba que realmente se ajuste a la necesidad experimental[428].

En caso de utilización abusiva del período de prueba, al igual que sucede en los supuestos de contratación indefinida, será el Juez social[429] el encargado de determinar si la duración es o no abusiva en relación a la prevista para el propio contrato, control judicial que adquiere una relevancia capital en atención a la inexistencia de norma legal que exija acortar o ajustar los plazos de la experiencia probatoria en función de la extensión temporal del contrato.

Con todo, y pese a la indudable lógica de reclamar una regla de proporcionalidad entre la duración del contrato y el pacto que en él se incluya, los tribunales han admitido, como hemos visto, la coincidencia del período de prueba con la duración del vínculo contractual (SSTS 17 enero 1985 y 12 julio 1988 , RJ 1986/67 y RJ 1988/5805) incluido el supuesto de duración de seis meses, previsto en párrafo 2º del art. 14.1 ET, si ello viene autorizado por el propio convenio colectivo (STS 4 marzo 2008, RJ 2008/3482)[430].

[428] Si ello no se cumple y, por ejemplo, el empresario acude a la contratación indefinida cuando la naturaleza del vínculo es claramente temporal, una vez desistido del contrato por no superar la prueba, el trabajador podría reclamar por despido alegando la nulidad de un pacto por no incardinarse su relación laboral en el marco pactado. Así lo intentó (en este caso sin éxito), el trabajador cuyo recurso desestimó la STSJ Galicia 8 julio 2015 (JUR 2015/187075).

[429] A.V. SEMPERE NAVARRO: "Resolución del vínculo laboral y período de prueba", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 6, 1981, pág. 251.

[430] Puede verse con mayor detalle en el capítulo referente a la duración del contrato.

B. CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL

Dispone el art. 12 ET, en su núm.1, que "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", parcialidad que se permite (núm. 2), tanto en la contratación por tiempo indefinido[431], como en la de duración determinada, a excepción del contrato para la formación.

Con respecto al régimen de prueba, no establece la norma[432] ninguna previsión específica, siendo de aplicación, por tanto, las reglas del art. 14 ET, si bien los contratantes, ajustándose a los límites fijados convencionalmente (o legalmente, en su defecto), deberán contemplar, a la hora de fijar los plazos necesarios para la verificación mutua de la conveniencia del trabajo contratado, las circunstancias específicas de la relación que inician, pues la mayor o menor continuidad, el número de horas contratadas, la frecuencia o el carácter cíclico de la prestación no debe representar un obstáculo para la indicada verificación[433].

---

[431] En algunos supuestos, sobre todo de contratos fijos discontinuos en los que la prestación de servicios anual era muy escasa (de temporada), se ha cuestionado por los trabajadores la posibilidad de establecer en sus contratos los períodos de prueba previstos para los contratos indefinidos ordinarios, si bien, en caso de no existir previsión específica en el convenio colectivo, el tipo de contrato es indefinido, pese a su falta de continuidad, y serán de aplicación las reglas previstas para el trabajo fijo, sin que quepa la asimilación a contratos temporales. En este sentido STSJ Cataluña 12 noviembre 2012 (JUR 2013/19651), al indicar que "aun cuando los trabajadores de temporada no presten sus servicios de forma permanente ello no impide que tengan la condición de fijos, pues ya de antiguo viene considerándose a los mismos como trabajadores fijos discontinuos, lo cual hace que su relación sea indefinida pero la prestación de sus servicios no sea permanente; la única novedad de los últimos años es que el Estatuto de los Trabajadores regula estos contratos (inadecuadamente según algunos autores) entre los contratos a tiempo parcial, actualmente en el art. 12.3.b ET.

[432] El RD 2317/1993, de 29 de diciembre que desarrolla los contratos en prácticas y de aprendizaje y los contratos a tiempo parcial, no contiene referencia alguna a la prueba, limitándose a afirmar, en su art. 19, que los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo, salvo las peculiaridades que, en función del tiempo trabajado, estén establecidas por ley o puedan determinarse por la negociación colectiva. Por su parte, la reciente Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes (RCL 2014/311), tampoco ha incidido en la materia analizada.

[433] En este contexto, la STSJ Cataluña 12 noviembre 2012 (JUR 2013/19651). La empresa recurrente alegaba que el cese acordado con respecto a un trabajador a tiempo parcial equivalía a un desistimiento durante el período de prueba, pues debía considerarse ampliada la duración del inicialmente pactado en el contrato, en aplicación del porcentaje del 0,508%, que era su jornada a tiempo parcial (de modo que prácticamente se ampliaban al doble los días de prueba fijados en el contrato), petición rechazada por la Sala al entender que no existiendo una previsión expresa en el convenio, debía atenderse a la duración del contrato, es decir, a los días de prestación efectiva de servicios.

En este sentido, algún autor ha planteado la posibilidad de ampliar los límites del período de prueba, legal o convencionalmente establecidos, en proporción inversa a la reducción de jornada del contrato, esto es, ajustando la duración de aquel a la proporcionalidad de la jornada[434], alargándolo en atención al tiempo no trabajado (a menor jornada contratada, menor tiempo para verificar las aptitudes y cualidades profesionales del trabador); el argumento es que el cómputo de días naturales cuando se trata de contratos a tiempo parcial implica una reducción notable del tiempo de trabajo efectivo, contrariándose la finalidad perseguida por el período de prueba. En cualquier caso, los partidarios de esta posibilidad convienen en que este "alargamiento" no tenga en cuenta los descansos semanales y los festivos. Otros autores[435], por el contrario, compartiendo la lógica de la anterior propuesta, consideran que el referido alargamiento solo debería producirse en la medida en la que haya base para pensar que el contrato a tiempo parcial de que se trate no haya conferido información suficiente al empleador sobre las aptitudes del trabajador, lo que sucederá, seguramente, cuando se trate de contratos a tiempo parcial con reducciones significativas de jornada, al presumirse, en ellos, la mayor dificultad para que el empleador compruebe las cualidades del trabajador contratado[436].

Como señala DE VAL TENA[437], en el terreno práctico, el problema que se plantea en el cómputo del plazo a prueba en los contratos a tiempo parcial, en los que es posible que no se presten servicios todos los días, deriva de que la normativa específica de este tipo contractual no contiene ninguna previsión. El autor, desde una perspectiva finalista, rechaza la regla de la proporcionalidad para determinar (reduciéndola) la extensión de la fase de prueba, al tiempo que tampoco considera aceptable ampliar la duración de la prueba en estos contratos (sobre todo si son contratos a tiempo parcial "horizontales" – horas al día o a la semana, ejecutando la prestación regularmente todos los días laborables) computando sólo las horas de trabajo efectivo; así, para el autor, un día trabajado equivaldrá a un día de prueba transcurrido, con independencia de las horas

---

[434] M. A. BALLESTER PASTOR: *El período de prueba* (Bibl. cit.), pág. 59.

[435] O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), pág.69.

[436] Es, sin duda, una cuestión compleja que debiera ser abordada, preferentemente, por los contratos de trabajo, inclinándome, en defecto de los mismos, a negar virtualidad a estas ampliaciones en el período de prueba, que en mi opinión, ha de ajustarse escrupulosamente a los días naturales contemplados en el pacto.

[437] A. L. de VAL TENA: *Pacto de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 139.

trabajadas, dado que, lo contrario precarizaría aún más la posición del trabajador. No obstante, en la figura de los trabajadores fijos discontinuos (contratos "verticales" días a la semana, al mes o al año, con discontinuidad en la prestación), entiende que debería limitarse el cómputo solamente a las temporadas de actividad, adicionando temporadas sucesivas si fuera preciso hasta completar la duración pactada.

Jurisprudencialmente, se ha considerado indiscutible (con las matizaciones que hemos analizado) que cuando se trata de contratos de trabajo ordinario a jornada completa, el cómputo del período de prueba debe realizarse atendiendo a los días naturales y no exclusivamente a los laborales o de trabajo efectivo... criterio que, sin embargo, puede plantear problemas cuando se trata de contratos de trabajo a tiempo parcial, dada la diversidad de jornadas que pueden pactarse, conforme a lo establecido en el art. 12.1 del ET. Así, no es lo mismo un contrato a tiempo parcial en el que se pacte una jornada de menos horas al día que la ordinaria, en cuyo caso el trabajador acude al trabajo todos los días, que un contrato de aquella naturaleza en el que se acude una jornada (completa o parcial) de determinados días a la semana, al mes o al año (en los que se alternan períodos de trabajo con otros en los que no se desempeña actividad laboral alguna con una duración significativa). En estos últimos supuestos, el cómputo del período de prueba atendiendo a días naturales a partir de aquel en que se comienza la prestación puede hacer ilusoria la finalidad del período de prueba[438].

En este ámbito, la STS 11 mayo 1998 (RJ 1998/4644) estableció que "en orden a determinar el contenido de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de los Trabajadores con contrato a tiempo parcial no debe aplicarse con carácter automático y genéricamente el principio de proporcionalidad en función al tiempo efectivamente trabajado, sino que debe examinarse cada supuesto concreto a la luz de la normativa aplicable y, en defecto de ésta, atender a la finalidad y compatibilidad de dicho principio en relación con la condición laboral o prestación cuestionada".

En el caso resuelto por STSJ Castilla La Mancha 26 octubre 2004 (AS 2004/2925), la trabajadora disponía de una jornada laboral a tiempo parcial que se concretaba a la mañana de los martes, los sábados y domingos de cada semana, estableciendo la Sala como más conforme a la finalidad del período de prueba computar exclusivamente los

[438] STSJ Castilla La Mancha 26 octubre 2004 (AS 2004/2925).

días de trabajo efectivo como de prueba, máxime cuando dicho período de prueba, según el convenio colectivo aplicable, era de 15 días para la categoría de la trabajadora.

En supuesto análogo, de personal no sanitario de hospital púbico (técnico de laboratorio) que no prestaba servicios todos los días de la semana, la STSJ Comunidad Valenciana 12 julio 2001 (AS 2001/2055), consideró que el periodo de prueba fijado, en ese caso, de "un mes", había de considerarse no de fecha a fecha, sino en función de los días efectivamente trabajados, si bien en este caso, existía un apoyo indirecto representado por la normativa establecida para la provisión y cobertura de plazas, que aludía al "trabajo efectivo" al establecer los períodos máximos de duración del período de prueba.

En cualquier caso, la identidad de razón de los pronunciamientos que amplían, en estos casos, la duración del período de prueba, haciéndolo coincidir con los días de trabajo efectivo, en lugar de con su transcurso natural, es clara: si el período de prueba puede conceptuarse como aquel que pudiendo pactarse al inicio de la prestación de servicios tiene por objeto el que las partes conozcan las aptitudes, condiciones y circunstancias de la otra antes de que la relación laboral adquiera carácter de permanencia, 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.

C. CONTRATOS FORMATIVOS

Con el objeto de favorecer la inserción profesional y la formación teórico-práctica de los jóvenes, regula el ET, en su art. 11, los denominados "contratos formativos", que se clasifican, a su vez, en un contrato de trabajo "en prácticas" (cuyo objetivo es la adquisición de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursado) y en otro "para la formación y el aprendizaje" (vinculado al objetivo de adquisición de una cualificación profesional en régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo), contratos éstos que no contienen diferencias significativas con respecto a la regulación ordinaria en materia de pacto de prueba. No siendo objeto de este estudio, en absoluto, la singularización del régimen jurídico global de ambos contratos, nos limitaremos a abordar su existencia desde el único enfoque del

establecimiento, posible en ambos, de un período de prueba durante la fase inicial de la contratación.

Como detalla la Jurisprudencia[439], todo contrato formativo, a los efectos del art. 11 ET, de prácticas y de formación, implica la realización por parte del trabajador de la efectividad de sus conocimientos, y la adquisición de un desarrollo en la vida real de aquellos conocimientos teóricos que ha adquirido, o, en otro caso, el desarrollo de un puesto de trabajo y la adquisición de los elementos tanto teoréticos como prácticos de una profesión. Junto a ello, encontramos que la convención sobre un período de prueba lleva consigo la posible previsión unilateral del empresario de extinguir el contrato de trabajo, en razón a la falta de acomodación del operario a las realizaciones y prestaciones que se le exigen dentro del contrato de trabajo. Esta facultad unilateral, supone una valoración subjetiva por parte del empleador de la actividad que realiza el trabajador, y no queda totalmente desvinculada de la posible fiscalización que el Ordenamiento Jurídico puede imponer tanto respecto a la conculcación de derechos fundamentales como al abuso del ejercicio de dicha facultad.

a. Contrato de trabajo en prácticas

No ha establecido el legislador, para este contrato en prácticas, un régimen singular o diferenciado[440] del marco general contenido en el art. 14 ET, limitándose a establecer unos plazos específicos que actúan como topes máximos, en defecto de convenio colectivo aplicable. En concreto, el art. 11.1 ET, establece, en su letra d) que, 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 ó 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[441], plazos éstos

[439] STSJ País Vasco 3 octubre 2004 (JUR 2005/18131).

[440] La Disposición Adicional 21ª de la Ley 37/1988, ordenó al Gobierno que regulase el régimen jurídico de la relación laboral de carácter especial de los jóvenes que colaboren en el trabajo para su inserción profesional, considerándose la misma incluida entre las previstas en el art. 2.1. ET, si bien dicho mandato no se llevó a efecto.

[441] La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, añadió la oportuna referencia a que el periodo de prueba no podrá ser superior a un mes para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión "del certificado de profesionalidad de nivel 1 o 2", ni a dos meses para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que están en posesión del "certificado de profesionalidad de nivel 3".

que han de contextualizarse, en este caso, con la previsión de la letra b)[442] del mismo artículo, en virtud de la cual, la duración de este contrato no podrá exceder de dos años.

La mención al convenio colectivo es de franca habilitación para alterar, incluso al alza[443], los plazos máximos establecidos, sin quedar aquellos vinculados, ni por los más amplios que recoge el art.14 ET, ni por sus plazos específicos, de manera que los topes máximos del art. 11.1.d ET solo vincularán a los contratantes individuales en defecto de tal norma paccionada.

Con todo, los plazos no debieran ser muy superiores a los legales[444], ya que al estar dirigido el contrato a la obtención de la práctica profesional adecuada a la titulación obtenida previamente, el tiempo dedicado a la comprobación de las aptitudes precisas para el puesto, debe guardar una proporción razonable con el período de estabilidad en el contrato, de manera que no hay inconveniente para el establecimiento de un pacto de prueba siempre que sea adecuado para constatar el rendimiento esperado[445].

En cualquier caso, la habilitación al convenio colectivo para disponer de la duración del período de prueba en estos contratos en prácticas ha de entenderse en sentido estricto, exigiéndose, en todo caso, que las modulaciones al respecto se concreten de manera precisa, pues en caso contrario, se aplicarán los mínimos legalmente establecidos para cada modalidad contractual utilizada[446].

Así se observa en STSJ 16 diciembre 2008 (AS 2009/672), en un supuesto en que el Convenio Colectivo (en ese caso de empresa) regulaba el período de prueba, con carácter general, sin contener referencia al contrato en prácticas, pretendiendo la

---

[442] Art. 11. 1. b) La duración del contrato no podrá ser inferior a seis meses ni exceder de dos años, dentro de cuyos límites los convenios colectivos de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior podrán determinar la duración del contrato, atendiendo a las características del sector y de las prácticas a realizar.

[443] STSJ Castilla-La Mancha de 14 de diciembre de 2000 (AS 2000/4325).

[444] La mayoría de convenios colectivos que hemos podido analizar, reproducen, en materia de prueba para contratos en prácticas, el esquema legal del art.11.1 ET.

[445] A. L. de VAL TENA: *Pacto de prueba*… (Bibl. cit.), pág. 96 (citando a SEMPERE NAVARRO y CARDENAL CARRO: "Fomento del empleo juvenil: los contratos formativos").

[446] Como indica F. de VICENTE PACHÉS: "El contrato de trabajo en prácticas tras la ley 35/2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo", *Aranzadi Social* núm. 20/2011, Edición Digital, BIB. 2010/3243, "si el convenio colectivo no establece cuál habría de ser la duración máxima de la prueba, este período no podrá ser superior a los límites -de uno o dos meses, según sea el caso- establecidos legalmente. De manera que, la regulación legal sólo regirá en ausencia de norma convencional.

empresa aprovecharse del mayor período de prueba contemplado en la regulación genérica del art. 14 ET, para operar el desistimiento con respecto de un empleado, a lo que la Sala responde negativamente: "no puede considerarse aplicable la regulación general, porque la remisión al convenio colectivo debe ser entendida a una regulación específica para el contrato en prácticas, como es la regulación contenida en la ley. Por lo tanto, al no existir en el convenio colectivo aplicable un pacto específico sobre la duración del período de prueba en los contratos en prácticas, hay que estar al período máximo establecido de un mes para los trabajadores que estén en posesión de título de grado medio, categoría que ostenta la actora"[447].

Más allá de su especificidad en el tiempo máximo, no existen otras referencias singulares, aplicándose en todo lo demás lo dispuesto en el art. 14 ET, incluida la necesidad de consignarse, necesariamente, por escrito[448].

Una vez concluido el contrato de trabajo en prácticas[449], si el trabajador continuase prestando sus servicios en la misma mercantil, no podrá establecerse un nuevo período de prueba, computándose la duración del contrato vencido, incluida la fase de prueba, a efectos de antigüedad del trabajador (art. 11.1.f, ET)[450], sin que pueda "diluirse" este efecto por el hecho de que entre la finalización del contrato en prácticas y el comienzo de la relación "novada", medie un pequeño lapso temporal o se suscriban documentos de extinción del vínculo anterior, incluso con cláusulas que incluyan efectos liberatorios. Así lo entendió STSJ 20 marzo 2002 (AS 2002/255), para la que la continuidad no se pierde "por el hecho de que las demandantes suscribieran documento expresivo de su voluntad de rescindir el contrato de trabajo en prácticas, como lo revela

---

[447] En los mismos términos, la STSJ Madrid 26 febrero 2008 (JUR 2008/121488), que en relación al Convenio Colectivo General de la Construcción, hace referencia a que el mismo regula el período de prueba con carácter general sin contener referencia al contrato en prácticas, por lo que no puede considerarse, como pretende la empresa, que pueda aplicable la regulación general, porque la remisión al convenio colectivo debe ser entendida a una regulación específica para el contrato en prácticas, como es la regulación contenida en la ley. Por lo tanto, al no existir en el convenio colectivo aplicable un pacto específico sobre la duración del período de prueba en los contratos en prácticas, hay que estar al período máximo establecido de un mes para los trabajadores que estén en posesión de título de grado medio.

[448] STSJ Castilla La Mancha 1 marzo 1997 (AS 1997/1025): "la concertación de un período de prueba en el contrato es facultativa para las partes, de suerte que si no se ha pactado período de prueba expresamente ("por escrito", según el art. 14.1 ET), no puede considerarse que tal pacto exista contractualmente".

[449] Debemos entender que incluso en el supuesto en que las partes decidan ponerle fin antes de su vencimiento, para transformarlo en un contrato ordinario.

[450] Consideraciones que no vienen sino a reiterar lo indicado en el art. 14 ET.

que esa manifestación de voluntad estaba condicionada a la oferta de contrato de trabajo de duración indefinida, efectivamente realizada, y pone de manifiesto que lo acontecido y querido, en realidad, no fue la extinción del vínculo contractual, sino la transformación del que habían mantenido".

b. Contrato para la formación

A diferencia de lo que sucede con el contrato anterior, hermanado con el que ahora analizamos por compartir ubicación numeral (art. 11 ET) y denominación conjunta ("contratos formativos"), no prevé la norma estatutaria, en el contrato para la formación y el aprendizaje, singularidad alguna en materia de prueba, existiendo una remisión tácita al régimen común previsto en el art. 14 ET; esto es: papel protagonista del convenio colectivo en el establecimiento de su duración máxima, respeto de los contratantes a dicho marco temporal o, en su defecto, al legal; y aplicación íntegra del régimen jurídico de la institución al resto de aspectos.

En efecto, el art. 11. 2. ET no regula, de manera expresa, la posibilidad de someter a prueba el contrato para la formación y el aprendizaje, si bien sí lo hace de manera implícita al consignar, en su apartado i), que en el supuesto de que el trabajador continuase en la empresa al término del contrato se estará a lo establecido en el apartado 1, párrafo f) de este artículo (precepto, que como vimos, concreta, en relación al contrato en prácticas, que en tales casos no podría concertarse un nuevo período de prueba).

En todo caso, el RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y establece las bases de la formación profesional dual[451], sí establece, con toda claridad, la posibilidad de establecer en estos contratos un período de prueba, conteniendo, a su vez, una remisión expresa al art. 14 ET. En efecto, establece su art. 10 ("Período de prueba"): 1) que 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[452]; y 2) que si al término del contrato la persona trabajadora continuase en la empresa, no podrá concertarse un nuevo

[451] Desarrollado en sus aspectos formativos por Orden EES/2518/2013, de 26 de diciembre.

[452] En la regulación anterior, el RD 488/1998, de 27 de marzo, se remitía, en su art. 18.1, párrafo 2º, "a lo dispuesto con carácter general en el art. 14 ET", precepto reglamentario derogado, en lo referente a los contratos formativos, por la Disposición Derogatoria Única del RD 1529/2012, de 8 de noviembre (RCL 2012/1529).

período de prueba, computándose la duración del contrato para la formación y el aprendizaje a efectos de antigüedad en la empresa.

Los plazos máximos de duración, propios de la normativa común (seis meses para los técnicos titulados y dos meses para los demás trabajadores, ampliable a tres en empresas de menos de veinticinco trabajadores para los que no sean técnicos titulados, con la singularidad del tope general de un mes para los contratos temporales de duración no superior a seis meses) han de relacionarse, a su vez, con los límites temporales del propio contrato para la formación y el aprendizaje, cuya duración mínima es de un año y máxima de tres, si bien, cabe, por convenio colectivo, y en función de las necesidades organizativas o productivas de las empresas, "ajustar" dicha duración, acortándola hasta los seis meses[453] de tiempo mínimo, con mantenimiento del tope temporal de tres años.

Como vemos, la intervención convencional permitirá concertar contratos para la formación y el aprendizaje de seis meses de duración, si bien entiendo que a los mismos no será de aplicación la "garantía" para el trabajador del art. 14.1.2º párrafo ET, que marca en un mes el máximo de prueba en contratos no superiores a seis meses, al referirse expresamente el citado precepto a los contratos temporales del art. 15 ET, numeral en el que, obviamente, no se integra el contrato formativo que analizamos.

Por lo demás, como indica DE VAL TENA, la remisión al marco ordinario no impide que afloren anomalías dignas de tenerse en cuenta, como la siguiente: en defecto de convenio que pueda determinar otra cosa, la extensión temporal de la fase de prueba es posible que supere la del propio contrato para la formación, siempre que el convenio colectivo fije un período máximo de prueba superior al legal, aun entendiendo que se trata de un trabajador no cualificado, puesto que el objeto del contrato es la obtención de la formación necesaria para desempeñar un oficio. Así comparada con la regulación anterior, la situación de los trabajadores en formación ha sufrido una merma considerable, en la medida que antes de la reforma del art. 14 por Ley 11/1994, el tiempo máximo que podía durar el período de prueba para los trabajadores menos cualificados era de quince días, no siendo disponible tal plazo por convenio colectivo o

[453] La intervención convencional permitirá la aplicación, a este contrato, de lo dispuesto en el art. 14.1. párrafo 2º ET: "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".

contrato individual, salvo mejora -entiéndase reducción- para los intereses del trabajador.

Sorprende, así, que a diferencia de lo que sucede con el contrato en prácticas, el contrato para la formación y el aprendizaje, se someta al esquema común del art. 14 ET, permitiendo establecer períodos de prueba de mayor duración para realizar trabajados de menor cualificación.

D. CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES

a. Regulación legal y justificación del supuesto

Justificándose, al menos formalmente, en la actual coyuntura política y económica y responsabilizando, sin disimulos, al Derecho del Trabajo tradicional, de las debilidades actuales de nuestro mercado de trabajo (con una insostenible tasa de desempleo y un preocupante déficit de competitividad y productividad en nuestras empresas), los Gobiernos de turno vienen aprobando, en los últimos años, sucesivas reformas legislativas que, no siempre con buena técnica, afectan de manera directa a instituciones esenciales de esta rama del Derecho[454]. Vorágine normativa que, debemos reconocerlo, provoca en los profesionales del Derecho no pocas dudas de aplicabilidad normativa.

La más importante, innegablemente, de los últimos lustros, es la acometida por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (inicio de la gran Reforma Laboral), que, entre las medidas instauradas, dio a luz al denominado "contrato de trabajo de duración indefinida de apoyo a los emprendedores", novedosa modalidad contractual (calificada por la mayoría de autores como medida "estrella") que se mantendría, con idéntico nombre, en la definitiva Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral[455].

---

[454] Puede verse, M. T. IGARTÚA MIRÓ: "Crítica a un nuevo Derecho del Trabajo al servicio de la flexibilidad y subordinado al crecimiento, la competitividad y el empleo", en *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 2, diciembre 2014, pág.116, para quien las medidas adoptadas a partir de la reforma laboral de 2012 muestran un clarísimo giro dado al Derecho del Trabajo, mediante decisiones de corte más bien político que han convertido un Derecho "equilibrador y tutelador" de los intereses de la clase trabajadora en un Derecho "dominado por grandes desequilibrios" (desde el Derecho del Trabajo hasta el Derecho del empleo o del pseudoempleo), donde los valores en alza son la empresa, la competitividad, el crecimiento y el empleo, institucionalizándose una lamentable precariedad laboral (nuevo orden jurídico laboral), admitida por los Gobiernos, en la que la nueva clase social de "trabajadores pobres", se ve desprovista de determinados derechos conquistados en los últimos treinta años.

[455] El contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, para servir de instrumento para el fomento del empleo, según reza la exposición de motivos del RDL, introducía importantes novedades con respecto al régimen común: a) la primera, establecer una limitación subjetiva: solamente podrá ser concertado por

En concreto, el art. 4 de la Ley 3/2012 establece una nueva modalidad de contrato, dirigida a un colectivo empresarial al que denomina "emprendedores"[456], cuya finalidad declarada es mejorar las tasas de contratación indefinida en empresas con plantilla inferior a 50 trabajadores (la mayoría de nuestro tejido empresarial, como se ha dicho)[457], a través de un contrato de trabajo indefinido, formalizado por escrito, a jornada completa o parcial, que ofrece una serie de estímulos económicos (bonificaciones fiscales y rebaja de cuotas sociales) pero, sobre todo, la ventaja para el empleador (ap. 3º del art. 4) de poder prescindir libremente, y sin coste, de los trabajadores así contratados durante el primer año de vigencia el contrato (es cierto que con pérdida de las correspondientes ayudas en caso de haberlas solicitado). Se exige, asimismo, para la formalización del contrato, que estas empresas no hayan adoptado en los seis meses anteriores a su celebración, decisiones extintivas declaradas judicialmente como improcedentes, relativas a puestos de trabajo del mismo grupo profesional y ubicados en el mismo centro de trabajo que ocupará el nuevo trabajador; como fomento de esta modalidad contractual se prevé una serie de incentivos económicos para el empresario, para cuya consolidación se exige la permanencia del trabajador durante al menos tres años, así como la posibilidad, para el trabajador, de compatibilizar parte del importe de la prestación por desempleo que viniera percibiendo (25%) con el salario devengado en el nuevo contrato.

Lo más característico del contrato es el "reclamo" que supone facilitar su extinción sin preaviso ni coste indemnizatorio durante el primer año de vigencia[458]. Duración de un

---

empresas que tengan menos de 50 trabajadores en el momento de producirse la contratación, si bien de poca trascendencia dado que éstas representan más del 99% de las empresas españolas; b) en segundo lugar, se exigía que este contrato se celebrara a tiempo completo, pero dicho límite desapareció a raíz de la reforma operada en este contrato por el RDL 16/2013, de 20 diciembre 2013; c) finalmente, y esta es quizás, la auténtica novedad, se estableció un período de prueba cuya duración, "en todo caso" habría de ser un año, sin posibilidad (en principio) de alteración por vía contractual o convencional.

[456] "Emprendedores", según el Diccionario de la RAE, son quienes "emprende(n) con resolución acciones o empresas innovadoras".

[457] No se entiende bien que se recurra al número de 50 trabajadores para marcar las diferencias entre quienes son "emprendedores" y quienes no lo son a los efectos de esta ley, pero, en todo caso, una empresa con una plantilla cercana a los 50 trabajadores parece exteriorizar una consistencia que, en mi opinión, no precisa de una incentivación al empleo por la vía de un contrato que priva durante un año de estabilidad laboral a los trabajadores contratados.

[458] En ese sentido, O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 95, para quien las particularidades del período de prueba en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores no son accidentales, sino "sustanciales", pues la funcionalidad de prospección, propia del período de prueba, puede haber cedido a favor de una utilidad netamente distinta de promoción o fomento del interés de la empresa por la contratación del trabajador mediante la instrumentalización del período de prueba como

año que, es palmario, supera la que, con carácter general, y en defecto de convenio colectivo, establece el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores: seis meses para técnicos titulados y dos meses (ampliable a tres, en empresas de menos de 25 trabajadores) para los demás trabajadores; junto a su duración, destaca igualmente el no establecimiento de reglas que diferencien a los trabajadores según su titulación, capacitación o nivel formativo, aplicándose por igual, a todos, el mismo período de prueba.

En coherencia con el expresamente admitido propósito de generación de empleo estable y superador de la crítica coyuntura existente en la fecha de promulgación de la Ley, su Disposición transitoria 9ª establece una -también novedosa- regla de vigencia, vinculada a la superación de determinados umbrales de desempleo; en efecto, los contratos indefinidos de apoyo a emprendedores podrán utilizarse "hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento"[459]. Este carácter de vigencia "a extinguir" es lo que, por otra parte, justificaría la no inclusión de la nueva figura contractual en el articulado del Estatuto de los Trabajadores[460].

b. Funcionalidad del período de prueba

No siendo objeto de este estudio el régimen jurídico de la nueva modalidad contractual, sí debemos detenernos, sin embargo, en el rasgo más identificativo y, sin duda, controvertido, del nuevo contrato: el establecimiento, en el mismo, de un período de prueba de un año de duración en todo caso. En efecto, el art. 4 Ley 3/2012, tras indicar que, con carácter general, el régimen jurídico de este nuevo contrato será el común, viene a precisar que "con la única excepción de la duración del período de prueba a que se refiere el Estatuto de los Trabajadores, que será de un año en todo caso". Con carácter general, pues, el período de prueba aquí instituido se ajustará a las previsiones

una suerte de "franquicia de despido" -vía libre para la extinción del contrato- durante todo el primer año de vigencia de este nuevo contrato.

[459] Se echa en falta, quizás, que esta regla de vigencia limitada no se haya aplicado, igualmente, a otras disposiciones restrictivas de derechos para los trabajadores (véase la rebaja de la indemnización por despido o la supresión de los salarios de tramitación en los supuestos de improcedencia, salvo las excepciones legales), disposiciones que, tradicionalmente arraigadas en nuestro ordenamiento, han sido abiertamente minoradas con el único pretexto de fomentar la creación de empleo, debiendo asistirles, pues, la misma identidad de razón, en cuanto a su vigencia limitada al mantenimiento de la actual coyuntura de empleo.

[460] Como indica O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 99, las notas de "extrasistematicidad" y "coyunturalidad" de la regulación del contrato de apoyo a emprendedores, estrechamente conectadas entre sí, dan cuenta de la singularidad que adquiere el período de prueba en el contexto de esta figura contractual.

del art. 14 ET salvo en lo atinente a la duración, si bien esta última no es una nota menor, en la medida en que la misma viene a validar, de hecho, una finalidad del período de prueba distinta a la que, en su esencia, ha venido representada, tradicionalmente, por la necesidad de desarrollar las experiencias propias del contrato de trabajo en la verificación de las cualidades y aptitudes profesionales del trabajador.

De manera que el establecimiento, con carácter imperativo, de una duración fija de un año para este período de prueba (que, además, no admitiría reducciones por la negociación colectiva ni la voluntad de las partes contratantes) se aparta claramente de esa finalidad típica y justificativa de la institución[461]. No obstante, no faltan autores que defienden la posibilidad de que las partes, colectiva e individualmente, puedan "disponer" del período de prueba y de dicha duración máxima[462].

Y es, en efecto, la duración del período de prueba, sorprendente por su extensión, por su desconexión de las características de la actividad y puesto contratado y, en fin, por su alejamiento de la propia esencia jurídica del "clásico" período de prueba, lo que mayores críticas doctrinales ha desatado, siendo lugar común entre los estudiosos del Derecho Laboral la sospecha de que, pese a la denominación de contrato "indefinido", la figura analizada torna, en realidad, en un contrato temporal sin necesidad de causa, cuya finalización, libre y no sujeta a indemnización alguna, depende de la mera voluntad de un empresario que, en estas condiciones, se encontrará tentado a la resolución *ante tempus*[463].

---

[461] Finalidad atípica a la que, como luego se indicará, se le han ido "sumando" otras como la comprobación de la viabilidad económica del puesto de trabajo contratado.

[462] I. BELTRÁN de HEREDIA RUIZ: "Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores: argumentos para la inconstitucionalidad del período de prueba", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 158, Enero-Marzo 2013, pág. 209, indica que la previsión del período de prueba en este contrato ha de considerarse "facultativa" para las partes, de manera que tanto los convenios colectivos como los contratantes individuales pueden establecerlo o no, y en el primer caso, pactar un período de prueba inferior. Para M. L. MARTÍN HERNÁNDEZ: "Las continuas dudas sobre la conformidad de la configuración jurídica del contrato de duración indefinida de apoyo a los emprendedores a los vigentes principios básicos del Derecho del Trabajo", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 172, Enero 2015, pág. 273, la presunta finalidad de conseguir, con esta modalidad de contratación, empleos "estables" y "de calidad" queda desvirtuada en gran medida con la imposición legal de que en ella, el pacto sobre el período de prueba sea, sin excepción, de un año, si bien, la facultad de desistimiento (que es libre, sin necesidad de acreditación o prueba de la causa, carente de formalidad y ajeno a obligaciones de indemnización o preaviso) será válida, si en el contrato se ha incluido un pacto sobre el período de prueba, de donde se concluye que su establecimiento es, en todo caso, una facultad.

[463] No obstante ser este "riesgo" uno de los más advertidos, no tenemos datos significativos que permitan establecer qué proporción de contratos de apoyo a emprendedores se han extinguido durante el primer año del período de prueba. Al respecto, el Servicio Público de Empleo (según información extraída del trabajo

No faltando, seguramente, defensores de esta novedosa modalidad, lo cierto es que las "bondades" que se han descrito de la misma tienen más que ver con su aparente finalidad (la de fomentar la creación de empleo) que con el acierto, en términos jurídicos, del período de prueba instituido[464]. Y es que, difícilmente podemos encajar la imposición, en todo caso, y sin mecanismos de causalización, de un período de prueba de un año de duración, en el puzzle de una institución que, precisamente, modula (y justifica) su diversa duración en motivos tales como el tipo de actividad, la complejidad de la tarea contratada o el perfil del empleado.

Ahora bien, al haber decidido el legislador la "integración de esta posibilidad de desistimiento libre durante un año, en la institución del período de prueba, ha venido a aceptar que el grueso de reglas inherentes a la institución, salvo su duración, son plenamente aplicables a estos contratos de apoyo a emprendedores. Es cierto que legalmente no habría sido sencillo incluir en la configuración de un contrato indefinido una disposición que permitiese el despido libre durante un determinado lapso temporal, por lo que presumimos que esa dificultad de encaje legal es la que ha obligado al legislador a "forzar" los límites del período de prueba, desnaturalizándolo en el contrato de apoyo a emprendedores[465]. Y así, si se ha optado por denominar como período de prueba al tiempo que transcurre, en todo caso, desde la suscripción del contrato hasta el cumplimiento de un año de duración, hay que afirmar que, durante el mismo, trabajador y empresario han de quedar afectados por las reglas que en el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores configuran su régimen jurídico.

Las dudas que, desde el punto de vista teórico, envuelven al período de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores, se han trasladado al ámbito judicial, en el que

---

elaborado por M. L. MARTÍN HERNÁNDEZ ("Las continuas…". op. cit. pág. 274): habría ofrecido los siguientes datos estadísticos sobre número de contratos indefinidos de apoyo a emprendedores suscritos: en 2012, 77.260; en 2013, 77.974; y en 2014, 98.661. No contamos, sin embargo, con una estadística de los contratos que habrían sido extinguidos antes del vencimiento del citado período de prueba.

[464] Así, según I. BELTRÁN de HEREDIA RUIZ ("Contrato indefinido", op. cit., pág. 202): la previsión de un período de prueba de un año para los contratos de apoyo a emprendedores, no solo supone una ruptura con los dos procesos que históricamente ha experimentado el Derecho del Trabajo (el de reducir a la mínima expresión el ámbito de aplicación del desistimiento empresarial -al ser éste un supuesto de ineficacia contractual- y el concebir de manera cada vez más restrictiva los motivos resolutorios) sino que, además, tensiona los contornos conceptuales de esta institución.

[465] De este modo, si teleológicamente no puede entenderse como período de prueba, automáticamente debe calificarse simplemente como un "período habilitado para el desistimiento": I. BELTRÁN de HEREDIA RUIZ: "Contrato indefinido…" (Bibl. cit.), pág. 212.

Jueces y Tribunales han de analizar si la regla contenida en el art. 4.3º de la Ley 3/2012 resulta o no conforme a los principios básicos del Derecho del Trabajo reconocidos en normas de rango superior al de la ley que lo ha instituido; se ha abierto así un debate jurídico de notable interés, cuya resolución no es aún definitiva, no obstante lo cual, sí ha tomado clara ventaja la opción que plantea la conformidad del período de prueba de un año de este contrato con la normativa interna y comunitaria, si bien dicha opción, muy alejada del sentir mayoritario de la doctrina académica, no ha sido ni es pacífica, desde luego, en las distintas instancias judiciales, siendo de interés (y objeto de este estudio), analizar la respuesta que juzgados y tribunales han dado a los litigios en que andaba y aún anda envuelto el precepto analizado, tan formalmente legal como materialmente discutible. A este análisis dedicaremos los siguientes apartados[466].

c. Criterios iniciales de los Tribunales ordinarios

Efectuando un análisis cronológico (nos parece, además de ordenada, la forma más clara de verificar la evolución de los planteamientos jurídicos en esta materia), y asumiendo que habremos obviado, con seguridad, pronunciamientos de interés, vamos a efectuar un recorrido, con cierto detalle, por los distintos pronunciamientos judiciales que, desde que se implantó el contrato indefinido de apoyo a emprendedores, han emanado de los órganos de nuestra jurisdicción ordinaria.

a) Y así, encontramos en la STSJ Cataluña 6 junio 2013 (AS 2013\1754), una de las primeras reacciones judiciales, contrarias a la aceptación, sin más, del analizado período de prueba anual. Esta sentencia tuvo, no obstante, la "facilidad" de afrontar un supuesto en el que la extinción unilateral del contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores se había producido antes del transcurso del plazo máximo (45 días) fijado en el Convenio Colectivo para esa categoría de

[466] Una atinada síntesis de cuáles han sido las posturas judiciales frente al problema, es la realizada por M. L. MARTÍN HERNÁNDEZ ("Las continuas…" cit., pág. 274) al indicar que dos son las opciones que se han acogido: la primera, aceptar la legalidad y aplicar sin discusión el artículo 4.3, de manera que cualquier extinción del contrato durante el primer año de vigencia de su período de prueba es válida, sin necesidad de cumplir requisitos adicionales, salvo que se aprecie vulneración de derechos fundamentales; la segunda, cuestionar la conformidad del mencionado artículo con las normas superiores internas (la Constitución), o externas, bien de derecho internacional bien comunitarias; dentro de esta segunda opción, los órganos jurisdiccionales han seguido, a su vez, tres vías: 1) la suspensión del procedimiento y el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional; 2) el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, previa suspensión, igualmente, del procedimiento; y 3) aplicar directamente las normas de Derecho Comunitario, en virtud del principio de primacía aplicativa del mismo, entendiendo que la regla contenida en el artículo 4.3. es contraria al mismo.

trabajadores, de manera que no se consideró abusiva la decisión empresarial, en la medida en que "un eventual desajuste a la Constitución del plazo fijado en la novedosa figura contractual comentada no determinaría la nulidad total de la cláusula sobre período de prueba pactada en el contrato, pues sólo quedaría, en su caso, afectado por la nulidad el exceso de duración respecto de la establecida convencionalmente, quedando rectificada la cláusula ajustando este aspecto a la regulación del convenio colectivo, como un supuesto de nulidad parcial regulada en el art. 9.1.ET".

b) La STSJ País Vasco 18 junio 2013 (JUR 2014/136461), analizando el despido de una ayudante de camarera que pretendía la nulidad del período de prueba, por considerar que la prestación laboral para otra empleadora, con anterioridad, era suficiente muestra de su capacidad, desestima su demanda sobra la base de la literalidad legal del precepto, que claramente se desmarca del régimen común del art. 14 ET[467].

c) La sentencia que, hasta ese momento, fue objeto de mayores comentarios fue la dictada por el JS núm. 2 Barcelona 19 noviembre 2013 (AS 2013/2802), al ser la primera resolución judicial que se atrevió a inaplicar lo dispuesto en el art. 4.3 RDL 3/2012, por considerar que el mismo contravenía una norma internacional de rango superior, en concreto, el art. 4.4 de la Carta Social Europea de 1961 (a ella dedicaremos un comentario más amplio un apartado posterior)[468]. En el caso de

[467] Indica esta sentencia que lo que hace el "RDL 3/2012 de 10 de febrero es establecer un régimen de período de prueba diferente al previsto en el artículo 14 ET. Un régimen de período de prueba autónomo, especial o específico para la nueva modalidad contractual del contrato de trabajo indefinido para apoyo de emprendedores. Es decir, en este RD-Ley se crea una especialidad respecto del régimen general del artículo 14 ET, una especialidad de período de prueba que empieza por su mayor duración legalmente prevista, de un año, pero que no se para en ello, sino que trasciende de la mera mayor duración respecto del régimen general del artículo 14, pues además de la mayor duración legal permitida conlleva otros cambios implícitos como la ausencia de distinción temporal según la categoría profesional. Por otra parte, en cuanto a la libertad extintiva, ninguna especialidad presenta en este punto el RDL por lo que también para tal contrato el período de prueba constituye una condición resolutoria pactada por lo que, sobrevenida la condición, a instancia de cualquiera de las partes por medio de mera declaración con voluntad extintiva se tiene libremente y sin causa por extinguida la relación laboral".

[468] En relación a esta sentencia, pudimos leer comentarios de M. HERNÁNDEZ BEJARANO: "El período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores: un ejemplo de vulneración de la Carta Social Europea. Sentencia nº 412/13 del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona, de 19 de noviembre de 2013", en *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 124, 2014. También, comentarios en la red, como el contenido en el Blog de EDUARDO ROJO, miércoles, 4 de diciembre de 2013: "Sobre la ilegalidad del período de prueba en el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores y la importancia de la normativa internacional. Nota a la Sentencia del Juzgado de lo

autos, el trabajador (cuya actividad, según relata la propia sentencia, consistía en llevar neumáticos de un lugar a otro), seguía trabajando para la empresa después de superar el periodo de prueba, que según el art. 10 del Convenio colectivo de recuperación de residuos y materias primas secundarias era de 2 semanas para el personal obrero, ampliable a 6 meses. Impugnada la extinción de su contrato, se opone la empresa alegando haber formalizado el contrato al amparo de lo establecido en el art. 4 del Real Decreto-ley 3/2012.

El Juzgado, admitiendo que, en este caso, no es posible aplicar, como "norma más favorable", la regulación del Convenio Colectivo, en detrimento del principio de jerarquía normativa, considera, sin embargo, que lo dispuesto en el art. 4.3º del Real Decreto-ley 3/2012 contraviene lo dispuesto en la mencionada Carta Social Europea[469]. Para fundamentar su argumentación[470], se hace eco de lo decidido por el Comité Europeo de Derechos Sociales [luego adoptado en resolución unánime del Comité de Ministros en la reunión de 5 de febrero de 2013 (Resolución CM/ResChS(20133)], en relación al art. 17.5 de la Ley griega 3899 de 17 de diciembre de 2010 (que no prevé plazos de preaviso ni indemnización por finalización de contrato en los casos en que un contrato de trabajo indefinido se acabe durante el periodo de un año de prueba fijado por ella misma), indicando que tal regulación constituye una violación del art. 4.4 de la Carta de 1961[471], no pudiendo considerarse razonable un periodo de prueba de un año.

Social núm. 2 de Barcelona, de 19 de noviembre". Puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/12/sobre-la-ilegalidad-el-periodo-de.html

[469] La sentencia considera primordial analizar si el art. 4.3 del RDL 3/2012 contraviene la Carta Social Europea de 1961, ratificada por España por Instrumento de 29.04.1980 (RCL 1980, 1436, 1821), como sostiene la defensa del actor en conclusiones. En virtud del art. 4.4 de la Carta, las Partes Contratantes se comprometen "a reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo.

[470] La sentencia no duda en criticar, tácitamente, la labor del legislador al manifestar cómo "El RD Ley convierte al contrato de emprendedores en un contrato temporal carente de causa, algo prohibido en nuestro ordenamiento jurídico". Dejando clara su posición de que la situación de crisis económica en la que se enmarca la norma aludida no es motivo para desproteger a los trabajadores de sus derechos.

[471] Para la juzgadora (la titular del Juzgado, la magistrada Mª Luisa Sanz Anchuela), la Carta Social Europea es una norma internacional que forma parte del derecho interno (art. 10.2 y 96 CE) y que tiene el mismo valor vinculante que los tratados de la Unión Europea, por lo que en orden al principio de jerarquía normativa se sitúa por encima de la Ley nacional. Corresponde a la Comisión Europea de Derechos Sociales velar por la correcta aplicación de la Carta, por lo que sus decisiones son vinculantes para los órganos jurisdiccionales nacionales. Las decisiones del Comité constituyen Jurisprudencia que debe ser aplicada por los órganos jurisdiccionales nacionales.

La juzgadora considera que el caso objeto de autos es idéntico al analizado por el Comité Europeo de Derechos Sociales, y que, siguiendo la decisión del Comité, no puede llegarse a conclusión distinta a que el art. 4.3 del RD Ley 3/12 vulnera el art. 4.4 de la Carta, no pudiendo ser aplicado por contravenir dicha norma de rango superior, pues no fija ni preaviso ni indemnización por finalización de un contrato indefinido dentro del periodo de prueba de un año, plazo que es excesivo y carente de causa, y en consecuencia, lo que debe aplicarse es el Estatuto de los Trabajadores, que remite al Convenio de aplicación en la materia.

d) La STSJ Castilla-León, Valladolid, 15 enero 2014 (JUR 2014/40412) aborda, igualmente, un supuesto de extinción, por no superación del período de prueba en un contrato de apoyo a emprendedores, si bien, la particularidad del caso era la existencia de subrogación del empresario, con quien se había suscrito dicho contrato, en la posición del anterior empleador para el que el trabajador había realizado idénticos cometidos (se trataba de una franquicia mercantil), de manera que el segundo período se consideró nulo, sin entrar a valorar la adecuación o no del mismo a la normativa constitucional o internacional.

e) Pocos días después, el Tribunal Superior de Justicia País Vasco, mediante Auto de 21 enero 2014 (AS 2014/524), plantearía una cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 4.3 de la Ley 3/2012 (las dudas de constitucionalidad se contraen "a la determinación de la duración del período de prueba en un año, apartándose así de la regla general del art. 14 ET, así como la afirmación de que éste lo será así "en todo caso". Y ello en relación con la previsión del art. 4. 1 de la propia Ley 3/2012, que reserva esta modalidad contractual a las empresas que tengan menos de 50 trabajadores"), por supuesta vulneración de los siguientes preceptos constitucionales:

   – Art. 14 CE (en cuanto al principio de igualdad ante la Ley y no discriminación), en la medida en que se permite realizar este tipo de contratos a empresas de menos de 50 trabajadores, no acertándose a adivinar, por la Sala proponente de la cuestión, qué especificidad es la que tienen, pues, en esta modalidad contractual no varía el contenido de la prestación de servicios ni ninguna otra condición de trabajo que justifique esa ampliación del período de prueba en orden a la que legalmente se ha configurado como su estricta

finalidad, siendo irrelevante a los efectos del objetivo del período de prueba el tamaño de la plantilla de la empresa contratante y la modalidad contractual a que se refiera. "De ahí que se considere que el establecimiento de un período de prueba de un año con posibilidad de libre desistimiento empresarial y sin derecho a indemnización o resarcimiento alguno, en la modalidad contractual de referencia, contraría el principio de igualdad ante la Ley y de no discriminación del artículo 14 CE, al no constar ni adivinarse justificación lógica para el establecimiento de dicho prolongado período de prueba de un año ni su reserva a quienes resulten contratados por esta modalidad en empresas de menos de 50 trabajadores".

- Art. 9.3 CE (respecto a la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos), por cuanto que "la falta de elementos que justifiquen un período de prueba tan amplio supone que el legislador -también obligado por este principio constitucional- ha podido incurrir en la arbitrariedad prohibida". A ello debe añadirse que la institución del período de prueba y la libertad de desistimiento empresarial durante la vigencia del mismo no guardan relación alguna causa-efecto con el fomento del empleo. Por ello, entiende la Sala que plantea la cuestión que el apartado 3 del artículo 4 de la Ley 3/2012 constituye un tratamiento desigual que "no responde a ninguna justificación objetiva en orden a establecer el dicho período de prueba en la modalidad contractual referida… de ahí que entendamos también que esta decisión del legislador incurre en la arbitrariedad prohibida constitucionalmente".

- Art. 35.1 CE (en relación con el derecho al trabajo contemplado en el mismo), en la medida en que la posibilidad de extinguir el contrato durante su vigencia mediante desistimiento empresarial, inmotivado y acausal, no respetaría, en su dimensión individual, el "derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos (concepto en el que se incluye cualquier supuesto de extinción unilateral) si no existe justa causa". La Sala del País Vasco invoca, por lo demás, lo dispuesto en el Convenio 158 OIT, cuyo artículo 4 garantiza el derecho de la persona trabajadora a no ser privada de su trabajo "sin causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa...". Sobre esta base, se indica que el período de prueba, como excepción al principio de causalidad en la

extinción contractual, se justifica en la medida en que cumple su finalidad de comprobación de las aptitudes profesionales y adecuación al puesto de la persona contratada, no pudiendo abstraerse esta regulación excepcional de los requisitos de objetividad, proporcionalidad y razonabilidad, requisitos que, para el órgano colegiado vasco, no parecen concurrir en un precepto (art. 4.3 Ley 3/212) que "prevé un período de un año, sin conexión con el puesto de trabajo o los servicios encomendados ni la titulación de la persona trabajadora; excediéndose "de manera relevante de la regulación general del art. 14 CE, sin justificación razonable"; configurándose, en definitiva, un contrato que "pese a su denominación (indefinido), tiene un período de prueba de un año y viene, en consecuencia, sometido a la posibilidad de extinción acausal durante el mismo", recordando en este punto la Sala (aunque consciente de invocar Jurisprudencia del Tribunal Supremo), que "la legítima finalidad del período de prueba desaparece o pierde su sentido si se fija un plazo excesivo para su duración".

- Art. 37.1 CE (que consagra el derecho a la negociación colectiva), en la medida en que el apartamiento del régimen común previsto en el art. 14 ET (que remite a los Convenios Colectivos la previsión de la duración del período de prueba), para establecer, por Ley, y en todo caso, un período de prueba de un año, viene a cerrar el paso a la negociación colectiva en este ámbito (dimensión laboral de la negociación colectiva que goza de protección constitucional). De esta manera, la duración del período de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores se convierte en "indisponible para los agentes sociales e impide su adaptación y adecuación a las concretas circunstancias, particularidades y necesidades de los distintos sectores y empresas, a diferencia de la dicha regulación general", algo que choca, adicionalmente, con lo dispuesto en el Convenio 154 OIT (que "prevé que los Estados adopten medidas de fomento de la negociación colectiva, de modo que ésta sea posible para todos los empleados y todas las categorías de las ramas de actividad, así como que la negociación colectiva sea extendida a todas las materias relativas a las condiciones de trabajo y empleo).

- Art. 24.1 CE (relativo a la tutela judicial efectiva), en la medida -advierte la Sala- que "la regulación cuya constitucionalidad se pone en cuestión impide la

> discusión en sede judicial acerca de la justificación de la extinción del contrato en ese extraordinariamente prolongado período de tiempo de un año, dado que la persona trabajadora va a carecer de la capacidad de reacción frente a la decisión extintiva, al tratarse de un mero desistimiento empresarial en período de prueba, a salvo lo más arriba razonado en relación a la posible vulneración de derechos fundamentales". Situación que vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, pues, como tiene razonado el Tribunal Constitucional, "la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho", dado que "esa reacción frente a la decisión unilateral del empresario ... es uno de los aspectos básicos en la estructura de los derechos incluidos en ese precepto constitucional". Añade el TSJ Vasco, que la regulación del período de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores, vendría a contrariar lo dispuesto en el art. 9.1. del Convenio 158 OIT que, en relación a la terminación de la relación de trabajo reconoce la facultad de que un organismo externo pueda "examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada".

El planteamiento de esta primera cuestión de constitucionalidad fue objeto de atención por parte de la doctrina, con numerosos comentarios[472], sobre cuyo contenido volveremos más adelante, al analizar la postura del Tribunal Constitucional, desvelada en resoluciones judiciales posteriores.

---

[472] Comentarios muy críticos como el de E. LARRAZABAL ASTIGARRAGA: "¿Es constitucional el período de prueba establecido en el contrato de apoyo a emprendedores? Comentario al Auto de 21 de enero de 2014 del TSJPV", en *Revista de Derecho Social*, núm. 65, 2014, pág. 179, para quien el contrato en cuestión es "otra medida más que subordina los derechos fundamentales y sociales de las personas (en este caso trabajadoras) a los fines exclusivamente económicos" pues "entender el período de prueba de un año como medida de fomento del empleo, afirmándose que en la medida en que se reducen el riesgo y el coste del empresario se va a fomentar la contratación laboral, conlleva la admisión de cualquier tipo de medida, aunque sea discriminatoria y carezca de la tutela judicial efectiva, condenando a las personas contratadas bajo esta modalidad a la precariedad absoluta, bajo el techo protector (y pretendido como motivo justificador) de un fin legítimo como es el fomento del empleo… Estamos, nada más ni nada menos, que ante una posibilidad de extinguir la relación laboral de forma acausal y gratuita, pero ocultada bajo la figura del período de prueba que, como hemos visto, nace para una finalidad distinta a la aquí pretendida".

Por lo demás, el contexto en que se planteó la cuestión era la resolución de un recurso de suplicación en el que la sentencia de instancia había considerado que la extinción, por desistimiento empresarial, del contrato de trabajo de la demandante casi ocho meses después de su inicio, quedaba amparada por la norma referida, no existiendo despido. El Tribunal entiende que la resolución del caso depende exclusivamente del precepto de referencia, de manera que, si dicha norma se reputara inconstitucional y, en consecuencia, no aplicable al caso, la extinción del contrato de trabajo de la recurrente no constituiría un mero acto de desistimiento empresarial vigente el período de prueba, sino un despido.

El Auto de 21 de enero de 2014 cuenta con un singular Voto Particular del Magistrado Eguaras Mendiri, que, compartiendo los argumentos del resto de la Sala, entiende, sin embargo, que el procedimiento podría haberse resuelto sin recurrir a la cuestión de inconstitucionalidad, por aplicación directa de la normativa comunitaria, al haberse demostrado la misma en contradicción con la normativa interna (alude, en su Voto Particular, al contenido del Convenio 158 OIT, a la Carta Social Europea, y a diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

f) Después de esta importante resolución judicial, se dictaron otras de menor trascendencia, como la STSJ Castilla-León, Valladolid, 6 febrero 2014 (JUR 2014/67107), que viene a validar la extinción durante el período de prueba (el contrato se suscribe el 7 de diciembre de 2012 y el desistimiento empresarial es de 8 de febrero de 2013), al encontrarnos "ante el ejercicio de la facultad resolutoria sistematizada, tanto en la norma estatutaria como en la Ley específica reguladora de la concreta modalidad contractual a la que se acudió (dado que en el momento del cese no se habría superado el período máximo establecido en el Estatuto de los Trabajadores). Lo interesante de esta resolución es la afirmación -discutible- según la cual "aun cuando pudiera cuestionarse la constitucionalidad del art. 4.3 examinado, en tanto en cuanto el Tribunal Constitucional no declare la inconstitucionalidad del mismo, resulta de plena vigencia y de debida aplicación para los operadores jurídicos".

g) La STSJ Asturias 28 febrero 2014 (JUR 2014/89374) viene a declarar la improcedencia del cese por no superación del período de prueba cuya duración, de un año, era menos favorable que la prevista en el convenio aplicable, a la que se

atiende. Lo interesante de esta resolución es la configuración del período de prueba de un año, como un límite máximo, y su posibilidad de modulación por los Convenios Colectivos, de manera que, como en este caso sucede, la regulación por Convenio Colectivo posterior a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, de una duración del período de prueba inferior al año, resulta de aplicación, por considerarse, en este caso, la regulación de dicha Ley, parcialmente nula[473].

h) Y llegamos, así, al destacable Auto del Juzgado de lo Social núm. 23 Madrid 4 marzo 2014 (AS 2014/1830), en el que, por primera vez, se plantea en esta materia una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El citado Auto hace un repaso por diversas normas: a) el art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: "Todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales"; b) el art. 4 del Convenio 158 de la OIT: "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 necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio", complementado con el art. 2.2.b, que excluye aquella previsión en el caso de trabajadores que efectúen un período de prueba cuando "la duración se haya fijado de antemano y sea razonable", y con el art. 11, según el cual el trabajador "tendrá derecho a un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, a una indemnización"; c) el art. 4.4. de la Carta Social Europea, que reconoce "el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo"; y d) la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 junio 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, destinada a mejorar la calidad del mismo y a evitar abusos en su utilización.

[473] Indica el Tribunal que "No parece pues que haya de existir obstáculo alguno a que, como ocurría en aquél pretérito régimen (en referencia a la Ley de Relaciones Laborales), respetando el límite de duración máximo de un año legalmente establecido, por negociación colectiva se pueda fijar una duración del mismo diferente e inferior al contemplado en el reiterado Real Decreto Ley (en relación al RD Ley 3/2012) atendiendo a otros criterios, como pueden ser grupos profesionales o por volumen de trabajadores según empresas… De este modo 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 rebase el máximo permitido, en aplicación del artículo 9.1 del Estatuto de los Trabajadores.

En este contexto, el Juzgado somete a la consideración del tribunal europeo: a) si ¿es contrario al Derecho de la Unión y compatible con el derecho fundamental garantizado por el art. 30 de la Carta, la regulación nacional que somete a un periodo de prueba de un año el contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores, durante el cual permite el libre desistimiento?; y b) si ¿lesiona los objetivos y la regulación de la Directiva 1999/70/CE relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada -Cláusulas 1 y 3- el periodo de prueba de un año a que se somete el contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores?[474].

i) La STSJ Navarra 14 mayo 2014 (JUR. 2014/173764), confirma la inexistencia de despido nulo en el desistimiento empresarial en período de prueba de una trabajadora contratada como ayudante de camarera, que es cesada a los seis meses de iniciado el contrato de apoyo a emprendedores, en un contexto de trato empresarial censurable, pero no constitutivo de acoso, así como de denuncias previas ante la Inspección de Trabajo, cercanas al momento de cese, pero sin prueba de que la empresa conociese la autoría o adhesión de la trabajadora a las mismas.

j) Al día siguiente, la STSJ Andalucía, Málaga, 15 mayo 2014 (JUR 2014/196414), valida la extinción del contrato de trabajo de una empleada en situación de incapacidad temporal, manifestando la plena validez de la cláusula del contrato que establece en un año la duración del período de prueba[475], de manera que la extinción, por su no superación, no precisa formalidad ni exigencia alguna, al ser su motivación meramente subjetiva, salvo violación de derechos fundamentales, no encontrándose la incapacidad temporal en ese ámbito de protección reforzada, ya que (y aquí trae a colación Jurisprudencia consolidada) "la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del

[474] A estas cuestiones dará cumplida respuesta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 5 de febrero de 2015 que analizaremos en un apartado posterior.

[475] Dice el tribunal que "en el contrato de trabajo se contiene una cláusula contractual expresa que estipuló en cumplimiento de la norma legal el período de prueba de un año, y la Sala entiende que dicha cláusula contractual que estipuló el período de prueba es válida y eficaz pues se encuentra contenida expresamente en el contrato de trabajo y así cumplimentada fue aceptada por ambas partes y suscrito el contrato de trabajo con dicho contenido todo ello en cumplimiento de la norma legal que lo ampara".

contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación".

k) La SJS 2 Pamplona 9 junio 2014 (JUR 2014/268323), analizando un supuesto en el que la trabajadora, que venía prestando sus servicios, sin queja o tacha alguna por la empresa, desde el 26 de noviembre de 2012, fue cesada por no superar el período de prueba, tras haber comunicado a los trabajadores de la empresa su embarazo el día 14 de junio de 2012, considera que, aun no constando prueba plena del conocimiento del embarazo por el empresario, el mismo puede inferirse claramente de los indicios, por lo que su cese constituye un despido nulo.

l) A diferencia de la anterior, la STSJ Navarra 2 julio 2014 (JUR 2014/267214), desestima la nulidad solicitada por supuesta vulneración de la garantía de indemnidad y existencia de acoso laboral, si bien, lo llamativo de la citada sentencia se encuentra en los hechos probados, al darse cuenta de que, existiendo un contrato de emprendedores desde 5-07-2012, el cese se produce en 1-01-2013, pero no por desistimiento, sino por despido objetivo, de donde podemos deducir, o bien que no se concertó el citado período de prueba, o bien que se concertó por plazo inferior o, finalmente, que estando previsto el mismo por un año, no acudió el empresario a esta facultad sino que decidió extinguir el contrato por su causa legal, asumiendo el coste indemnizatorio que dicha decisión conllevó.

d. Perspectiva constitucional. La STC 119/2014, de 16 de julio

Apenas dos semanas después llegó la trascendental STC 119/2014, 16 julio 2014 (RTC 2014/119), en la que, reunida la Sala en Pleno, viene a resolver el recurso de inconstitucionalidad que, con fecha 5 de octubre de 2012, presentara el Parlamento de Navarra frente a los arts. 4 y 14. Uno y Tres de la Ley 3/2012, por vulneración de los arts. 35.1, 37.1, 24.1 y 14 CE[476].

a) Con respecto a la pretendida vulneración del art. 35.1. merecen ser destacados los siguientes argumentos del Tribunal:

[476] La Sentencia contiene un contundente Voto Particular del Magistrado Fernando Valdés dal-Ré, al que se adhieren sus compañeros de sala Adela Asúa Batarrita y Luís Ignacio Ortega Álvarez.

- El derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1 CE no es absoluto ni incondicional, sino que puede quedar sujeto a limitaciones justificadas en atención a la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela, entre otros, la libertad de empresa y el mandato a los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad, lo que, como exigencia derivada del art. 38 CE puede legitimar el reconocimiento legal en favor del empresario de determinadas facultades de extinción del contrato de trabajo integradas en sus poderes de gestión de la empresa, incluida la de desistimiento del contrato durante su período de prueba, peculiaridad que se encuentra en sintonía con lo dispuesto en el Convenio 158 OIT, que en su art. 2.2 autoriza a los Estados a excluir las garantías establecidas en dicho Convenio respecto a "los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido", con el requisito de que "en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable".

- Debe tomarse en consideración el mandato que el art. 40.1 CE dirige a los poderes públicos para llevar a cabo "una política orientada al pleno empleo"; objetivo que, conforme a nuestra doctrina constitucional, configura la dimensión colectiva del derecho al trabajo y cuya atención puede legitimar limitaciones en la ya referida vertiente individual de este derecho, de manera que una determinada restricción al derecho individual al trabajo sería constitucional siempre que con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo.

- No obstante, las posibles restricciones al art. 35.1 CE, además de precisar una justificación legítima, "no pueden ser absolutas … ni obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable", debiendo en todo caso "ser proporcionadas al fin perseguido con ellas", de manera que ha de valorarse si la vulneración del art. 35.1 CE que los recurrentes imputan al art. 4.3 de la Ley 3/2012, encuentra justificación razonable y proporcionada, en atención a la preservación de otros derechos y bienes constitucionales. Y en este ámbito, el objeto y finalidad de la específica regulación considerada es, de conformidad con el preámbulo y el art. 4.1 de la Ley 3/2012, 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; medida que además es coyuntural, al vincularse a una concreta situación del mercado de trabajo de muy elevado desempleo y que, sin duda, conecta con el deber de los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE). En este contexto, la cuestionada duración del período de prueba previsto en este tipo de contratos puede interpretarse como un instrumento adicional de incentivación de la creación de empleo, al disponer el empresario de un período de tiempo, superior en principio al previsto con carácter común, durante el que poder constatar no sólo la aptitud y capacidad del trabajador contratado, sino también la sostenibilidad económica del nuevo puesto de trabajo creado, contribuyendo a 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.

- Las anteriores finalidades encuentran relación, según indica el Pleno del Tribunal, con la interpretación efectuada por la OIT sobre la previsión del art. 2.2 del Convenio 158, que excluye de las garantías del Convenio a los trabajadores a prueba, cuyo límite de duración no debe ser "excesivamente largo".

- Destaca también el Tribunal cómo la facultad de desistimiento queda sujeta a importantes limitaciones o condiciones legales, algunas de las cuales se traducen en paralelas garantías en favor de los trabajadores y del empleo, tales como establecer cautelas dirigidas a disuadir a los empresarios de ejercer la facultad de desistimiento antes de que transcurra el período de prueba de un año (obligación de no alterar el nivel de empleo durante al menos un año desde la celebración del contrato y mantener en el empleo al propio trabajador contratado durante al menos tres años, so pena de tener que reintegrar los incentivos, o favorecer la posibilidad de que el trabajador compatibilice el salario con prestaciones contributivas por desempleo previamente reconocidas, además del reconocimiento de que, tras la superación de dicho período de prueba, se consolidará con plenos efectos su condición de trabajador indefinido en la empresa.

- En última instancia, se indica -a modo, si se nos permite de eslogan- que, desde un punto de vista lógico e, incluso, cronológico, antes del derecho a la estabilidad en el empleo figura el derecho de acceso al mismo; éste se integra en el contenido esencial del derecho al trabajo que, en su dimensión individual, reconoce el art. 35.1 CE.

b) En cuanto a la pretendida vulneración del art. 14 CE, que derivaría de la duración injustificada e indiferenciada del período de prueba, ajena a las diferencias derivadas de la distinta cualificación de los trabajos a desempeñar, señala el Tribunal que, además de no caber un "reproche de discriminación por indiferenciación", resulta que, como se ha analizado, la medida cuestionada supone ampliar la finalidad tradicional del período de prueba, para incluir la verificación de si el puesto de trabajo es económicamente sostenible y puede mantenerse en el tiempo, finalidad adicional que justifica que el legislador haya fijado un período de duración de un año para todos los trabajadores, sin distinguir por su categoría o cualificación.

c) Analizando la posible vulneración del derecho a la negociación colectiva del art. 37.1 CE, en cuanto a la limitación injustificada que el art. 4.3 de la Ley 3/2012 habría impuesto a la autonomía colectiva en la determinación de la duración del período de prueba, al convertir en indisponible el establecimiento de un período de prueba de un año, "en todo caso", el Tribunal sostiene:

   - Que aunque el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva por el art. 37.1 CE comporta, como contenido esencial, la libertad de contratación (y dentro de este derecho constitucional se integra la libertad de estipulación) resulta constitucionalmente admisible que, en la regulación de la relación laboral, el legislador pueda limitar, por razones justificadas, el alcance de la intervención de la negociación colectiva sobre determinados aspectos o materias.

   - Que no hay que olvidar que el art. 35.2 CE remite a "la ley" la regulación de un estatuto de los trabajadores, por lo que la configuración de los aspectos relativos a las relaciones laborales se defiere al legislador (estatal), del mismo modo que, cuando el art. 37.1 CE ordena a "la ley" garantizar el derecho a la negociación colectiva laboral y la fuerza vinculante de los convenios, está

confiriendo al legislador un papel activo en la concreción y desarrollo de este derecho (algo totalmente opuesto a su "desapoderamiento" en favor del convenio), pudiendo establecer, por tanto, en aplicación del principio jerárquico de primacía de la ley, limitaciones que "escapan al poder de disposición de las partes negociadoras".

- En cuanto a la determinación de si las posibles restricciones legales a la libertad de estipulación, mediante el establecimiento de normas de derecho necesario absoluto indisponibles para la autonomía colectiva, son razonables y proporcionadas, a efectos de su ajuste al texto constitucional, se remite el Tribunal a los argumentos anteriores, añadiendo que la duración del período de prueba de un año en el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores actúa como garantía hábil para evitar que, a través de la negociación colectiva, se pueda reducir o eliminar el potencial incentivo a la contratación indefinida que mediante esta medida ha querido introducir el legislador.

d) Con respecto a la igualmente aducida infracción del art. 24.1 CE (tutela judicial efectiva), basada en que la plena libertad de desistimiento del contrato durante un período tan dilatado (un año), privaría al trabajador, además de cualquier tipo de resarcimiento, de la capacidad de reacción frente al desistimiento empresarial, impidiendo el control judicial de dicha decisión, considera el Tribunal que dicha alegación carece de fundamento, y lo razona de manera tajante, al advertir que este derecho fundamental se reconoce "en el ejercicio" de los derechos e intereses legítimos, siendo las normas sustantivas (en este caso el art. 4 de la Ley 3/2012) las que delimitan el alcance de tales derechos e intereses, de manera que, frente al desistimiento empresarial está garantizado el pleno acceso a la tutela de los jueces y tribunales para impugnar las decisiones no ajustadas al régimen jurídico establecido por la Ley, o que contraríen derechos fundamentales. Lo que no garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva -concluye el Tribunal- es el acceso a la jurisdicción para exigir una justificación causal del desistimiento empresarial

en todo caso, o una indemnización en caso de desistimiento; exigencias que la norma sustantiva no contempla con respecto de ningún período de prueba[477].

e. Panorama judicial tras la STC 119/2014, de 16 de julio

Devolviéndonos el orden cronológico que seguimos a las sentencias de los tribunales ordinarios, y con el interés que representa analizar si el anterior pronunciamiento ha sido o no capaz de despejar las dudas sobre la aplicabilidad del art. 4.3 de la Ley 3/2012, nos encontramos:

a) Con la STSJ Castilla-León, Valladolid, 23 julio 2014 (JUR 2014/222255), que declara despido nulo el desistimiento empresarial durante el período de prueba motivado en la situación de riesgo durante el embarazo cuyo inminente inicio conoce la empresa, a través de requerimiento documental por la Mutua colaboradora, del certificado de empresa necesario para la prestación, el mismo día en que se decide el cese. Más allá del problema de fondo, resuelto como cabía esperar, mencionamos simplemente el comentario que, a mayor abundamiento, efectúa la Sala al indicar que "pese a ser estrictamente cierto que el formato contractual al que acomodaron las partes de la contienda el vínculo laboral tolera un período de prueba de hasta un año de duración, la Sala tiene también que compartir la reflexión que se efectúa en la sentencia de instancia, acerca de que los casi seis meses transcurridos entre la fecha de inicio de la prestación de servicios por doña Ofelia y la fecha de extinción de su contrato de trabajo por no superación del período de prueba fue tiempo sobrado para ponderar las aptitudes y capacidades de la trabajadora, así como su compromiso con el proyecto".

b) Más interés tiene la STSJ Canarias 31 julio 2014 (JUR 2014/272620), en la que se analizaba si el cese verbal de una ayudante de dependiente en un comercio al por

[477] La Sentencia del Alto Tribunal ha sido objeto de duras críticas, pudiendo destacar la de C. SALCEDO BELTRÁN ("De nuevo sobre el período de prueba tras la doctrina del Tribunal Constitucional: el necesario respeto a las normas internacionales", *Revista de Derecho Social*, núm. 68, Editorial Bomarzo, pág.154), para quien "ninguno de los argumentos señalados en la sentencia es admisible desde el punto de vista del ordenamiento laboral y supone un absoluto desprecio a los derechos sociales básicos, admitiendo la posibilidad de su reducción o supresión por motivos estrictamente económicos. La gran mayoría de ellos permiten concluir que la crisis económica legitima a un país adoptar cualquier medida con independencia de los derechos laborales que reconoce la normativa nacional, internacional e incluso la Constitución Española, dejando de ser lo que su propia denominación indica "derechos" par pasa a ser simples prerrogativas supeditadas al arbitrio del legislador, que dependiendo de la coyuntura económica los otorga o elimina. Esta sentencia es, en suma, un ejemplo que entiende que es fundamental crear empleo, aunque sea sin derechos.

menor, producido siete meses después de su contratación bajo la modalidad contractual analizada, y dentro del período de prueba de un año, era constitutivo de despido, asunto ante el que el Tribunal isleño había decidido, con fecha 30-06-2014, suspender el procedimiento para plantear una cuestión de inconstitucionalidad, por considerar que el art. 4.3 de la Ley 3/2012 podría vulnerar los arts. 35.1 y 14 CE. Pues bien, el propio Tribunal, dando cuenta de la publicación de la STC 16 julio 2014, decide levantar la suspensión, al carecer de objeto la cuestión, una vez conocido el contenido de la sentencia constitucional, pasando a resolver el litigio, confirmando la sentencia de instancia que había considerado válido el desistimiento empresarial.

c) Y en el mismo sentido se pronuncia la sentencia del mismo Tribunal e idéntica fecha (JUR 2014/272788) en el despido de un trabajador, chófer repartidor de una empresa, al que se comunica el desistimiento en período de prueba a los nueve meses de su contratación.

d) Como es lógico, la constitucionalidad declarada del art. 4.3 de la Ley 3/2012 ha variado el panorama judicial, centrado ahora en encontrar la normativa extra-estatal con la que confrontar aquel precepto, en caso de pretender legitimar su inaplicación. En este contexto, la SJS 4 Pamplona 1 agosto 2014 (JUR 2014/255976), considera como despido improcedente el cese en período de prueba de un vendedor que, contratado en 30-10-2012, recibe comunicación de no superación del período de prueba en 29-10-2013 (ciertamente, es un supuesto límite, en el que cuesta creer que el motivo sea el invocado), estimando, de esta forma, la demanda del trabajador que había invocado la contravención del art. 4.3 del RDL 3/2012 a la Carta Social Europea de 1961, con apoyo en las sentencias antes analizadas del JS núm. 2 Barcelona 19 noviembre 2013 y del TSJ Asturias 28 febrero 2014. Según el Juzgador, en este caso, no desaparece íntegramente el pacto de período de prueba, sino solamente lo relativo a la duración que exceda de la legal o convencionalmente aplicable (en coherencia con la tesis de la nulidad relativa antes examinada).

e) La STSJ Murcia 10 septiembre 2014 (JUR 2015/3028), dictada en un supuesto en que el trabajador, contratado como conductor el 9 de marzo de 2012, es cesado por no superar el período de prueba el 15 de febrero de 2013, producido dentro del marco temporal anual del período de prueba, viene a validar la procedencia del

cese declarado por el JS al entender que era ajustado a derecho. Lo interesante de la sentencia dictada en el recurso de suplicación no es la confirmación de la instancia, sino la contundencia con la que se abraza el marco legal de reciente "constitucionalización" (el art. 4.3. de la Ley 3/2012) y se niega la virtualidad de la Carta Social Europea, cuya aplicación invocaba el trabajador; con respecto a ella, la Sala de Murcia viene a indicar que "la Carta Social Europea tiene como finalidad garantizar los derechos de los trabajadores, consagrando una serie de principios y con pretensión de que los mismos puedan hacerse efectivos, a cuyo efecto las partes contratantes se obligan a su cumplimiento, adaptando su legislación a la consecución de los objetivos y finalidades previstos en la Carta, pero en modo alguno se indica en la misma cuál deba ser la duración del período de prueba, por lo que el legislador nacional tiene plena autonomía para señalar su duración, así como tampoco se indica cual deba ser el plazo de preaviso, limitándose a decir que debe ser un plazo razonable (art. 4.4), ni siquiera que ello sea aplicable a los supuestos de terminación del contrato por no superación del período de prueba; por lo que, en tales condiciones, hemos de acudir a la legislación aplicable que no es otra más que el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero[478].

f) Interesante es, asimismo, la STSJ Cataluña 25 septiembre 2014 (AS 2014/3151), en cuanto al resultado del procedimiento. En efecto, la Sala indica que con fecha 24 de abril de 2014 planteó cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 4.3 de la Ley 3/2012, y que, estando la misma pendiente de resolución, ha recaído sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2014 que, con independencia de la opinión que les merece, determina la validez del precepto analizado; no obstante, la Sala no solo no va a reconocer la procedencia del cese (al no haber recurrido la empresa), sino que, en función de las circunstancias del caso (embarazo de la trabajadora y superación del período máximo del período de

[478] No obstante, quizás por lo "sospechoso" del asunto (el trabajador llevaba más de 11 meses trabajando como conductor en la empresa), la Sala se esmera en añadir -algo innecesario- que, en realidad, sí existían motivos suficientes para el cese, haciendo referencia a que la empresa había justificado el motivo de decisión, en concreto por desavenencias en la forma de prestar sus servicios el trabajador, tal como se detalla con valor de hecho probado en el Fundamento de Derecho Segundo, cuando se menciona que el trabajador "se dejaba el motor en marcha mientras hacía la carga y descarga de productos que tenía para su reparto y que desapareció de la cabina del camión que tenía asignado material de trabajo que tenía bajo su custodia, amén de enfrentamientos verbales con el gerente de la empresa", lo que implica una pérdida de confianza.

prueba convencional, admitido como causa de improcedencia) ha de declarar la nulidad del despido.

g) Singular es, también, la STSJ Asturias 10 octubre 2014 (JUR 2014/272536), en la medida en que aplica al período de prueba en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores, determinadas reglas del fraude de ley en la contratación temporal. En efecto, el trabajador en cuestión, contratado como repartidor, desarrolló, sin embargo, tareas adicionales de camarero (que fueron, además, predominantes), de manera que, al aducir la empresa la no superación del período de prueba como causa del cese (apenas mes y medio después de su contratación), dicha decisión es constitutiva de despido improcedente, pues "si un contrato temporal se convierte en indefinido, por aplicación del art. 15.3 del ET, cuando se aprecia fraude de Ley (y así lo declara la jurisprudencia cuando se destina al trabajador a tareas diferentes a aquéllas que justifican la temporalidad), la limitación temporal que permite el período de prueba debe considerarse en fraude de ley cuando el trabajador es destinado a tareas distintas de las que constituyen la prestación contratada y sobre la que se pacta el período de prueba".

h) Consecuencia lógica y derivada de la STC 119/2014 es el Auto del Tribunal Constitucional 250/2014, de 21 octubre (RTC 2014/250), que inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad presentada el 6 de marzo de 2014 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña, en relación a la posible contradicción del art. 4.3 de la Ley 3/2012, con los arts. 24.1, 35.1 y 37.1 de la norma fundamental, por considerar que el art. 37.1 LOTC posibilita que el Tribunal rechace "en trámite de admisión, mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando… fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada". Esa falta notoria de fundamento concurrirá, entre otras situaciones, "cuando resulte evidente que la norma legal cuestionada… es manifiestamente constitucional" (STC 27/1991, de 14 de febrero [RTC 1991, 27], FJ 3)[479].

[479] Sostiene el Alto Tribunal: "que esta evidencia se produzca sólo con carácter sobrevenido al planteamiento de la cuestión, no obsta para que pueda constatarse en el trámite de admisión de la misma (por todos, ATC 206/2009, de 30 de junio [JUR 2009, 338518]). Y tal constatación es la que realizamos ahora puesto que las mismas dudas de inconstitucionalidad que expone la presente cuestión fueron planteadas con una argumentación semejante en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5603-2012,

i) Sin embargo, nos equivocamos, si pensábamos que la STC 119/2014 iba a zanjar definitivamente la cuestión; para muestra, la SJS núm. 3 Barcelona 5 noviembre 2014 (AS 2014/3092) que estima la demanda de despido de la trabajadora que vio extinguido su contrato por no superación del período de prueba, sin aplicar el criterio de la anterior sentencia constitucional, al entender, por el contrario, que el precepto en que se basa la medida extintiva no respeta el contenido de normas internacionales de aplicación al caso: el Convenio 158 OIT, la Directiva 1999/70, del Consejo, de 28-06-1999 y el art. 4.4 de la Carta Social Europea[480].

j) La STSJ Galicia 19 noviembre 2014 (AS 2015/90), de menor interés que su predecesora en este repaso, analiza el cese en período de prueba de un jefe de cocina, tras 11 meses de contrato, siendo la particularidad de la misma que, considerando válido el establecimiento del año como marco delimitador de dicho período, estima sin embargo la existencia de despido improcedente al entender que el trabajador estaba vinculado a una empresa que conformaba, junto a otras, un grupo empresarial a efectos laborales cuya plantilla global era superior a los 50 trabajadores, incumpliéndose, pues, uno de los requisitos legales para la válida suscripción del contrato de apoyo a emprendedores, al existir un fraude en la contratación laboral; una interpretación diversa -sigue diciendo el Tribunal- permitiría la utilización fraudulenta de la modalidad contractual, pensada para iniciativas empresariales de dimensión reducida[481]. No obstante, la huella del debate de constitucionalidad se observa en el comentario final de la sentencia, en el que se desatiende la solicitud empresarial de plantear cuestión de inconstitucionalidad al igual que hiciera el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco mediante Auto de 21 enero 2014 (AS 2014/524).

---

abordado por este Pleno en la STC 119/2014, de 16 de julio (RTC 2014, 119) (en concreto, en su fundamento jurídico 3). La identidad de objeto de las cuestiones suscitadas y el hecho de que las dudas formuladas en relación con el art. 4.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio (RCL 2012, 945), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, hayan sido desestimadas recientemente en dicho pronunciamiento, nos lleva a concluir que la cuestión de inconstitucional resulta notoriamente infundada".

[480] Percibimos en este tipo de sentencias la utilización, cada vez mayor, del ordenamiento internacional en la resolución de conflictos laborales, recurso provocado en ocasiones por la propia frustración que producen determinados pronunciamientos de nuestro máximo intérprete constitucional.

[481] Aclara el Tribunal que si se tratase de un grupo de empresas a efectos mercantiles, únicamente habrían de computarse los trabajadores de la empresa que contrata, sin tener en cuenta al resto de trabajadores del grupo.

k) Con la misma firmeza con que lo hiciera el Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona, afronta la SJS núm. 1 Toledo 27 noviembre 2014 (AS 2014/3168)[482], el supuesto de una cajera/reponedora, cuyo Convenio Colectivo establecía el período de prueba de un mes para su categoría, y que es despedida cuando llevaba más de cinco meses de prestación de servicios[483], declarando el Juzgado que dicha extinción, fuera de aquel período de prueba convencional, constituye un despido improcedente, pues lo dispuesto en la Ley 3/2012 debe contrastarse con la normativa internacional, constitucional, jurisprudencial y legal que rige en nuestro ordenamiento jurídico y fundamentalmente ha de analizarse la Carta Social Europea de 1961 (art. 4.4), norma internacional que forma parte del derecho interno y que tiene el mismo valor vinculante que los tratados de la Unión Europea, por lo que en orden al principio de jerarquía normativa se sitúa por encima de la Ley nacional[484].

   Añade la sentencia un argumento adicional, de derecho interno, al indicar que la Ley 3/2012 "está contraviniendo la legislación nacional en materia de contratación temporal, puesto que a través del contrato de emprendedores con un período de prueba de un año, se excluye la aplicación del artículo 15 ET en el que siempre se exige una causa para la contratación temporal. Tal Ley convierte al contrato de emprendedores en un contrato temporal carente de causa, algo prohibido por nuestro ordenamiento jurídico".

---

[482] En algunos comentarios viene citada erróneamente como sentencia del año 2012, porque así consta en el encabezamiento de la misma.

[483] J. PÉREZ REY: "Un nuevo golpe al contrato estrella de la reforma laboral" (puede consultarse en: http://www.nuevatribuna.es/articulo/economia-social/nuevo-golpe-contrato-estrella-reforma-laboral/20141215144650110378.html), comenta esta sentencia y se lamenta de la contradicción que supone el establecimiento de este tipo de contratación en un país que proclama el derecho al trabajo en su Constitución, añadiendo que sostener que cabe un período de prueba de un año para comprobar las aptitudes de una cajera reponedora de un supermercado es de tan extrema desproporción que queda fuera del margen de tolerancia que los derechos sociales permiten en Europa. Se lamenta, finalmente, del contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2014, al indicar "que el último y más importante guardián de los derechos humanos en nuestro país haga dejación de sus funciones y obligue a los jueces ordinarios a acudir a los tratados internacionales para restablecer la integridad de los derechos sociales que la reforma laboral ha orillado, debería acusar cierto sonrojo en tan alta institución.

[484] "Siguiendo la decisión del Comité, no puede llegarse a otra conclusión que el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 vulnera el art. 4.4 de la Carta pues no fija ni plazo de preaviso ni indemnización por finalización del contrato durante el período de prueba de un año, no pudiéndose entender razonable un plazo de prueba de un año en el caso objeto de la litis, pues los requerimientos del puesto de trabajo de la demandante de auxiliar de caja/reponedora en comercio de alimentación, no requieren de un año para que el empleador evalúe sus capacidades en atención a sus tareas".

l) Lo contrario sostendría, al día siguiente, la STSJ Asturias 28 noviembre 2014 (JUR 2015/22352) que valida la procedencia del cese del trabajador, desatendiendo la censura jurídica por él planteada, consistente en la indebida aplicación del art. 4.3. del RDL 3/2012, por contrariar lo establecido en el art. 4.4 de la Carta Social Europea. Lo interesante de la sentencia es que analiza el problema, no desde la perspectiva de la duración del período de prueba, sino desde la no concesión de preaviso antes del cese (en virtud del citado precepto los Estados parte se comprometen a "reconocer el derecho de los trabajadores a una plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo"). El Tribunal, tras reconocer que la STC 16 julio 2014 no analiza el precepto desde esta perspectiva, sostiene, sin embargo, que no cabe olvidar que estamos hablando de un periodo de prueba, cuya esencia o singularidad más importante… es que pone en manos del empresario un instrumento de libre resolución contractual facultándolo para resolver *ad nutum* el contrato, es decir, sin indemnización, sin causa ni preaviso.

m) En la misma línea, si bien que con fundamentación algo más austera (limitada a efectuar una trascripción literal de la sentencia del Tribunal Constitucional antes citada), el TSJ Cataluña 2 diciembre 2014 (JUR 2015/40911), vino a revocar la SJS núm. 1 Mataró que había reconocido improcedente el cese, con fecha de efectos 13-05-2013, de un trabajador contratado en la modalidad de apoyo a emprendedores con fecha 14-05-2012 (cuando faltaba, pues, tan solo un día, para cumplirse el período de prueba de un año)[485]. La Sala de Cataluña se remite en su integridad a los argumentos del Alto Tribunal antes citados, si bien, incorporando un argumento propio, señala cómo la Carta Social Europea de 1961 no desvirtúa, por sí misma, la interpretación que hace el Tribunal Constitucional, ya que el art. 4 hace mención al reconocimiento del derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación de empleo, siendo el término "razonabilidad" un concepto jurídico indeterminado.

n) El mismo acatamiento de la sentencia del Tribunal Constitucional observamos, pero ahora en términos derrotistas, por parte de la STSJ Galicia 3 diciembre 2014

[485] Esta sentencia fue objeto de diversos comentarios y menciones en medios digitales, entre ellos en EUROPA PRESS (14-05-2014): "Un juez reconoce un uso abusivo de la reforma laboral por despedir tras un año de prueba", y en EFE (14-05-2014): "Sentencia ve abusivo el período de prueba de un año en contrato emprendedores".

(JUR 2015/33249), que estima el recurso de la empresa frente a la sentencia que había declarado como despido improcedente el desistimiento en período de prueba de un conductor, tras nueve meses de contrato, porque habiéndose declarado que dicho periodo es constitucional, "…se ha incorporado válidamente al acerbo jurídico de nuestro ordenamiento; por lo tanto y al margen de nuestra opinión personal sobre dicho extremo, hemos de acatar y aplicar dicho régimen, siendo estéril cualquier discusión que se pueda plantear".

f. La valoración empresarial de la viabilidad económica del contrato. La STC 8/2015, de 22 de enero

El 22 de enero de 2015, el Tribunal Constitucional dictó la esperadísima STC 8/2015 (RTC 2015/8), resolviendo el recurso de inconstitucionalidad núm. 5610-2012 presentado por diversos grupos políticos[486] frente a diversos artículos y disposiciones de la Ley 3/2012 (entre ellos el que nos atañe). No obstante, en lo que se refiere a los argumentos con los que, obviamente, mantiene la ya declarada constitucionalidad del art. 4.3 de dicha norma, no hace la sentencia (FD 3º) más que resumir lo que ya dijera su predecesora (insistiendo, como dato más destacable, en la "nueva" finalidad de este período de prueba como instrumento para verificar si el puesto de trabajo indefinido que se crea con carácter indefinido resulta "viable económicamente")[487]. Sí hay algo nuevo en la sentencia, y es la contestación que se da al nuevo "reproche de constitucionalidad" consistente en la supuesta vulneración que del art. 14 CE se produce, al no reconocerse indemnización aparejada al cese en período de prueba, lo que sí sucede, por regla general en los contratos temporales. El Alto Tribunal "despacha" esta nueva cuestión indicando, por una parte, que lo que se cuestiona es un efecto jurídico del período de prueba cuya regulación no se efectúa en el art. 4.3 impugnado, sino en las normas a las que se remite, únicas a las que podría imputarse vicio de inconstitucionalidad; en segundo término, no estima exista término válido de comparación, dada la diversidad de los regímenes jurídicos aplicables a cada uno de los colectivos; por último, y en todo

[486] El recurso lo interponen Diputados del Grupo Parlamentario Socialista y Grupo Parlamentario la Izquierda Plural (IU, ICV-EUiA, CHA).

[487] Como era de esperar (la publicación digital "Legaltoday.com" anunciaba, antes de su redacción, que la sentencia iría acompañada de los votos particulares de los tres magistrados progresistas que se habían posicionado a favor del recurso) se formuló Voto Particular por el Magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adhieren sus compañeros de Sala Dña. Adela Asúa Batarrita y D. Luis Ignacio Ortega Álvarez. Publicaciones especializadas (Aranzadi digital, 3-02-2015) titularon la noticia "Magistrados del TC critican que el Alto Tribunal respalde la reforma laboral apoyándose en la crisis".

caso, la no atribución de indemnización no implica diferencia de trato contraria al art. 14 CE, sino que es una consecuencia intrínseca a la propia institución del período de prueba, común a todos los contratos de trabajo.

g. Perspectiva comunitaria. La STJUE de 5 de febrero de 2015 (Asunto C-117/14)

No menos interés existía por conocer la respuesta que la Justicia Comunitaria daría al tema analizado, y ésta ha llegado a través de la STJUE 5 febrero 2015 (TJCE 2015/3), dando respuesta a la cuestión prejudicial que, con fecha 4 marzo 2014, planteara el Juzgado de lo Social núm. 23 de Madrid (a la que nos hemos referido anteriormente).

En coherencia con el interés suscitado, han sido muchos los comentarios que, con mayor o menor tino, han analizado su contenido en diversos medios, sobre todo digitales[488], debiendo centrarnos aquí en el análisis directo del texto.

Los hechos no contienen singularidades dignas de mención: se trata de una cocinera contratada mediante la modalidad indefinida de apoyo a los emprendedores el 16 de enero de 2013, que ve extinguida su relación laboral el 31 de mayo de 2013, por no superar el período de prueba fijado en un año.

Jurídicamente, el objeto de la sentencia se ciñe a la interpretación del art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ("todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas") y de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28-06-1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (cuyo objeto es "mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación" y "establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada"). Una vez establecido el objeto de debate, el Juez comunitario hace un repaso de lo dispuesto en la normativa interna, tanto común

[488] Sorprende, una vez más, el diferente tratamiento que los medios de comunicación dan a estas sentencias. Así, pudimos leer: "El período de prueba de un año del contrato de emprendedores no vulnera las normas de UE" (diariodenoticias.laley.es de 5-2-2015); "La Justicia europea no aclara dudas: no se pronuncia sobre el período de prueba de un año de la reforma laboral" (eleconomista.es, de 5-2-2015); "El TJCE dice que el período de prueba de un año del contrato de emprendedores no vulnera normas de UE" (Europa Press, 9-2-2015). Ante esta situación, mejor hacer caso al sabio consejo de Eduardo Rojo (que, además, da título al artículo de su Blog, de 7 de febrero de 2015): "Mejor leer la sentencia íntegra que el resumen periodístico. Sobre el período de prueba de un año en la reforma laboral de 2012 y la sentencia del TJCE de 5 de febrero".

(art. 14 ET), como específica (art. 4.3 Ley 3/2012), y enumera las argumentaciones del Juzgado núm. 23 de Madrid, centradas, no solo en la vulneración de la Carta y Directiva citadas, sino también en la contradicción de la norma interna con el Convenio 158 OIT y con la Carta Social Europea de 1961.

La respuesta del Tribunal va a ser su declaración de no competencia para resolver las cuestiones planteadas, por no encontrarnos -dice- ante un supuesto en el que haya de analizarse la aplicación del Derecho de la Unión; es decir, que ni avala ni deja de avalar la norma española, sino que aplica un criterio formalista para declarar su falta de competencia, aclarando como premisa que ha de regir su intervención, que las disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales, se dirigen a los Estados miembros "únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión", por lo que es necesario analizar si la norma cuestionada (art. 4 Ley 3/2012) constituye o no una aplicación del citado derecho comunitario; y es aquí donde la respuesta es negativa.

Como sintetiza SEMPERE NAVARRO[489], "es cierto que la Carta Europea de Derechos Fundamentales proclama que todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales (art. 30). Pero los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, no fuera de ellas; y respecto del período de prueba nada dice tal ordenamiento".

Y en este sentido, es cierto que la Directiva 1999/70, sobre contratos de duración determinada solo se aplica a los que puedan considerarse como tales, y el de emprendedores posee duración, al menos formalmente, indefinida, por lo que queda fuera del ámbito de aplicación de la norma comunitaria; como también lo es que el art. 151 TFUE, que expone los objetivos de la Unión y de los Estados miembros en materia de política social, no impone ninguna obligación concreta en materia de período de prueba en los contratos de trabajo; siendo insuficiente para considerar que la situación analizada en el litigio implica una aplicación del Derecho de la Unión en el sentido analizado, el dato de posible financiación con fondos estructurales del contrato de apoyo a emprendedores.

[489] "El TJUE y el TC examinan el contrato de apoyo a emprendedores" (en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 901/2015, parte opinión).

Por último, y con respecto a la interpretación del resto de normas invocadas, Convenio núm. 158 OIT (arts. 2.2. letra b y 4) y Carta Social Europea de 1961, el Tribunal se declara incompetente para pronunciarse (aplicando el art. 267 TFUE), por tratarse de normas de derecho internacional que vinculan a los Estados miembros pero que están excluidas de la esfera del Derecho de la Unión[490].

h. Posibilidades actuales ¿Control de convencionalidad versus control de constitucionalidad?

Consideramos que el TJUE, al dejar "imprejuzgada", con su declaración de incompetencia, la eventual colisión entre la normativa española y las citadas normas internacionales, viene de forma indirecta a dar "aire" a las numerosas sentencias que, bajo el amparo de estas últimas, han decidido inaplicar (e intuyo que seguirán sin hacerlo) el art. 4.3 de la Ley 3/2012[491].

Decisión del TJUE cuya relevancia destacan quienes no aceptan la tibieza con la que el Tribunal Constitucional habría asumido desnaturalizar el período de prueba en el contrato de emprendedores, acomodándolo a la mera coyunturalidad de la crisis económica[492]. En este sentido, si no se ha negado por el TJUE la aplicabilidad de la normativa internacional citada (sino que tan solo se ha omitido un pronunciamiento al respecto), puede defenderse con mayor fortaleza la inaplicación del art. 4.3 de la Ley 3/2012, por contrariar aquella normativa internacional, posibilidad que conservaría el órgano jurisdiccional pese a que la norma se haya considerado constitucional, dada su obligación de aplicar, de manera integrada, los convenios y tratados internacionales, por encima de las normas internas de rango inferior.

---

[490] E. ROJO TORRECILLA, en su Blog, apunta (como "hipótesis de trabajo") que el artículo 151 TUE podría posibilitar la intervención del TJUE en punto a valorar la adecuación de la normativa como la Carta Social Europea si se repara en la finalidad de dicho artículo… y la mención expresa que el precepto acoge a los derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores, que tanto la UE como los Estados miembros han de tener presentes en todas sus políticas laborales.

[491] A. V. SEMPERE NAVARRO: "El TJUE y el TC examinan el contrato de apoyo a emprendedores" (*Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 901/2015, BIB. 2015/695, pág.2), hace referencia a esas "otras vías impugnatorias", si bien advierte que "las dudas de constitucionalidad y de ajuste al Derecho Comunitario ya han quedado despejadas". Por su parte, el Comité Europeo de Derechos Sociales, en enero de 2015, ha dictaminado que España incumplió entre 2010 y 2013, preceptos fundamentales de la Carta Social.

[492] A. BAYLOS GRAU, en su Blog de 23-01-2015, "España vulnera la Carta Social Europea", critica la posición del Tribunal Constitucional, "entusiasta defensor de la austeridad como válvula de acomodación de los derechos fundamentales" al haber justificado "la restricción y ablación de derechos sociales", como "efecto constitucionalmente permitido… de las políticas económicas y de empleo que determina en una situación de excepción, el poder público".

En efecto, en cumplimiento del control de "convencionalidad" reconocido en el artículo 96.1 de la CE, desarrollado recientemente por la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos, algunas Sentencias a las que hicimos referencia (entre ellas la SJS 3 Barcelona 5 noviembre 2014, AS 2014/3092)[493] decidieron aplicar el art. 4.4. de la Carta Social Europea (que obliga a los Estados firmantes a reconocer el derecho "de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo"), complementándolo con la Decisión de Fondo del Comité Europeo de Derechos sociales de 23 de mayo de 2012 que, en relación a una legislación con un período de prueba en los mismos términos, consideró que el período de prueba "… no debería ser tan amplio y su duración tan prolongada (a fin de evitar que) las garantías relativas a la notificación y el pago de una indemnización por despido se convirtieran en ineficaces"[494]. Con base en esa normativa, aplicada preferentemente sobre la interna, se puede considerar abusivo el período de prueba y despido improcedente el cese durante el mismo.

Normativa internacional cuya aplicación parece menos "atrevida" ahora que el Comité Europeo de Derechos Sociales, en su función de análisis periódico del cumplimiento, por los Estados Miembros del Consejo de Europa, de la Carta Social Europea, ha dictaminado, en la Conclusiones publicadas en enero de 2015, que España incumplió entre 2010 y 2012 diversos preceptos de la Carta[495], incluidos aquellos que afectan al período de prueba.

Ante esta descoordinación (y diferencias) en el nivel de protección de los derechos sociales, parece claro que habrán de localizarse en el espacio europeo las normas que, sin contrariar nuestra norma fundamental, se puedan aplicar con preferencia sobre las normas de rango legal. Y en este ámbito, recuperarán protagonismo tanto el Convenio núm. 158 OIT, como la Carta Social Europea de 1961.

---

[493] Para esta sentencia "los tratados internacionales están por debajo de la Constitución Española, pero por encima de las leyes internas, de manera que si las disposiciones de una norma legal violan un tratado internacional, de debe aplicar preferentemente éste".

[494] C. SALCEDO BELTRÁN: ("De nuevo…" (Bibl. cit.), pág. 155.

[495] Analizando el Informe del Comité Europeo de Derechos Sociales, publicado en enero de 2015, A. REQUENA AGUILAR (http://www.eldiario.es/economia/UE-Espana-Carta-Social-Europea_0_348565585.html) señala que "la regulación del despido es también cuestionada: el Comité considera que en algunos casos no se cumple con "el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo". Menciona, por ejemplo, los contratos de emprendedores, que tienen un año de prueba durante el cual el despido es gratis".

En cuanto al artículo 4 del Convenio 158, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, hay que decir que, además de redundar en la necesidad de causa del despido, viene a exigir el establecimiento de un período de prueba "razonable", requisito que, desde luego, parece estar ausente en la regulación que del período de prueba para el contrato de apoyo a emprendedores realiza la ley 3/2012.

En cuanto al art. 4.4 de la Carta Social Europea 1961, estamos ante un precepto que ha sido analizado por el CEDS en asunto similar (Decisión de 23 de mayo de 2012, en reclamación nº 65/2011), concluyendo que "al no prever ese tipo de contrato plazo de preaviso de su finalización ni indemnización por cese en el caso de interrupción de un contrato de trabajo… de duración indefinida, durante un periodo de prueba de un año, ese precepto constituye una violación del citado precepto.

Según BAYLOS[496], "no es incompatible la democracia social con la crisis económica" y que "los derechos sociales constituyen el centro de la democracia de un país y no puede considerarse incompatible su ejercicio con la crisis económica que se aprecie en un Estrado determinado", es claro que la postura del Tribunal Constitucional no anula la decisión del Consejo de Europa, pues "no es lo mismo el control de constitucionalidad que el control de convencionalidad llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales, lo que sin duda tendrá una repercusión en la previsible utilización de las valoraciones del CEDS en futuras acciones y pretensiones ejercitadas por los sindicatos y los trabajadores".

Habrá que estar, pues, muy atentos al devenir de los próximos acontecimientos.

i. Últimos pronunciamientos reseñables

Considerábamos razonable finalizar el presente capítulo con la última reflexión apuntada, ya que, el poco tiempo transcurrido desde las importantes Sentencias del TC y TJUE apenas ha posibilitado el dictado de nuevas resoluciones judiciales por los Juzgados de lo Social y Tribunales Superiores de Justicia. No obstante, consideramos de interés siquiera referenciar algunos pronunciamientos posteriores, alguno de los cuales contiene interesantes conclusiones. Manteniendo el criterio cronológico seguido hasta aquí, podemos destacar:

[496] A. BAYLOS GRAU (Blog de 23-01-2015, antes referido).

a) La STSJ Cataluña 10 marzo 2015 (JUR 2015\112676)[497], que viene a asumir, resignada, la interpretación del máximo intérprete constitucional. En concreto, la Sala confiesa haber tenido dudas sobre la constitucionalidad del precepto en cuestión (art. 4 Ley 3/2012), pero entiende que su posición no es sostenible desde que el TC ha dictado las dos últimas sentencias citadas. Con respecto a la aplicabilidad de la Carta Social Europea (art. 4.4.), no se pronuncia la Sala por no haber sido, propiamente, objeto de debate (se indica que no se ha atacado la decisión extintiva por el período de preaviso o el término de notificación, sino únicamente por la consideración de no superación del período de prueba tras más de once meses de trabajo). Pese a ello, es interesante la disconformidad que advierte la Sala entre el art. 4.4. de la Carta y el precepto interno, en cuanto que el término de notificación previa que se aplica a los contratos indefinidos no es razonable.

b) Como lógica consecuencia de las últimas sentencias citadas, el Auto TC 17 marzo 2015 (RTC 2015/60), vino a inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del TSJ Cataluña, mediante Auto 24 abril 2014 (en relación con el art. 4.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, por la posible vulneración de los arts. 9.3, 14, 24.1 y 35.1 CE), al ser una cuestión notoriamente infundada[498].

c) Más interesante era conocer qué respuesta daría el JS núm. 23 Madrid al pleito cuya suspensión acordó para plantear la cuestión prejudicial[499] resuelta por el

---

[497] La sentencia está redactada en catalán, por lo que pido disculpas si existe alguna incorrección en las consideraciones realizadas.

[498] Indica el TC que "al ser las mismas las dudas de constitucionalidad que se plantean en la presente cuestión que las que se adujeron en el recurso de inconstitucionalidad del que trae causa la citada STC 119/2014, ha de concluirse, como sostuvo el ATC 250/2014, de 21 de octubre, en supuesto en el que se cuestionaba también este mismo precepto legal, que la cuestión de inconstitucionalidad es notoriamente infundada".

[499] El Juzgado madrileño acordó plantear, en trámite de cuestión prejudicial, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las siguientes preguntas: "1) ¿Es contrario al Derecho de la Unión y compatible con el derecho fundamental garantizado por el art. 30 de la Carta, la regulación nacional que somete a un período de prueba de un año el contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores, durante el cual permite el libre desistimiento?; 2) ¿Lesiona los objetivos y la regulación de la Directiva 1999/70/CE relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada - Cláusulas 1 y 3- el período de prueba de un año a que se somete el contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores?

TJUE, una vez que este órgano ha declarado carecer de competencia. Pues bien, la SJS 23 Madrid 18 marzo 2015 (AS 2015/703) asume la validez del plazo de un año, indicando que, una vez aceptada la constitucionalidad del precepto, y ahora –dice- la conformidad a derecho de la cláusula contractual que impone un período de prueba de un año, habiéndose producido el despido de la trabajadora demandante estando vigente el periodo de prueba, se ha de desestimar la demanda, estando en presencia de una válida extinción contractual, en concordancia con lo establecido en el art. 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores y no de un despido.

d) Jurídicamente, la sentencia más relevante hasta ese momento, es la STSJ Castilla León/Valladolid 25 marzo 2015 (JUR 2015\108576)[500], que después de acoger íntegramente la constitucionalidad declarada del precepto, aborda la invocación del recurrente, según el cual, se habría podido infringir lo dispuesto en el artículo 4 de la Carta Social Europea poniéndola en conexión con la Decisión de 23 de mayo de 2012 dictada por la Comisión Europea de Derecho Sociales[501], concluyendo la Sala que dicho precepto carece de toda virtualidad aplicativa, según detalla en una muy cuidada redacción, en la que repasa la naturaleza y cometido jurídico tanto de la Carta como de la citada Comisión[502].

---

[500] Dictada en Pleno.

[501] En relación con la reclamación presentada por la Federación General de trabajadores de la empresa nacional de energía eléctrica y la Confederación de Sindicatos de Funcionarios Griegos en relación con el artículo 17.5 de la Ley 3899 de 17 de diciembre de 2010 de Grecia que establece la ampliación del periodo de prueba en el trabajo de dos a doce meses para todos los trabajadores, si disposiciones especiales según su especialización y la especificación de su trabajo, durante el que la empresa tiene derecho a rescindir la relación laboral sin preaviso, no teniendo el trabajador derecho a percibir indemnización alguna, salvo pacto en contrario.

[502] Con respecto a la Carta, señala que "en primer lugar hemos de recordar que los Estados miembros del Consejo de Europa adoptaron en 1961 la Carta Social Europea (CSE) o Carta de Turín, el segundo gran instrumento de derechos humanos de esta organización internacional después del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Roma, 1950). Contiene una lista de 19 derechos sociales en el ámbito principalmente laboral y de la salud. En 1988 se adoptó un Protocolo adicional con cuatro nuevos derechos y en 1996 adoptó un nuevo texto, que ahora se llama Carta Social Europea (revisada), hasta alcanzar los 31 derechos sociales. Aunque es un tratado internacional vinculante en cuanto que fue ratificado por los Estados signatarios, la Carta Social, tanto en su versión original como revisada, tiene la particularidad de presentarse como un "menú" de derechos de entre los que los Estados parte pueden, con ciertas restricciones, elegir qué derechos aceptan y cuáles no. En concreto, si nos referimos a la Carta Social Europea (revisada), del menú de 31 artículos se identifican nueve de entre los que los estados parte deben elegir como mínimo seis. Son: el derecho al trabajo (art. 1), la sindicación (art. 5) y la negociación colectiva (art. 6); la protección de niños y adolescentes (art. 7); el derecho a la seguridad social (art. 12) y a la asistencia social y médica (art. 13); la protección jurídica y social de la familia (art. 16); la protección y asistencia a los trabajadores migrantes y sus familias (art.

Según la Sala castellanoleonesa "hay que recordar que España únicamente ha ratificado la Carta primitiva de Turín y el Protocolo de 1988, pero no la Carta revisada de 1996, lo que excluye a nuestro Estado de la competencia del Consejo para el conocimiento de las reclamaciones formuladas por entes colectivos; por consiguiente, no resultarían vinculante para nuestro país resoluciones como las que cita el recurrente como infringidas".

Y sigue diciendo: "centrándonos en el concreto precepto de la Carta de Turín que se cita como lesionado, señala el artículo 4 de la Parte II del Tratado que para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una remuneración equitativa, las Partes Contratantes se comprometen, entre otros aspectos, a reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo[503]. El ejercicio de estos derechos deberá asegurarse mediante Convenios Colectivos libremente concertados, por los medios legales de fijación

---

19); y la igualdad de oportunidades en la ocupación por razón de género (art.20).Insistimos: no hay que asumir necesariamente estos nueve derechos, sino un mínimo de seis entre ellos. Adicionalmente, en total, las partes deben aceptar un mínimo de 16 artículos completos o 63 párrafos (incluyendo los derechos del "núcleo duro"). Ciertamente, las aceptaciones de los Estados parte superan ampliamente estos mínimos, aunque hay algunos países con estándares de aceptación notablemente bajos. En cualquier caso, todos los derechos, incluidos los no aceptados, deben considerarse principios o aspiraciones de política pública que los estados parte tratarán de alcanzar en un futuro no demasiado lejano".

Respecto del Comité Europeo, indica la Sala de Valladolid que dicho organismo: "aparece como el órgano de control de la Carta Social del Consejo de Europa, actualmente compuesto por 15 miembros, se limitaban en su origen al examen de los informes periódicamente presentados por los Estados con objeto de dar cuenta de la ejecución de sus obligaciones asumidas a tenor de la Carta, si bien se vieron sensiblemente reforzados con motivo de la adopción, en 1995, de un Protocolo adicional a la Carta original (dicho protocolo entró en vigor en 1998), cuyas disposiciones quedaron integradas en el artículo D (parte II) de la Carta revisada. Desde entonces, y a condición de que cada Estado afectado haya aceptado su jurisdicción, tiene vocación y competencia para pronunciarse sobre reclamaciones colectivas que emanen de organizaciones sindicales nacionales o internacionales, o también de organizaciones que ostenten estatuto «participativo» ante el Consejo de Europa y se encuentren inscritas en la lista establecida por el Comité gubernamental de la Carta Social. Todos los Estados Partes en la Carta no han aceptado su jurisdicción. Únicamente catorce lo han hecho. Y uno solamente, Finlandia, ha aceptado igualmente que puedan ser presentadas reclamaciones colectivas no sólo por las organizaciones acabadas de enumerar, sino asimismo por cualquier organización no gubernamental nacional. La jurisdicción del Comité Europeo de Derechos Sociales no es una jurisdicción en toda su plenitud; sus decisiones no son directamente ejecutivas".

[503] Los cinco compromisos asumidos en virtud del artículo 4 son: 1) A reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso. 2) A reconocer el derecho de los trabajadores a un incremento de remuneración para las horas extraordinarias, salvo en determinados casos particulares. 3) A reconocer el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor. 4) A reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo. 5) A no permitir retenciones sobre los salarios sino en las condiciones y límites establecidos por las Leyes o Reglamentos nacionales, o fijados por Convenios Colectivos o Laudos arbitrales.

de salarios, o mediante cualquier otro procedimiento adecuado a las condiciones nacionales.

De los cinco apartados citados, es el cuarto sobre el que concreta el recurrente la censura jurídica abordada por la Comisión, pero es que, con independencia, repetimos, de no ser las conclusiones de dicho organismo vinculantes para nuestro Estado, en nuestro ordenamiento, la consecuencia jurídica prevista para dicho incumplimiento, en ningún caso sería la declaración de improcedencia de la decisión empresarial, sino el nacimiento de un derecho de naturaleza indemnizatoria, concretamente a recibir una cantidad económica equivalente al salario devengado durante el periodo de preaviso incumplido. En este sentido, la Sentencia de la Sala Cuarta de 27 de enero de 2007, recurso 3011/2005; o la de de 11 de marzo de 2013 que declara el derecho indemnizatorio del trabajador incluso en caso de declaración de improcedencia del despido, donde a tal monto se ha de unir el derivado de tal declaración".

e) El mismo Tribunal, en fecha 22 abril 2015 (STSJ Castilla León / Valladolid 22 abril 2015, JUR 2015/127923), vuelve a mantener la eficacia del plazo de un año previsto en el contrato de emprendedores, abordando dos cuestiones adicionales: a) con respecto a si el período de prueba pactado en contrato deviene nulo en cuanto al exceso de duración respecto de la establecida convencionalmente, de manera que rebasada ésta la extinción comunicada carecería de causa y el despido habría de ser declarado improcedente (primera alegación del recurrente), contesta categóricamente en sentido negativo por remisión al contenido de las Sentencias del TC antes analizadas; b) en cuanto a la obligación del Juzgador de cumplir la Carta Social Europea (segundo argumento del trabajador), la Sala se remite a la Sentencia comentada en el apartado anterior, que mantiene en todos sus términos.

f) Y en un último pronunciamiento, de 28 mayo 2015 (STSJ Castilla León/Valladolid 28 mayo 2015, JUR 2015/151589), sigue afirmando, con contundencia, la validez del período de prueba de un año "cuya constitucionalidad ha sido declarada por la Sentencia del Tribunal Constitucional antes mencionada, a quien corresponde en exclusiva la función de velar por la constitucionalidad de las leyes", de manera que "la voluntaria suscripción de tal contrato por el actor no constituye un fraude de Ley porque es un contrato que tiene perfecto amparo legal y que excluye, porque así expresamente lo dice el artículo 4 de la Ley 3/2012, la

regulación del período de prueba de Convenios Colectivos y del Estatuto de los Trabajadores"[504].

g) La penúltima referencia es la STSJ Cataluña 14 abril 2015 (JUR 2015/162499)[505], resolución que no cuestiona ya la aplicabilidad del art. 4 Ley 3/2012, limitándose a validar el cese del trabajador producido antes del transcurso del período de prueba fijado en un año, aunque se haya superado el máximo convencional para los contratos ordinarios.

h) Y, en fin, la STSJ Galicia 5 junio 2015 (JUR 2015/162714), tampoco viene a cuestionar la validez del período de prueba de un año, en un supuesto singular en que el trabajador, contratado como vendedor en 18-04-2013, es dado de baja por la empresa a través de un mensaje de texto remitido, con fecha 28-02-2014, por vía de WhatsApp[506].

j. La STC 140/2015, de 22 de junio

Y ya sí, la última resolución digna de mención (tanto por el Tribunal que la dicta: el TC, como por el momento en que se produce: después de la STJCE antes citada) es la STC 140/2015, de 22 junio, en la que el Alto Tribunal viene a resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada ante el TC por el TSJ País Vasco, a través de Auto de 21 de enero de 2014. Con esta resolución el TC parece "cerrar" la cuestión definitivamente, al menos en el ámbito constitucional, al reforzar los argumentos previos, que dejan, con ello, de ser novedosos. Por lo demás, la sentencia merece que nos detengamos en ella, también, en atención a la postura mantenida por las partes durante la tramitación del

---

[504] Añade el Tribunal a su argumentación dos datos que fueron objeto de debate: el primero, que no había incumplido la empresa el pacto previo con el trabajador según el cual, como compensación de la venta de su cartera de clientes, la empresa mantendría con él la colaboración comercial (pues ésta no tiene porqué ser laboral); el segundo, que no puede considerarse ilícito el contrato de prueba en este caso al no constar la realización de idénticos servicios previamente a la suscripción del contrato de emprendedores, tal y como afirmaba el trabajador cesado).

[505] Siendo anterior en un mes a la última citada, se menciona ahora, al haber abordado todas las de la Sala de Valladolid de manera sucesiva y conjunta.

[506] En la sentencia comentada, la Sala reitera la informalidad en la comunicación del desistimiento durante el período de prueba, al señalar que "ha de existir una manifestación no necesariamente escrita ni sometida a formalidades de quien la utilice de forma que la otra parte conozca con antelación el motivo de su cese y ello porque en todo caso aunque no se exija explicaciones, tal actuación es revisable. Y por lo tanto, la comunicación a través del llamado "WhatsApp" alegada por el actor y admitida por la empresa tanto en su contestación a la demanda como en la impugnación, es válida como medio de comunicar el cese del trabajador, y en todo caso sería la fecha de inicio de computo de la caducidad, puesto que es la fecha en la que el trabajador tiene conocimiento de su cese, sea despido o no lo sea".

recurso, destacando la postura del Fiscal General del Estado, favorable a la estimación de la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional vasco.

A. SENCILLOS ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES

Los antecedentes fácticos y procesales de la resolución analizada son simples: una trabajadora es contratada en 18-06-2012, bajo la modalidad indefinida de apoyo a los emprendedores regulada en el art. 4.3 Ley 3/2012, viendo resuelta su relación laboral en fecha 13-02-2013, mediante desistimiento empresarial por no haber superado el período de prueba, decisión que, previo intento conciliatorio, da origen al procedimiento judicial en el que postula la nulidad o subsidiaria improcedencia de lo que considera ha sido un despido, siendo desestimada su pretensión por el Juzgado de lo Social 6 de Bilbao, que entiende válido el cese mediante desistimiento comunicado dentro del año que, en todo caso, ha establecido el legislador como período de prueba en esta modalidad contractual.

B. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR POSIBLE VULNERACIÓN DE CINCO PRECEPTOS

Elevado el recurso de la actora a la Sala de lo Social del TSJ País Vasco, y en contra del criterio del Magistrado que, en minoría, pretendía estimar la suplicación por considerar contraria a la normativa europea (arts. 20, 21, 30 y 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión) la posibilidad de que el contrato se extinga durante su primer año por no superación de la prueba, decide el TSJ (ante la no oposición del Ministerio Fiscal, el silencio de la empresa, y las alegaciones de la actora) plantear ante el TC cuestión prejudicial, por entender que la norma en cuestión podría vulnerar diversos preceptos constitucionales, dependiendo, de la respuesta que diera el TC, la consideración del cese de la trabajadora como un cese válido o como un despido. En concreto, las dudas de constitucionalidad se centraron en la posible vulneración de los siguientes principios:

a) Igualdad (art. 14 CE), al alterarse la regulación ordinaria de plazos máximos por titulación, contenida en el art. 14 ET, sin que el tamaño de la empresa (menos de 50 trabajadores) o la modalidad contractual creada *ad hoc* constituyan una especificidad habilitante.

b) Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9 CE), conectada con el principio de igualdad, por falta de elementos que justifiquen un período tan amplio de prueba, al no existir causa efecto entre éste y el fomento del empleo.

c) Derecho al trabajo (art. 35.1 CE), en su dimensión individual, plasmado en el derecho a la estabilidad en el empleo (no ser despedidos sin justa causa), que se conculcaría estableciendo un período de prueba de un año, que excede de manera relevante la regulación general del art. 14 ET, sin conexión, además, con el puesto de trabajo, los servicios encomendados o la titulación del empleado.

d) Negociación colectiva (art. 37.1 CE), al cerrarse el paso, con tan rígido precepto, a su adaptación por la autonomía colectiva.

e) Tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en la medida en que se impide la discusión, en sede judicial, de la justificación de la extinción del contrato, durante el plazo de un año.

C. OPOSICIÓN DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO

La Abogacía del Estado, sostiene la constitucionalidad del precepto, al que no cabe enjuiciar de forma aislada, sino encuadrado sistemáticamente en el conjunto de las normas reformadoras que, en la actual situación socioeconómica, pretenden fomentar el empleo estable, destacando que el plazo de un año se ha establecido en una única modalidad de contrato, sin que de ello se derive, además, perjuicio para las expectativas prestacionales. En concreto:

a) La diferenciación objetiva con el resto de modalidades contractuales hace innecesaria la aplicación del principio de igualdad de trato legislativo.

b) No existe arbitrariedad, al favorecer la medida indicada, a la que se ha dado un tratamiento legislativo diferenciado, una mayor flexibilidad en la contratación que fomentará la creación de empleo estable.

c) El desistimiento por no superar la prueba no ataca, en sí mismo, el derecho al trabajo, cuya invocación no cabe en abstracto, no peligrando la estabilidad en el empleo por responder el cese a una justa causa de extinción, tomada la norma en su finalidad y en conjunto; sí lo hace su utilización fraudulenta o torticera, previendo nuestro ordenamiento para ello la consecuente ilicitud.

d) El nivel de legalidad constitucional exigido por la tutela judicial se respeta permitiendo el acceso del trabajador a la jurisdicción, debiendo, la parte que desiste, estar en disposición de probar en sede judicial la existencia de causa suficiente.

e) El carácter de derecho necesario, garantizador de bienes básicos o aspectos relevantes, con que se impone "en todo caso", el plazo de un año, no infringe el derecho a la negociación colectiva, pues con independencia de que pudiera valorarse como excesivo de dicho plazo, la determinación del mismo en una concreta modalidad contractual es objeto de libre configuración legislativa, en función de los criterios de oportunidad apuntados, sin que pueda considerares un arbitrio legislativo que afecte de forma ostensible e indebidamente restrictiva al núcleo esencial de la negociación colectiva.

D. POSTURA FAVORABLE DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO, POR INCUESTIONABLE VULNERACIÓN DE LA IGUALDAD

La Fiscalía General del Estado, que manifiesta no comprender dónde puede encontrarse la relación causa efecto entre la duración del período de prueba de un año y el fomento del empleo estable y de los jóvenes, interesó la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad, basándola, esencialmente, en la vulneración que la norma supone del principio de igualdad, conectado, derivadamente, con la interdicción de la arbitrariedad, el derecho al trabajo y la negociación colectiva, no apreciando, sin embargo, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

a) En efecto, partiendo de una situación idéntica de dos trabajadores en la misma empresa, el trabajador al que se aplicase la modalidad contractual analizada, quedaría en franca situación de desigualdad con respecto al amparado por la normativa ordinaria, al ser sus derechos más volátiles, durante un año, sin justificación alguna.

b) El legislador que propicia esta desigualdad actúa, además, arbitrariamente.

c) Como criterio reforzado del principio de igualdad, el derecho al trabajo queda atacado desde la falta de fundamentación, razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

d) Del mismo modo que la vulneración de la negociación colectiva, no deriva de la (en ocasiones legal) sustracción a aquella de este ámbito de regulación, sino de la inexistencia de razones objetivas y proporcionadas a la finalidad que se pretenda con esa sustracción objetiva.

e) Por último, la propia posibilidad de cuestionar, por la vía de esta cuestión, la constitucionalidad de la norma, vendría a confirmar la no vulneración de la tutela judicial efectiva; en efecto, en caso de cese durante el período de prueba, la justa causa radica en la propia naturaleza del instituto, quedando garantizada la respuesta judicial a través, precisamente, de la cuestión que plantea el TSJ vasco por considerarlo, en este caso, excesivo, irrazonable y desproporcionado.

E. CONFIRMACIÓN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA

Como cabía esperar, el TC, haciendo referencia inmediata a sus previos pronunciamientos, ha venido a confirmar la constitucionalidad de la norma cuestionada, sin añadir, en realidad, nada nuevo a lo ya dicho.

a) Para salir "airoso" ante la contundente invocación de violación del principio de igualdad (los demás derechos lo son, ciertamente, por conexión) el Tribunal, consciente de lo desproporcionado del plazo, en todo caso, de un año, para verificar la aptitud del trabajador a prueba, viene a establecer que, en esta concreta modalidad contractual (y con ello salva el reproche de trato desigual) se ha "ampliado la finalidad tradicional del período de prueba" desde la perspectiva empresarial, sirviendo el plazo de un año para verificar la sostenibilidad económica y posibilidad del mantenimiento del puesto de trabajo, plazo, desde esta perspectiva, válido para todos los trabajadores sin distinción de categoría o cualificación.

b) "Superado" así el primer escollo, niega, seguidamente, el Tribunal, la arbitrariedad de la norma, y lo hace guiado por la necesaria "prudencia" que –dice- ha de regir el control de constitucionalidad, respetando las opciones políticas del legislador sin imponer constricciones indebidas al poder político. Desde este planteamiento no puede el Tribunal tachar de "arbitraria" una norma que no denota una absoluta irrazonabilidad (al haberse "encontrado" la nueva funcionalidad de verificar si el contratado es económicamente sostenible) y que viene, además, del brazo coyuntural de la crisis económica cuyos efectos se

pretenden paliar, precisamente, con medidas legislativas como la que la norma cuestionada incluye.

c) No se vulnera la estabilidad en el empleo y la causalidad de la extinción contractual inherentes al derecho al trabajo en cuanto que la medida legislativa es razonable, proporcionada y necesaria; en efecto, se enmarca en un escenario de grave crisis económica, y tiene un carácter excepcional y limitado en el tiempo (mientras la tasas de desempleo no baje del 15%); se ciñe sólo a empresas de pequeñas dimensiones (no parece importar al Tribunal que éstas sean la práctica totalidad del tejido empresarial español), para las que los beneficios de cotización y fiscales se condicionan, además, al mantenimiento ulterior de estos contratos; superado el período de prueba, el trabajador consolida un empleo con carácter indefinido; existe una proporcionalidad entre el sacrificio de garantías laborales y los beneficios, individuales y colectivos, que esta medida reporta; y se acepta, como necesario, que la facultad de libre resolución durante un año sea el incentivo que lleve al empresario a acudir a este tipo de contrato indefinido.

d) Con una preocupante concepción negativa de la autonomía colectiva, considera el Tribunal legítimamente justificado el carácter de esta norma como imperativa, indisponible para los convenios, por ser –dice- la única forma de impedir que la actuación de la autonomía colectiva "frustre", mediante su modificación, el legítimo objetivo de creación de empleo que se garantiza manteniendo el incentivo empresarial de desistimiento *ad nutum* durante un año.

e) Por último, está garantizado en todo caso, el acceso a los Tribunales, en la impugnación de cualquier decisión no ajustada al régimen jurídico establecido en la Ley (desistimiento transcurrido el plazo máximo, establecimiento del período de prueba cuando se desempeñaron idénticas funciones previamente, ceses discriminatorios, etc.); la tutela judicial no garantiza que pueda exigirse además, a través de la Jurisdicción, una justificación causal del desistimiento empresarial, pues ello no procede en ninguna otra modalidad contractual.

F. TRASCENDENCIA DEL VOTO PARTICULAR

En coherencia con la postura mantenida desde la primera de las resoluciones comentadas, la Sentencia se acompaña del Voto particular que formulan los Magistrados Asua Batarrita y Valdés Dal-Ré, quienes manifiestan su discrepancia con la

fundamentación jurídica y el Fallo de la Sentencia, que entienden debió ser estimatorio por vulneración del derecho al trabajo (art. 35.1 CE).

Los Magistrados discrepantes hacen una remisión expresa a lo manifestado en el Voto particular formulado a la STC 119/2014[507], destacando, expresamente, la postura del Fiscal General del Estado, en cuyas alegaciones interesó la estimación de la cuestión por considerar que la extensión a un año de la duración del periodo de prueba del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores resulta contraria a los arts. 9.3, 14, 35.1 y 37.1 del texto constitucional. Excediendo del objeto de este trabajo analizar con detalle los argumentos esgrimidos por los Magistrados discrepantes, podemos sintetizar, sin embargo, las siguientes ideas fuerza:

a) Debe presumirse una correspondencia plena entre el nomen asignado por el Legislador al período de prueba en el contrato de emprendedores y la configuración (naturaleza, funciones o efectos, etc.) que resulte de aplicación. Esto es, el período de prueba no es, en el contrato de emprendedores, una institución jurídica distinta a la que regula el art. 14 ET.

b) El art. 35.1 CE obliga al legislador a aprobar normas que faciliten la creación, no de cualquier trabajo, sino de un trabajo "decente" o digno; esto es, un trabajo productivo realizado en condiciones de libertad, equidad y seguridad, que permita al trabajador el desarrollo de su personalidad y el respeto a su dignidad (art. 10.1 CE) en un marco jurídico en el que los derechos de los trabajadores sean reconocidos y activamente defendidos y los propios trabajadores cuenten con una adecuada protección social. Y forma parte de la "estructura" del derecho al trabajo "la reacción frente a la decisión unilateral del empresario", la cual incluye, además de las garantías formales y causales del despido, el resarcimiento económico (indemnización).

c) Más allá de nuestro derecho interno, han de tenerse muy presentes los compromisos internacionales y comunitarios que obligan a una configuración legal del despido formal y casual, y a interpretar las normas de la forma más favorable a dicha configuración en la medida en que pertenece al contenido del

[507] Voto particular que formuló el Magistrado Valdés Dal-Ré, al que se adhieren la Magistrada Asua Batarrita y el Magistrado Ortega Álvarez.

derecho al trabajo ex art. 35.1 CE; entre ellos, el art. 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; los arts. 24 y 4.4. de la Carta Social Europea 1961; o el Convenio de la OIT 158 de 1982, sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, al que se une la Recomendación núm. 166.

d) Siendo el periodo de prueba una excepción a la aplicación del principio de causalidad, integrante del derecho al trabajo, su ordenación jurídica no admite excesos legislativos, no resultando admisibles aquellas regulaciones que no respondan a su función o que no respeten el principio de proporcionalidad entre el derecho que se pretende facilitar, la libertad de empresa (art. 38 CE), y el derecho que se sacrifica, el derecho al trabajo. Y en este caso, la falta de razonabilidad en la duración del período de prueba no logra superar el más benevolente test de constitucionalidad.

e) Ninguna de las razones esgrimidas por la Sala (el carácter coyuntural del contrato, la semejanza con otras "medidas de actuación", los beneficios fiscales y bonificaciones, o la consideración de la duración del período de prueba como "un instrumento adicional" de creación de empleo) son, según los Magistrados discrepantes, argumentos suficientes para superar el test de constitucionalidad.

f) En la medida en que la duración del periodo de prueba del contrato de emprendedores no cumple con esas elementales exigencias para justificar la limitación fundada en el art. 38 CE, el legislador, lejos de conciliar los intereses de las partes de la nueva modalidad de contrato de trabajo implantada por la Ley 3/2012, restringe desproporcionadamente el principio de causalidad, vulnerando el contenido del derecho al trabajo ex art. 35.1 CE. Por todo ello, la regla a examen habría de haber sido tachada de inconstitucional y nula, en criterio del Voto particular.

G. CONSIDERACIONES FINALES

La densidad de los argumentos aportados por las partes, desde el TSJ hasta el TC, pasando por los intervinientes Abogado del Estado y Fiscalía General, propiciarían un análisis detenido que no es el objeto de estas líneas. Por ello, simplemente destacar:

a) El complaciente papel del TC en la validación de una política de empleo de dudosa eficacia.

b) El desconcierto que genera ver una sentencia constitucional abordando por tercera vez, de manera exhaustiva, una cuestión ya resuelta.

c) La perplejidad de que se valide una finalidad totalmente novedosa del período de prueba, ajena a su propia esencia.

d) La censurable inexigencia, por el legislador, de una acreditación causal del desistimiento; puestos a extender la duración del periodo, bien podía haber exigido expresión de las razones.

e) La supeditación del canon de constitucionalidad a la situación socioeconómica.

f) La implantación de un extenso periodo durante el cual toda estabilidad en el empleo brilla por su ausencia, incitando a una máxima docilidad del trabajador.

E. RELACIONES LABORALES ESPECIALES

Al margen de la modulación que, en la práctica, ejercen los Convenios colectivos, las reglas comunes para el período de prueba establecidas legalmente en al art. 14 ET, han de ser complementadas, en el ámbito legislativo, con las reglas, específicas, que diversas normas singularizan en atención a la especialidad del vínculo laboral o a las particularidades del trabajo desempeñado, de manera que el esquema estatutario general se ve matizado por el contenido de estas normas cuya existencia se apoya en su propio carácter exclusivo[508].

Como indica MONTOYA MELGAR[509], cabe hablar de una regulación básica, común a la generalidad de los contratos, con independencia de la normativa sectorial específica que resulte de aplicación, denominado "Derecho común" de la contratación laboral, contenido sustancialmente en el Título I ET, que cede, sin embargo, en el supuesto de determinadas relaciones laborales, que oponen su especialidad incluso frente a la ordenación "básica" o "común", y quedan sometidas, verdaderamente, a regímenes especiales de trabajo, coexistiendo, pues, sin tacha de discriminación, relaciones comunes y especiales de trabajo.

[508] STS 26 marzo 2014 (RJ 2014/1575), haciendo suya la doctrina constitucional clásica, recuerda que "la consideración de una relación de trabajo como especial, implica, por propia definición, la diferencia no sólo frente a la relación ordinaria, sino también frente a las relaciones laborales especiales.

[509] A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo* (Bibl. cit.), pág. 505.

Partiendo de que el régimen común del período de prueba, es el contenido en el art. 14 ET (desarrollado, en sus respectivos ámbitos, por los convenios colectivos, e interpretado, en atención a su variadísima casuística, por nuestros Tribunales), pretendemos, mediante estas líneas, acercarnos a la regulación del período de prueba en las distintas relaciones laborales especiales[510], completando su análisis con una breve referencia a las variaciones que representan algunas modalidades contractuales (como el contrato de trabajo en prácticas[511]) o las diferencias que imprime el ámbito público en el que se desarrolla la prestación laboral (contrato de trabajo para la Administración).

Vamos a dedicar las siguientes páginas, pues, al análisis de estas relaciones especiales, exclusivamente desde el punto de vista del período de prueba, intentando destacar las principales diferencias entre el marco estatutario común y el específico de cada una de estas realidades, debiendo adelantar, desde este momento, que no todas muestran el mismo nivel de diferenciación u originalidad con respecto al régimen ordinario.

a. Personal de Alta Dirección

El ejercicio, por el alto directivo, de poderes inherentes a la titularidad empresarial y su capacidad para determinar el devenir empresarial en sus aspectos más trascendentes, condicionan, forzosamente, el contenido de los derechos y obligaciones que las partes de esta relación laboral especial asumen, singularizándola en diversos aspectos, entre

[510] Los motivos por los que unas relaciones, y no otras, se determinan "especiales" siguen siendo hoy objeto de discusión. M. CARDENAL CARRO: "A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta (I)", *Aranzadi Social*, núm. 9/2000, pág. 7, indicaba ya entonces que "para la doctrina española mayoritaria la razón que conduce a identificar una relación como especial es "inescrutable" (en expresión de A. MONTOYA MELGAR), afirmando la "imposibilidad de encontrar un fundamento solvente a su existencia". M. ALONSO OLEA y G. BARREIRO GONZÁLEZ: *El Estatuto de los trabajadores. Texto actualizado, Jurisprudencia, Comentario*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1991, pág. 28, señalaban que "todo contrato o relación de trabajo es especial… comparado con otro de otra actividad (pudiendo decirse) sin más, que cada contrato de trabajo, para cada tipo de trabajo, es especial por su objeto". A. SEMPERE NAVARRO: "Ocho preguntas sobre Relaciones Laborales Especiales", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 746/2008, pág. 1, tras identificar los tipos existentes, se preguntaba por qué no se asignaba tal condición, entre otros, a los contratos en prácticas, a los asalariados de las Administraciones Públicas, a ciertos cooperativistas, a los TRADEs, embarcados, personal de seguridad, e incluso "a quienes están en período de prueba" (esto último tiene, desde luego, un enorme interés dialéctico, en un trabajo como el actual, en el que se analiza el período de prueba desde varios puntos de vista que, en conjunto, permitirían efectivamente considerar al trabajador a prueba como sujeto de una suerte de relación laboral especial, de carácter necesariamente temporal).

[511] Al análisis del período de prueba en el contrato de trabajo indefinido de apoyo a emprendedores se ha dedicado un apartado específico de la tesis, al hilo de las dudas de constitucionalidad representadas por la duración del mismo, establecida, en todo caso, en un año.

ellos el que tiene que ver con la posibilidad de someter a prueba a aquel trabajador al que se le otorgó la máxima confianza[512].

Regulada esta relación laboral especial en el RD 1382/1985[513], su art. 5, núm. 1 establece que "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", concretando el núm. 2 que "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"[514].

Fuera de este período de prueba, el empresario[515] podría acudir, además de a las modalidades extintivas propias de la relación laboral común, a la figura del

---

[512] A. L. de VAL TENA, S. ALCÁZAR ORTIZ y C. ORTIZ de SOLÓRZANO AURUSA: "La relación laboral especial del personal de alta dirección", en *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*/coord. por Angel Arias Domínguez; Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), Aranzadi (Grandes Tratados), 2011, pág. 85, indican que "la razón de ser de la confianza mutua exigida en esta relación laboral especial no es otra que el ejercicio por el trabajador de funciones de rectoría superior, fundamentales para el logro de los objetivos empresariales y de las que depende en buena medida el éxito o el fracaso del proyecto empresarial. La recíproca confianza entre las partes refuerza el carácter *intuitu personae* de esta relación especial de trabajo. Una vez depositada la confianza en un alto directivo, ésta ha de perdurar a lo largo de la vigencia del contrato de trabajo, ya que si decae, se pierde el fundamento de la relación jurídica y desparece un elemento esencial del contrato, por lo que podrá extinguirse la relación contractual sin necesidad de alegar incumplimiento alguno.

[513] El art. 1.2 RD 1382/1985 considera personal de Alta Dirección a "aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitada por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad". Con esta definición "completa" la redacción contenida en el art. 2.1.a ET, según la cual, es relación especial la del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c (aquellos cuya actividad "se limite, pura y llanamente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo").

[514] M. IGLESIAS CABERO: *Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección*, Lex Nova, 2013, pág. 6, basa en la "singular relación de confianza", la integración que, en esta relación especial se produce, entre los vínculos "representativo" y "laboral" que unen a empresario y trabajador directivo.

[515] Empresario de la relación laboral especial de alta dirección que puede tener carácter público, tal y como estableció la Disposición Final primera del Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, que modificó la redacción del Real Decreto 1382/1985, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, añadiendo el actual apartado 4 del artículo 1, según el cual, el presente real decreto se aplicará a los máximos responsables y personal directivo a que se refiere el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, sobre régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, que no estén vinculados por una relación mercantil, en aquello que no se oponga al mismo ni al Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Como indica Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA: "Alta dirección laboral en el sector público. La nueva relación laboral especial <con peculiaridades> de alta dirección en el empleo

desistimiento, en los términos que permite el art. 11.1 RD 1382/1985 (comunicación escrita y preavisada con tres meses de antelación[516], con derecho a la indemnización pactada en contrato o, en su defecto, de siete días del salario en metálico por año de servicio con el tope de seis mensualidades[517]).

Es el ámbito de especial confianza inherente a esta relación especial lo que viene a "reforzar" la facultad extintiva empresarial[518], posibilitándola en dos fases sucesivas: durante el período de prueba, sin contraprestación indemnizatoria alguna, o posteriormente, una vez superado aquel, con coste indemnizatorio mínimo (siete días por año, inferior a cualquier otra modalidad contractual), salvo paco individualizado.

No obstante lo indicado, hay que tener en cuenta que la extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba no neutraliza el contenido de lo pactado por las partes, de

público tras el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (…)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 155/2012, (BIB. 2012/2802), pág. 6, desde la entrada en vigor del RD 1382/1985, se planteó la cuestión de si era o no aplicable al sector público, puesto que, en primer lugar, ninguna norma administrativa sobre empleo público expresaba que quedaban comprendidos en su ámbito de aplicación quienes ejercían funciones de alta dirección en el sector público y, en segundo lugar, no cabía encajar perfectamente el tipo de funciones de este personal en las que se consideran por la norma funciones típicas y propias de la alta dirección. Sin embargo, en la actualidad, en virtud de lo dispuesto en el RD 541/2012, puede decirse que se acoge por la norma laboral (RDPAD) dos conceptos de alta dirección, la alta dirección en el sector privado y la alta dirección en el sector público. Con respecto a esta última, el art. 4 del RD 451/2012, establece un propio sistema de fuentes, en virtud del cual el contrato de alta dirección se regirá a) por lo dispuesto en la disposición adicional octava del R.D-Ley 3/2012; b) por lo dispuesto en el RD 451/2012; c) por el RDPAD, en cuanto no se oponga al RD 451/2012; y d) por la voluntad de las partes. Lo anterior determina que, en materia de período de prueba, hayan de considerarse aplicables las reglas que marca el propio RDPAD, al no indicarse nada al contario ni en el RDLey 3/2012, ni en el RD 451/2012, que introdujo esta modalidad "pública" en la alta dirección especial.

[516] Como curiosidad, en un contrato de este tipo, suscrito con fecha 1 de enero, en el que se establece un período de prueba de nueve meses, el empresario podría desistir del mismo, sin preaviso ni indemnización, hasta el 30 de septiembre. A partir del 1 de octubre, al haberse superado el período de prueba y consolidado, con ello, los plenos efectos del contrato, la extinción, conllevaría el abono de la indemnización pactada o la mínima legal, y habría de realizarse, además, con preaviso de tres meses, de manera que, si se pretende desistir del contrato a partir del 1 de octubre ello es asumiendo la carga de abonar la cantidad correspondiente al preaviso no respetado (en importe de tres mensualidades). Por lo demás, lo que no tendría sentido es que el empresario, para evitar ese pago, preavise la extinción para un momento posterior a la superación de la prueba, pudiendo hacerlo antes sin necesidad de preaviso.

[517] La indemnización prevista en el art. 11.1 RD 1382/2015 no se encuentra exenta del IRPF. La Dirección General de Tributos en Resolución de 23 de junio de 2015, mantiene el criterio de que no es posible aplicar a la indemnización de 7 días de salario por año de servicio prevista para esta relación especial, la exención establecida para las indemnizaciones por despido en el art. 7. e) LIRPF, no obstante haber sido reconocida la obligatoriedad de su abono como norma de derecho mínimo por la STS 22 abril 2014 (RJ 2014, 3599).

[518] Al ser nota inherente a este mandato su carácter revocable, se admite el desistimiento libre y alejado del principio de causalidad extintiva, que, no obstante, habrá de conllevar el abono de indemnización, superada la fase de prueba, dado el componente laboral de esta relación especial.

manera que las expectativas generadas, entre otros, por los pactos de no competencia post-contractual, no desaparecen por el desistimiento durante el período de prueba, manteniendo el trabajador su derecho al cobro de la indemnización establecida[519].

La ampliación hasta los nueve meses y su carácter imperativo para la autonomía individual ("podrá concertarse un período de prueba que en ningún caso podrá exceder de nueve meses, si su duración es indefinida") son, en cualquier caso, las particularidades más destacables del periodo de prueba en esta relación laboral especial, que se explican y contextualizan en el ámbito de confianza y alta cualificación de las tareas a desempeñar[520].

No hace referencia el precepto a otros extremos propios del período de prueba, tales como su forma u objeto, algo que, en este caso, es relevante al no existir ni llamada a la negociación colectiva[521] ni remisión expresa que permita al ET actuar como derecho supletorio[522] (salvo disposición en el contrato). Por ello, dada su escueta regulación, "en

---

[519] Según doctrina fijada por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 febrero 2009 (RJ 2009/621) y 14 mayo 2009 (RJ 2009/ 3001), "la condición resolutoria, implícita en el período de prueba, hace referencia únicamente a la posibilidad de resolverlo mientras transcurre dicho período por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, pero no afecta a la eficacia jurídica de los pactos establecidos para surtir efectos después de extinguido el contrato como ocurre con el pacto de no competencia postcontractual. 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'. El pacto de no competencia postcontractual genera expectativas tanto para el trabajador (indemnización para compensarle del perjuicio que pueda suponer, tener que dedicarse, después de extinguido el contrato y durante el tiempo pactado, a otra actividad distinta, para la que quizá no esté preparado), como para el empresario (evitar el perjuicio que pueda suponer la utilización por el trabajador de los conocimientos adquiridos en la empresa en una actividad que entra en competencia con aquélla), expectativas que quedarían frustradas si la eficacia del referido pacto dependiese del árbitro de cualquiera de las partes".

[520] Para A. MARTÍN VALVERDE: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 167, en el marco del trabajo de alta dirección, las funciones del periodo de prueba presentan una significación propia puesto que en estos casos la verificación de la aptitud y el proceso de adaptación son más inciertos de evaluación y pronóstico.

[521] En sintonía con la exclusión de dicho personal de los mecanismos de representación unitaria en la empresa establecida en el art. 16 RD 1382/1985 ("Sin perjuicio de otras formas de representación, el personal de alta dirección no participará como elector ni elegible en los órganos de representación regulados en el Título II del Estatuto de los Trabajadores"), precepto que, tal y como reconoció la STS Contencioso-Administrativo 22 octubre 1987 (RJ 19987/6902) no lesiona el derecho de libertad sindical reconocido en el artículo 28 CE, pues a los órganos de representación de los trabajadores incumbe la defensa de unos intereses económicos y sociales contrapuestos a los del empresario, de los que participa, por su ejercicio, el alto directivo.

[522] "La proximidad socio-jurídica del alto cargo respecto del empresario explica la tradicional sustracción de aquel a la normativa laboral… De ahí que se haya catalogado el régimen jurídico del personal de alta dirección como "semi-laboral" en un doble sentido: a) el intervencionismo normativo estatal retrocede ante la autonomía de la voluntad; y, sobre todo b) a falta de regulación reglamentaria o contractual, la

los aspectos no previstos en la norma habrá de estarse a lo que la empresa y el alto directivo hayan estipulado en el contrato y, en el caso de que no se incluyera una referencia más allá de lo establecido en el artículo 5 RDPAD, este vacío deberá ser suplido mediante la integración de los preceptos del Decreto y la voluntad de las partes, en función de la finalidad última del período de prueba[523]. Lo que, en todo caso, parece poder deducirse[524] es: que el desistimiento es libre durante el período de prueba; que no resultan exigibles obligaciones adicionales en materia de preaviso[525] e indemnización; que el trabajador mantiene los mismos derechos y obligaciones que habrán de considerarse luego consolidados[526]; que el deber de experimentación no muestra diferencias con la relación laboral común; y que las consecuencias derivadas de situaciones suspensivas del contrato habrán de ser las pactadas por las partes.

Cuestión interesante es la que, en relación a la nulidad del pacto de prueba cuando se han desempeñado las mismas funciones en la empresa, plantea la STSJ País Vasco 27 abril 2014 (AS 2014/1090), admitiendo que la suscripción por la misma empresa de un contrato ordinario, tras haber extinguido el previo contrato de alta dirección, no permite la introducción de un período de prueba en el nuevo contrato, al conocerse ya las cualidades del trabajador, al vedar el precepto el nuevo pacto si se desempeñaron las mismas funciones previamente "bajo cualquier modalidad de contratación"[527]. La

---

legislación supletoria no es la laboral sino la civil y mercantil (A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 507).

[523] A. L. de VAL TENA, S. ALCÁZAR ORTIZ y C. ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA: "La relación laboral especial…", cit., pág. 91.

[524] A. BALLESTER PASTOR: *El período de prueba* (Bibl. cit.), pág. 71.

[525] No obstante, los repertorios de Jurisprudencia contemplan, con cierta reiteración, supuestos en los que el contrato del alto directivo contiene cláusulas que, por su generalidad o ambigüedad, podrían interpretarse en el sentido de exigir al empresario un preaviso determinado en cualquier supuesto de extinción contractual, incluido el preaviso durante el período de prueba, optando las resoluciones analizadas (Véase STSJ Comunidad Valenciana 6 junio 2000 y 6 julio 2011, AS 2000/4421 y AS 2011/2014) por mantener el esquema general de no obligación de preaviso (extraído del ET, pese a no aplicarse supletoriamente). Cosa distinta es que la voluntad de las partes hubiese explicitado claramente la obligación de preaviso incluso durante la vigencia de la prueba.

[526] Con mejorable redacción, declara el art. 5.2 RD 1382/1985 que a la conclusión del período de prueba, el contrato "producirá plenos efectos", cuando, en verdad, éstos se vienen produciendo desde el inicio del propio contrato, por lo que parece más correcto decir que los efectos se consolidan a partir de ese momento, computándose, por lo demás, el tiempo a prueba para el cálculo de la antigüedad.

[527] En el interesante supuesto que aborda el TSJ País Vasco, las partes concertaron en fecha 11-01-2013 un contrato de alto directivo, que quedó sustituido por el que, con carácter común, convinieron el 1-04-2013 (aunque no se expresó con claridad en el segundo contrato, la Sala entiende que el segundo sustituyó al primero, "ya que no cabe simultanear con un mismo empresario una relación laboral de alto directivo con una ordinaria, permitiéndose que, a lo sumo, esta última quede suspendida mientras se

misma nulidad del nuevo período de prueba analiza la STSJ Castilla León-Burgos 22 febrero 2007 (AS 2007/1773), en un supuesto en el que, desistido por la empleadora pública el contrato de alto directivo, se estableció en el siguiente contrato del mismo carácter, mediado un breve período de tiempo, un nuevo período de prueba, reputándose este pacto nulo, con la consiguiente declaración de improcedencia del cese del actor[528].

En cuanto a la posibilidad de establecer o no períodos de prueba en la contratación temporal de altos directivos, entendemos que la redacción del precepto permitiría, en principio, discutir si el carácter indefinido del contrato es requisito necesario para el propio establecimiento del período de prueba (no cabría, por tanto, en los temporales) o si, por el contario, lo que hace la norma es establecer un límite máximo de duración para el contrato indefinido, reducible, por tanto, en los contratos de duración determinada. Parte de la doctrina ha considerado que "una interpretación literal del precepto conduce a la conclusión de que no resulta posible el pacto de prueba en los contratos del alto directivo concertados por tiempo concreto"[529], "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 desempeño de su trabajo, se va a ver identificado con la propia empresa"[530]. Otros autores, sin embargo, no se han

---

ejecuta la otra). Con independencia del tipo de vínculo contractual desarrollado por el actor, lo cierto es que el último de ellos ha sido para realizar funciones de director comercial, que también fueron ejecutadas en el primero. Cierto es que entonces fueron complementadas con otras, pero esta circunstancia no impide que surja la razón que veta la concertación de un período de prueba: la demandada ya sabía cómo trabajaba el recurrente en esa labor, por lo que su suscripción no tenía más finalidad que la de poder extinguir el contrato de trabajo por su sola voluntad, motivada en causas ajenas a las que justifican la presencia de esa facultad resolutoria. El despido se califica como improcedente, al ser nulo el período de prueba instaurado en el segundo contrato. Interesante es, además, la matización que realiza la Sala al calcular la indemnización por despido, al indicar que "no es posible computar más que la antigüedad derivada del segundo contrato, sin acumular la del primero por ser éste de alta dirección, de conformidad con la doctrina sentada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sus sentencias de 28 de junio de 2002 (RJ 2002/ 9083) y 18 de febrero de 2003 (RJ 2003/3806), que toman como precedente la de 6 marzo 1985 (RJ 1985/1282), precisamente basada en que son dos vínculos contractuales distintos".

[528] En esta sentencia, el Consorcio Hospitalario de Burgos desiste, con fecha 31-10-2005, del contrato de alta dirección suscrito con el actor, que prestaba servicios como Director Adjunto de la Gerencia, abonándole la indemnización correspondiente, si bien, con fecha 21-12-2005, suscriben nuevo contrato de alta dirección, para el puesto de Subdirector médico de la Gerencia, estipulándose en la cláusula 3ª un período de prueba de seis meses. Con fecha 31-05-2006, la Gerencia acuerda la rescisión contractual sin abono de indemnización alguna, al amparo de la citada cláusula, a la que el TSJ niega cualquier valor, por entender que "no tiene en el caso presente razón de ser alguna, al haber venido desempeñando con antelación suficiente el actor las mismas funciones, a satisfacción,… a cargo de la recurrente".

[529] T. SALA FRANCO: *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Bilbao, 1990, pág. 44.

[530] M. A. BALLESTER PASTOR: *El Período de prueba* (Bibl. cit.) pág. 70.

mostrado contrarios a que la misma duración máxima del período de prueba establecida para los contratos por tiempo indefinido resulte también aplicable a los contratos temporales de duración superior a nueve meses[531].

Teniendo en cuenta las características de esta relación especial, en la que la experimentación del objeto del contrato antes de su consolidación se antoja esencial, así como la inaplicación del régimen supletorio del ET (en virtud del art. 3.2 RD 1382/1985 no podría acudirse a la regulación genérica de la prueba del art. 14 ET, salvo fijación en el contrato), considero que optar por la primera de las tesis colocaría al empresario en una difícil situación, al restringírsele el acceso a la contratación temporal en aquellos casos en que ésta sea la fórmula –válida- que mejor le encaje, por lo que entiendo que si el legislador hubiese querido impedir la prueba en contratos temporales, debería haber optado por una redacción más clara[532]. A nivel judicial, los Tribunales se decantan mayoritariamente por permitir la inclusión de períodos de prueba en los contratos temporales[533].

En cuanto a las exigencias formales del pacto, no se prevé expresamente su carácter necesariamente escrito (se habla de "concertar", sin mayores especificaciones), si bien la doctrina[534] viene considerando innecesaria tal mención, dado el carácter ya escrito del propio contrato de alta dirección (art. 4.1), debiendo concluir, por tanto, que en ausencia

---

[531] M. ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo* (Bibl. cit.), pág. 123. Por su parte, A. L. de VAL TENA, S. ALCÁZAR ORTIZ y C. ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA: "La relación laboral especial…" (op. cit.), pág. 91, postulan que en la contratación temporal se determine, caso por caso, la extensión del período de prueba en función de su utilidad en su ámbito específico, evitando un uso abusivo de esta figura, añadiendo que, sea como fuere, la duración máxima regirá cuando la extensión temporal del contrato supere los nueve meses, tal y como señaló la STSJ Cataluña 24 noviembre 1997 (AS 1997/3943).

[532] Quizás habría bastado con la siguiente redacción: "En el contrato especial de trabajo del personal de alta dirección de carácter indefinido podrá concertarse un período de prueba, que en ningún caso podrá exceder de nueve meses".

[533] En este sentido, la STSJ Castilla-La Mancha 17 marzo 2004 (AS 2004/1085) considera que esta cuestión "debe resolverse en sentido afirmativo ya que así se infiere directamente del propio articulado del RD 1382/1985, en cuyo art. 5 se señala expresamente que en el contrato especial de trabajo del personal de alta dirección se podrá concertar un período de prueba, sin que el hecho de que se especifique que su duración no podrá exceder de nueve meses cuando su duración sea indefinida, implique… que si el contrato es temporal no se pueda fijar período de prueba, extremo que no cabe deducir de la literalidad del precepto, lo que a su vez queda reafirmado por el art. 12 del mismo texto legal, que, en orden a las causas de extinción del contrato, se remite a las consignadas con carácter general en el ET, figurando en éste, como tal, a tenor de su art. 14, la extinción del contrato por no superación del período de prueba, precepto en el que se fija la posible duración del mismo, señalando la de seis meses para los técnicos titulados, al cual se ajustó el pactado por la actora.

[534] M. ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAAMONDE: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 123.

de contrato escrito, y dándose las circunstancias que permitan apreciar existente una relación especial de este tipo (art. 4.1. *in fine*), sería muy dudosa la posibilidad, tanto por el alto directivo como por la empresa contratante, de hacer valer su desistimiento por aplicación de un supuesto pacto verbal de prueba.

No obstante, hay quien considera que la redacción del precepto no impone que el pacto de prueba se realice por escrito, de manera que, la inclusión, facultativa, del período de prueba, habrá de pactarse de manera expresa, pero no necesariamente escrita, si bien la permisividad en la forma no supondrá la aplicación de ninguna presunción favorable a su existencia[535].

b. Servicio del hogar familiar

Su carácter "reproductivo"[536] y la tradicional concepción de esta relación como arrendamiento de servicios ha dificultado su inclusión en el ámbito laboral y, desde luego, cualquier intento por darle un tratamiento homogéneo y cercando al ámbito común. En efecto, prácticamente excluida del ámbito laboral hasta su inclusión como relación laboral especial por la Ley de Relaciones Laborales de 1976[537], condición con la que se mantuvo en el ET de 1980, no fue hasta su desarrollo reglamentario por RD 1424/1985, de 1 de agosto cuando se pudo considerar, efectivamente, incluido el trabajo doméstico entre las relaciones de trabajo, a través del citado Real Decreto, que ha permanecido vigente durante un cuarto de siglo, hasta la actual regulación por RD 1620/2011, de 14 de noviembre[538].

---

[535] A. L. de VAL TENA: *Pacto de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 114. En sentido contrario, M. IGLESIAS CABERO: *Relación laboral…* (op. cit.), pág. 91, para quien "la necesidad de que el período de prueba conste por escrito es un requisito de inexcusable observancia".

[536] J. MARÍN MARÍN y M. D. FONTES BASTOS: *Prontuario jurídico del trabajo doméstico asalariado y guía de buenas prácticas*, Ed. Murcia Acoge, 2007, pág. 14, definen como "trabajo reproductivo" a aquel que comprende servicios de reproducción social, esto es, las actividades que se desarrollan en el ámbito doméstico destinadas a gestionar la infraestructura del hogar y a atender y mantener las necesidades de la familia, … es decir, un proceso de producción de bienes y servicios, pero no destinados al intercambio sino al autoconsumo familiar, generando un valor de uso consumible por la unidad doméstica".

[537] Es cierto que antes fue incluida por la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, pero el Texto Refundido de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 la excluyó.

[538] J. ROMERAL HERNÁNDEZ: "El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar", *Aranzadi Social*, núm. 7/2013, (BIB 2013/2146), pág. 1, realizando una certera síntesis, da cuenta de que el trabajo doméstico es una de las fuentes de empleo más importantes tanto por el número de trabajadores que ocupa (más de 350.000 aparecían formalmente en alta en la Seguridad Social en 2012), como por su contribución al funcionamiento general de la economía y la vida social, contribuyendo al crecimiento de la riqueza y el PIB de los países al liberar a otras personas de los

El actual RD 1620/2011, con más precisión[539] que otras normas reguladoras de relaciones especiales, nos ofrece, en su Exposición de Motivos, una justificación de dicha especialidad, basándose en "el ámbito donde se presta la actividad, el hogar familiar, tan vinculado a la intimidad personal y familiar y por completo ajeno y extraño al común denominador de las relaciones laborales, que se desenvuelven en entornos de actividad productiva presididos por los principios de economía de mercado", así como, "en el vínculo personal basado en una especial relación de confianza que preside, desde su nacimiento, la relación laboral entre el titular del hogar familiar y los trabajadores del hogar, que no tiene que estar forzosamente presente en los restantes tipos de relaciones de trabajo".

Para esta relación laboral, cuya especialidad, como se ha advertido, estriba en el entorno familiar[540] en el que se desarrolla la prestación de servicios, en la condición de empresario que ostenta el titular del hogar familiar, en el objeto del contrato, ajeno a fines productivos, y en el vínculo de máxima confianza que ha de presidirla[541], establece

---

quehaceres domésticos para dedicarse al desempeño de actividades económicas, educativas o sociales. Al mismo tiempo, incrementan el bienestar social con su atención a enfermos, ancianos y niños, lo que permite hacer efectiva la conciliación de la vida laboral y familiar. Los cambios sociales y demográficos de las últimas décadas: incorporación de la mujer al mercado de trabajo, envejecimiento de la población y aumento de la esperanza de vida, entre otros, han incrementado la demanda de este trabajo, que a pesar de la crisis es un sector que sigue creando empleo. Sin embargo, es una de las formas más precarias, peor remuneradas y desprotegidas de empleo, debido a que tradicionalmente ha sido considerado un trabajo informal, no generador de riqueza, sino medio de satisfacción de necesidades familiares. Derivado de esta creencia cultural es un sector altamente feminizado, compuesto fundamentalmente por trabajadoras extranjeras que en muchas ocasiones trabajan de forma irregular, sobre todo cuando se ofrece alojamiento y comida. A ello se une que al desarrollarse en el círculo de convivencia familiar es difícil su organización como colectivo y el control de la legalidad; factores que lo hacen invisible a efectos de estudios y encuestas estadísticas y alimentan la precariedad.

[539] R. QUESADA SEGURA: *El contrato de servicio doméstico*, *La Ley*, 1991, pág. 59 señala que "estamos ante una de las relaciones laborales especiales en las que verdaderamente existen razones sustanciales para evitar la normativa general".

[540] Como indica A. MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo* (Bibl. cit.), pág. 509, este peculiar ámbito en que se desenvuelve la relación -el hogar familiar- ha determinado su tradicional marginación de Derecho del Trabajo, pese a la indudable concurrencia en ella de las notas definitorias del contrato de trabajo, manteniéndose en el precario marco del arrendamiento de servicios hasta que el RD. 1424/1985, al regular la relación especial, vino a atender a la reivindicación que, desde antiguo, consideraba a los domésticos como trabajadores por cuenta ajena.

[541] Quizá es en esta relación en la que más claramente puede defenderse el periodo de prueba como instrumento hábil para conocer las cualidades personales del trabajador que, en otros ámbitos, podrían considerarse menos relevantes. En este sentido L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI y P. PALOMINO SAURINA: "La relación especial del personal al servicio del hogar familiar", en *Relaciones laborales especiales…* (Bibl. cit.), pág. 145, la definen como "una relación fiduciaria caracterizada por la confianza personal y la fiabilidad del trabajador", destacando (con cita de R. QUESADA SEGURA) que "ciertas cualidades personales y morales del trabajador, su carácter

el art. 6.2. del RD 1620/2011, que "podrá concertarse por escrito[542] un período de prueba en los términos del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores" y que "durante dicho período, 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 período de preaviso ajustado a lo que se pacte, sin exceder, en ningún caso, de siete días naturales".

El art. 3 RD califica a la normativa laboral común[543] como fuente supletoria, "en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación" (igualmente considera fuente de esta relación a los convenios colectivos, la autonomía individual, ajustada a la normativa legal y convencional precedente, plasmada en el contrato de trabajo, así como los usos y costumbres locales y profesionales), fórmula abierta que precisará ser concretada por la vía interpretativa, en función del caso concreto.

Con respecto al período de prueba, la actual regulación de esa relación laboral especial dista mucho de la anterior normativa, contenida en el RD 1424/1985, de 1 de agosto, cuyo art. 4.3 establecía una presunción de existencia, en estos contratos de trabajo, de un período de prueba, cuya duración era de quince días"[544] de trabajo efectivo.

---

y rasgos de personalidad que en un trabajo ordinario pueden resultar del todo irrelevantes, aquí cobran especial importancia porque influirán en el contacto personal".

[542] Las posibles disfunciones entre la necesidad de pacto de prueba escrito y posibilidad de contrato no escrito para esta relación especial son mínimas, al deber constar por escrito todas las relaciones laborales de duración superior a cuatro semanas, quedando las inferiores en el marco de dos meses que actúan como tope al período de prueba.

[543] Excepto a la protección otorgada, *ex* art. 33 ET, por el Fondo de Garantía Salarial.

[544] Establecía el art. 4.3. de la anterior norma reguladora de la relación especial, que "la relación laboral se presumirá celebrada a prueba durante quince días, computándose a estos efectos aquellos días en que se da prestación de servicios efectiva". Ello significaba, no solo la innecesariedad de acuerdo escrito para incluir un período de prueba en la relación recién instituida, sino que, en defecto de pacto, siempre se entendía sometida la relación a prueba durante los primeros quince días, salvo prueba en contrario. Por lo demás, el viejo precepto no establecía una duración máxima, por lo que, en ausencia de convenio colectivo, habrían de operar los límites máximos del ET. En última instancia, solo computaban, a efectos de duración, los días en los que efectivamente se hubiese desarrollado la prestación laboral (sin contar días no laborables, festivos, etc.). Para justificar el establecimiento de aquel período de prueba, aún sin pacto, autores como F. DURÁN LÓPEZ: "El período de prueba", *Relaciones Laborales*, núm. 12, 1988, pág. 95), señalaban que la recíproca confianza que caracteriza muy particularmente esta relación especial es lo que explica que la relación de trabajadores al servicio del hogar familiar tuviera establecida una presunción de que el período de prueba se había establecido por quince días, si bien cabía, mediante prueba en contrario, acreditar la existencia de un pacto más largo, más corto, o incluso la renuncia al mismo. Entiendo, no obstante, que la misma necesaria confianza ha de presidir hoy la relación laboral y,

Actualmente, tal flexibilización del requisito ha desaparecido, exigiéndose, como se ha dicho, un acuerdo escrito para establecer el período de prueba, cuyo cómputo no se ajusta legalmente a los días efectivos de prestación de servicios. De esta forma, la particularidad más destacable del período de prueba en el sector del trabajo doméstico es la exigencia de un preaviso[545] para el desistimiento, fijado en siete días[546].

En cuanto a la duración, y en defecto de lo que se establezca en convenio colectivo, el establecimiento de un período máximo de dos meses viene a representar una reducción de un mes con respecto al período de tres meses establecido, en la norma estatutaria, para las empresas de menos de 25 trabajadores[547]. Por otra parte, en los contratos de trabajo de duración determinada por tiempo inferior a seis meses (salvo previsión distinta en Convenio colectivo), el período de prueba no podrá exceder de un mes, en aplicación del art. 14 ET.

Recordar, por último, que esta relación especial, dadas las singularidades apuntadas, cuenta con un mecanismo extintivo empresarial muy particular: el desistimiento empresarial, una vez superado el período de prueba[548], con lo que, de hecho y de Derecho, se prolonga, *sine die*, la prerrogativa empresarial de extinción acausal[549], si bien que indemnizada.

---

sin embargo, el legislador ha optado ahora por incluir la exigencia escrita del pacto de prueba para poder considerarlo válido, eliminando, de esta forma, los inconvenientes que, en la práctica, puede conllevar el acceso a presunciones.

545 J. ROMERAL HERNÁNDEZ: "El impacto del Convenio…", cit, pág. 6, indica que "Esto (el preaviso) es así porque el repentino desistimiento de cualquiera de las partes puede suponer una alteración en la organización de la vida (en el caso del empleador, sirva como ejemplo el supuesto en que los servicios sean para atender menores o ancianos; del lado del empleado imaginemos el supuesto de trabajadores extranjeros sin familia ni recursos para conseguir alojamiento de urgencia)".

546 Con redacción confusa se indica que el preaviso "no podrá exceder… de siete días naturales", para referirse a que aquel no podrá tener una duración superior a siete días.

547 Para M. LLANO SÁNCHEZ: "El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar", *Actualidad Laboral*, núm. 6, pág. 13, la ampliación de la duración máxima de 15 días a dos meses parece razonable si se tiene en cuenta la más que probable duración de los nuevos contratos, una vez desaparecida la presunción de temporalidad anual sin causa".

548 En virtud del art. 11.3 RD 1620/2011, el contrato puede extinguirse por desistimiento del empleador, que podrá decidirse en cualquier momento del transcurso de la relación laboral y que deberá comunicarse por escrito haciendo constar inequívocamente tal causa, poniendo a disposición del empleado una indemnización de 12 días naturales por año de servicio (manteniéndose los 7 días de la regulación anterior para los contratos suscritos antes de la entrada en vigor del nuevo RD).

549 P. PALOMINO SAURA: "La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar", *Información Laboral*, núm. 5/2012 (BIB. 2013/51976), pág. 3, añade, a este respecto la interesante consideración de que "la superación del período de prueba en el trabajo al servicio del hogar familiar no impide extinguir el contrato por ineptitud originaria del trabajador, en la medida en que mediante el libre

Del mismo modo que, tanto durante el período de prueba, como superado el mismo, las facultades de desistimiento empresarial del contrato de mujeres empleadas de hogar no pueden encubrir una vulneración de sus derechos fundamentales, situación que, por desgracia, es muy común en este sector de actividad, coincidiendo con el estado de embarazo de la trabajadora, lo que es objeto de estudio, con carácter general, en apartado específico de este trabajo[550].

c. Penados en instituciones penitenciarias

El art. 25.2 CE reconoce el derecho de los condenados a penas de prisión a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social; por su parte, la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, establece, en su art. 27.2, que el trabajo directamente productivo que realicen los internos será remunerado; y el art. 2.1.c ET, enuncia, como relación laboral especial, la de los penados en instituciones penitenciarias. A nivel reglamentario el Reglamento Penitenciario contenido en el RD 190/1996, de 9 de febrero, se encargó de desarrollar las anteriores previsiones, al tiempo que la regulación del órgano gestor del trabajo de los internos, que actúa como empleador (Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u organismo autonómico equivalente) se había acometido por RD 326/1995, de 3 de marzo[551]. Por último, la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, habilitó al Gobierno a articular la relación laboral especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios.

Con estos antecedentes, se elaboró el RD 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial[552] de los penados que realicen actividades laborales

---

desistimiento no hace falta alegar causa alguna para dar por terminada la relación laboral, aunque ello supondría que el empresario debería abonar una pequeña indemnización".

[550] Véanse, además, las recientes STSJ Cataluña 7 octubre 2014 (AS 2014/2987) o STSJ Madrid 22 noviembre 2014 (AS 2014/981), que consideran nulas, por vulnerar el derecho a la igualdad y no discriminación, las decisiones de desistimiento de empleadas de hogar embarazadas, nulidad que, superado el período de prueba, puede apreciarse automáticamente, mientras que, vigente el mismo, requieren la acreditación del panorama discriminatorio.

[551] Norma derogada por el RD 868/2005, de 15 de julio, que modificó la denominación del citado organismo: "Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo".

[552] A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo* (Bibl. cit.), pág. 511, critica a esta relación especial desde un punto de vista dogmático, a la vez que desde una concepción de jerarquía normativa y política legislativa; en efecto, sostiene que el trabajo de los penados no reúne las características propias del trabajo objeto de contratación laboral, al no ser su finalidad la obtención de remuneración sino la preparación del interno para las condiciones normales del trabajo libre, sin que estén presentes las necesarias libertad

en talleres penitenciarios[553] y la protección de la seguridad social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad[554], norma cuya "filosofía general" -según indica- combina formación y actividad laboral, con el objetivo de facilitar la futura inserción laboral del colectivo interno[555]. De esta manera, se ha dicho que "en el derecho al trabajo del interno predomina su carácter de derecho a prestación en cuanto que para hacerlo efectivo exige la organización de un sistema de prestación, habiendo de distinguirse en él… dos aspectos: la obligación de crear la organización prestacional en la medida necesaria para proporcionar a todos los internos un puesto de trabajo y el derecho de éstos a una actividad laboral retribuida o puesto de trabajo dentro de las posibilidades de la organización penitenciaria existente. En el primero debe verse antes que nada una obligación de la Administración Penitenciaria de cumplir la obligación prestacional en la medida necesaria para proporcionar a todos los internos un puesto de trabajo, y aunque también pueda reconocerse una titularidad subjetiva del interno es ésta desde luego de eficacia limitada a las posibilidades materiales y presupuestarias del propio establecimiento, y por ello para el interno es un derecho de aplicación progresiva, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata[556]".

---

contractual y de elección de trabajo, faltando, por tanto, el elemento esencial de la voluntariedad en la prestación laboral. Por otra parte, el intento de laboralización de esta relación acometido por el art. 2.1.c ET no respeta el preceptivo desarrollo por Ley Orgánica de los derechos fundamentales y libertades públicas, al ubicarse el art. 25.2 CE citado en el Título I, Cap. II, Sección 1ª CE, de manera que una ley ordinaria es radicalmente incompetente para regular derechos fundamentales y libertades públicas. Para este autor, en sintonía con G. BAYÓN CHACÓN, E. PÉREZ BOTIJA y M. C. PALOMEQUE, a los que cita, debiera haberse considerado el trabajo de los penados como una "situación asimilada a la relación laboral por razones de política penitenciaria".

[553] El propio RD se encarga de excluir de esta relación especial la relación laboral de los internos en régimen abierto que accedan a un empleo en el exterior del centro penitenciario, la de los liberados condicionales y la de los ex-reclusos.

[554] Esta norma derogó diversos artículos del Reglamento Penitenciario (arts. 134 a 152), elaborando las materias en ellos tratadas, de manera más pormenorizada, si bien otros siguen vigentes (entre otros, los arts. 132 y 133).

[555] La especialidad de esta relación, al margen de la atenuación de la nota de libertad inherente al trabajo, es que su regulación tiene en cuenta las diferentes finalidades perseguidas por el trabajo del recluso, más allá de la de procurar a éste las rentas por el trabajo realizado.

[556] Sobre este particular, M.C. PALOMEQUE LÓPEZ: "El derecho al trabajo de los penados y la efectividad de los derechos fundamentales. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 1ª, 172/1989, de 19 de octubre [RTC 1989, 172], BOE de 7 de noviembre)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 42, 1990, pgs. 305 y ss.

En materia de prueba, nada indica la norma[557], silencio que guarda igualmente el Reglamento Penitenciario, sin que pueda acudirse supletoriamente al ET, dado que el art. 1.4 RD 782/2001 establece expresamente que sólo serán aplicables las normas de la legislación laboral común "en los casos en que se produzca una remisión expresa desde este Real Decreto o la normativa de desarrollo".

Ante esta omisión, parece clara la imposibilidad de establecer, en la relación laboral especial del interno un período de prueba, opción que algunos autores[558] relacionan con el hecho de que, con carácter previo a la formalización de la prestación laboral, el interno ha de ser seleccionado por la Junta de Tratamiento, que adjudicará los puestos de trabajo teniendo en cuenta, entre otros factores de prelación, la aptitud laboral del interno (art. 3.2.3º RD 782/2001).

No obstante, entiendo que la selección previa al inicio del trabajo por la Junta de Tratamiento, no es equiparable al período de prueba que, por definición, adquiere carta de naturaleza durante el propio desarrollo de la ocupación laboral, nunca antes; y en segundo término, la selección del personal que realiza la citada comisión administrativa, no sólo tiene en cuenta la aptitud laboral del interno, sino, en primer término, si su programa individualizado de tratamiento contempla o no el desarrollo de una actividad laboral, y si su condición es la de interno "penado" o "preventivo", y, en segundo lugar, su conducta penitenciaria, el tiempo de permanencia en el establecimiento penitenciario o las cargas familiares, reglas que, en fin, pueden postergar claramente en la selección a un recluso con mejores aptitudes laborales que el que finalmente resulte contratado.

---

[557] Para A. L. de VAL TENA: *Pacto de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 117, puesto que no existe referencia alguna al período de prueba, debemos entender negada la posibilidad de pactar un período de prueba en los términos y con el régimen jurídico del art. 14 ET, de modo que la única facultad que dispone el empresario para dar por concluida la deficiente prestación de servicios es alegar la ineptitud del interno trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad al desempeño del puesto de trabajo adjudicado.

[558] Así lo indican F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, D. MEGUINO FERNÁNDEZ y J. GIL PLANA:" Relación laboral especial de los penados desarrollada en instituciones penitenciarias", en *Relaciones laborales especiales…* (Bibl. cit.), pág. 192. Y en la misma línea, P. PALOMINO SAURINA: "La relación laboral especial de penados en instituciones penitenciarias: cuestiones cruciales", *Aranzadi Social*, núm. 5/2006 (BIB 2006/755), pág. 5, para quien la falta de regulación del período de prueba al inicio de la relación laboral, posiblemente se deba a que "el interno, antes de ser seleccionado para desempeñar el trabajo, ha sido evaluado por la Junta de Tratamiento a través del equipo técnico que desde su ingreso en prisión hace un seguimiento constante de su situación personal".

d. Deportistas profesionales

La regulación de esta relación especial[559], plenamente "laboralizada"[560] pese a que en su ordenación confluyen los ordenamientos deportivo y laboral[561], se encuentra en el RD 1006/1985 de 26 de junio, de entre cuyas notas destaca, como más relevante, el carácter necesariamente temporal[562] del contrato laboral del deportista, carácter este último a partir del cual podríamos llegar a cuestionar la propia necesidad de establecer en el mismo un período de prueba; en efecto, si, por definición, la relación que vinculará al deportista profesional con la empresa contratante no adquirirá un carácter duradero, podría entenderse innecesario establecer en ella un período de prueba[563] (no obstante, el carácter forzosamente temporal de esta relación no elimina la legítima aspiración del deportista a la estabilidad en su empleo[564]).

---

[559] J. GARCÍA MURCIA: "El deporte como trabajo: la relación laboral especial de los deportistas profesionales" *Aranzadi Social*, núm. 1/2000 (BIB 2010/571), pág. 3, da cuenta de la especialidad de esta relación, señalando que "la prestación de trabajo deportivo para una empresa ajena genera, en el fondo, los problemas propios de cualquier relación entre quien desarrolla una actividad profesional y aquel para el que se trabaja; problemas que se suelen centrar en las condiciones de trabajo (duración de la actividad, riesgos de la actividad, horarios, comparecencias, etc.) y, en particular, en la compensación económica que merece el deportista por su esfuerzo. También entraña, por cierto, una delicada cuestión conectada a la manera de hacer el trabajo, algo que es propio de toda actividad personal pero que se agudiza notablemente cuando se trata de una actividad tan personal y creativa (tan insustituible, cabría decir) como la que compete a un deportista profesional, en la que alcanzan protagonismo especial las dotes y habilidades personales, como valor en sí mismo y como elemento diferencial frente a otros practicantes de su especialidad. La actividad deportiva, por decirlo de otro modo, es poco dada a una dirección intensa por parte de otro, puesto que es el propio deportista el que mejor la conoce y domina.

[560] A. MONTOYA MELGAR: *Derecho del trabajo* (Bibl. cit.), pág. 512, señala que "Excluidos durante largo tiempo de la legislación laboral por las normas deportivas y federativas y por la jurisprudencia, la doctrina científica postuló mayoritariamente e insistentemente la laboralidad de las relaciones entre deportistas y clubes, logrando finalmente que tal tesis fuera aceptada por los Tribunales -así, la famosa sentencia del TCT 24.6.1971- y por el propio legislador -art.3.1.g) LRL-".

[561] J.A. SAGARDOY BENGOECHEA y J.M. GUERRERO OSTOLAZA: "El contrato de trabajo del deportista profesional", Madrid, 1991, pág. 39, destacan cómo el objetivo del RD 1006/1985, de 26 de junio, no es sino trasladar el mayor número posible de criterios procedentes de la normativa laboral común al ámbito de esta relación especial, sin olvidar las peculiaridades que se derivan de la práctica deportiva, configurando un marco legal mínimo a completar mediante la negociación colectiva de las partes afectadas.

[562] Art. 6: "La relación laboral especial de los deportistas profesionales será siempre de duración determinada, pudiendo producirse la contratación por tiempo cierto o para la realización de un número de actuaciones deportivas que constituyan en conjunto una unidad claramente determinable o identificable en el ámbito de la correspondiente práctica deportiva".

[563] Aunque nadie discute la facultad, legítima, de establecer períodos de prueba en contratos de trabajo temporales, lo cierto es que, en la generalidad de los casos existe la posibilidad de conversión en indefinido, algo que no ocurre en esta relación laboral especial de deportistas.

[564] En este sentido es interesante la STS 26 marzo 2014 (RJ 2014/1575), en virtud de la cual se determina que a los deportistas profesionales les corresponde percibir la indemnización fijada en el art. 49.1 c) del E.T. por la finalización de su contrato, cuando el mismo no sea prorrogado por la voluntad de la empresa, en la medida en que la finalidad perseguida por el citado precepto (promocionar la contratación indefinida

Además, en este sector, son muy habituales las contrataciones por lapsos de tiempo ciertamente cortos, por lo que no se entiende muy bien, en consecuencia, la posibilidad que brinda el art. 5 RD 1006/1985, de establecer un –amplio-período de prueba[565], algo que efectúa en los siguientes términos: "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".

Dicha posibilidad podría permitir, además, que las empresas contratantes hiciesen coincidir fraudulentamente el tiempo de duración del contrato y del período de prueba, para beneficiarse de la facultad extintiva ex desistimiento, en un ámbito profesional en el que el período de prueba, por lo demás, se limita, en la práctica, a confirmar el estado físico del jugador[566]. En sentido opuesto, también podría ocurrir que, en alguna ocasión, resultare beneficioso para el trabajador la inclusión de un período de prueba amplio que le permitiera, en su caso, desistir del contrato antes de su transcurso, sin tener que hacer frente a las -muchas veces- desmesuradas cláusulas indemnizatorias[567].

---

para superar la dualidad de contratación en el mercado laboral español), mantiene su sentido en el ámbito del deporte profesional, en el que se prohíbe expresamente la contratación indefinida, pero no las sucesivas prórrogas del contrato inicialmente suscrito, con lo que se sostiene que el importe de dicha indemnización es compatible con la naturaleza jurídica de la relación la laboral especial regulada en el RD 1006/1985.

565 S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO: "Temporalidad y negociación colectiva en el deporte profesional", *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 19/2007 (BIB. 2007/272), pág. 9.

566 K. IRURZUN UGALDE, "La negociación… (Bibl. cit.), pág. 306. Este autor considera, además, que en el mercado laboral del deporte, existe un conocimiento bastante exhaustivo de las aptitudes físico-técnicas del reducido personal que lo conforma, dándose, además, la circunstancia de que la mayoría de contrataciones se basan en el conocimiento de las condiciones intrínsecas del deportista, lo que haría innecesario establecer un período de prueba. M. CARDENAL CARRO: *Deporte y Derecho* (Bibl. cit.), pág. 268, considera, asimismo, que la confrontación de la capacidad del jugador para la práctica deportiva se efectúa con anterioridad a la propia contratación, en la medida en que la suscripción del vínculo contractual viene motivada, precisamente, por la calidad ya conocida del trabajador -prestada ante el público, comentada en los medios, e incluso retransmitida por televisión-, "lo cual imposibilita que se lleve a cabo la obligada experimentación, requisito sustancial del período de prueba". No obstante, considero –y creo que hay ejemplos claros de lo que digo- que las condiciones físico-técnicas de un deportista no garantizan la satisfactoria integración del mismo en una estructura de club (sometimiento a la disciplina y reglas internas, subordinación a decisiones técnicas, convivencia con compañeros, etc.), de manera que el período de prueba puede servir para comprobar el necesario nivel de adaptación del profesional al entorno organizativo del empleador.

567 Y es que el art. 16.1 RD 1006/1985 preceptúa que, en caso de extinción del contrato profesional, sin causa imputable al club, dará a éste derecho, en su caso, a una indemnización que en ausencia de pacto al respecto fijará la Jurisdicción Laboral…". Como señalan F. RUBIO SÁNCHEZ, E. GARCÍA SILVERO, J. M. GONZÁLEZ DEL RÍO y C. SCHNEIDER SALVADORES: "La relación laboral especial de los deportistas profesionales", en *Relaciones laborales especiales…* (Bibl. cit.), pág. 275, "el problema se produce desde el momento en que los clubes, en muchos casos no han hecho un uso, sino un abuso de este tipo de cláusulas, insertando en ellas en no pocas ocasiones cantidades desorbitadas que poco o nada guardan relación con los emolumentos que perciben algunos deportistas", situación que desemboca en un

Con todo, la norma establece la posibilidad del mismo, siendo la diferencia más relevante con respecto a la normativa común, la duración máxima e indiferenciada de este período de prueba, que será de tres meses, y cuya disposición por los convenios colectivos parece quedar limitada. En efecto, del art. 5 RD 1006/1985 se desprende, con claridad, la dispensación de un tratamiento idéntico al común, fuera del cual únicamente se concreta el carácter único (para todo tipo de contratación) del período de prueba, cuya duración máxima será de tres meses. Con la remisión directa al ET[568] (que ha de entenderse siempre, en cuanto no sea incompatible[569] con la naturaleza de la relación laboral de los deportistas profesionales) se acepta también el papel protagonista del Convenio colectivo, si bien parece que éste no podrá incrementar la duración máxima indicada[570] (siendo deseable que la negociación paccionada ajuste la duración del período de prueba en proporción a la propia duración del contrato)[571].

Bien al contrario, y al hilo de lo comentado en párrafos anteriores, se observa en los Convenios colectivos una marcada tendencia a limitar la duración del citado período de prueba, llegando incluso a eliminarlo[572].

---

proceso judicial, con las consiguientes incertidumbres, acentuadas en la posición del deportista, a la sazón, contratante más débil.

[568] El art. 21 indica que "en lo no regulado por el presente Real Decreto serán de aplicación el Estatuto de los Trabajadores y las demás normas laborales de general aplicación, en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza de la relación laboral de los deportistas profesionales".

[569] En este sentido, la STSJ Madrid 22 marzo 2002 (AS 2002/1432), en un supuesto en el que un entrenador de fútbol del Club deportivo Real Madrid continuó prestando servicios más allá del período fijado como duración del contrato, pretendiendo la adquisición del carácter fijo de su relación (en virtud de lo dispuesto en el art. 15.2 ET y RD 2720/1998) recuerda que "aquella remisión al ET se condiciona a que el régimen laboral común que pretenda aplicarse no sea incompatible con la naturaleza especial de la relación laboral especial de los deportistas profesionales" (que integra, como nota esencial, la temporalidad del vínculo).

[570] IRURZUN UGALDE: *La negociación…* (cit., pág. 306) señala que "la remisión en bloque a la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores permitiría que a través de los convenios colectivos se estableciese una duración excesivamente larga del período de prueba (no aclara si superior incluso a los tres meses que la norma especial fija), nada aconsejable en un mercado en el que la duración de los contratos no es, por lo general, muy amplia y que podría dar lugar a situaciones fraudulentas en las que se hiciese coincidir el tiempo de duración del contrato y el del período de prueba, lo cual supondría que el club o entidad deportiva podría aprovecharse de los beneficios derivados de la extinción del trabajo durante el período de prueba, sin la necesidad de indemnizar".

[571] Para A. L. de VAL TENA: *Pacto de prueba* (Bibl. cit.), pág. 108, se observa la señalización de un plazo único, no superable por la autonomía individual o la colectiva, pero sí de mejora, en forma de reducción, para los intereses del trabajador-deportista, siendo posible igualmente la renuncia al mismo. Esta es una diferencia notable con el régimen común, en virtud del cual los topes de duración son disponibles, también para elevarlos, por la negociación colectiva.

[572] Así, el Convenio colectivo para la actividad de Ciclismo profesional (Resolución 17 marzo 2010, RCL 2010/970), establece, en su art. 11, la prohibición de pactar un período de prueba. El Convenio colectivo

En cuanto al deber de experimento, el art. 9.1[573] RD 1006/1985 introduce un importante matiz aclaratorio, al permitir cumplir dicha obligación, no solo a través de la participación en competiciones oficiales, sino también en los entrenamientos, en la medida en que los mismos forman parte de la jornada de trabajo. Ello tiene una gran relevancia, en la medida en que, según los casos, podría llegar a superarse el período de prueba (y con él, las posibilidades de desistimiento empresarial) sin que el trabajador haya podido demostrar sus cualidades en una competición deportiva oficial[574].

Por último, no son infrecuentes en el ámbito deportivo, las estancias a prueba de deportistas, sin mediar relación laboral, para comprobar sus aptitudes antes de decidir su contratación, cumpliendo aquellas estancias la finalidad efectiva del período de prueba, pero fuera del ámbito propiamente laboral.

e. Artistas en espectáculos públicos

El trabajo remunerado y dependiente que el artista desarrolla para un empresario u organizador de espectáculos públicos, constituye una relación laboral especial en la que, junto al aspecto laboral, concurren una dimensión administrativa, derivada del carácter público del espectáculo[575], un aspecto artístico[576], relacionado con los derechos de la

---

para la actividad de Fútbol profesional (Resolución de 25 de septiembre 2014, RCL 2014\1338), permite su inclusión en el contrato de trabajo (únicamente de los trabajadores contratados una vez iniciada la competición), pero limitado a quince días (art. 13), añadiendo, como ventaja adicional para el futbolista, que el mismo quedará automáticamente extinguido, aun sin haber transcurrido el lapso indicado, por la simple alineación del jugador en cualquier partido de competición oficial (sobreentendiéndose que en este caso se ha comprobado efectivamente su aptitud). Por el contrario, el Convenio colectivo para el Baloncesto profesional (Resolución 18 enero 1994, RCL 2014/1372), sí recogía expresamente la previsión del RD 1006/1985 (período de prueba no superior a tres meses), si bien el mismo, en sintonía con otros colectivos profesionales, ha reducido este periodo a un mes máximo en su última versión (art. 9 del III Convenio, Resolución 6 octubre 2014, RCL 2014/1372).

[573] "La jornada del deportista profesional comprenderá la prestación efectiva de sus servicios ante el público y el tiempo en que esté bajo las órdenes directas del club o entidad deportiva a efectos de entrenamiento o preparación física y técnica para la misma".

[574] En este sentido, al aplicarse las reglas del Estatuto de los Trabajadores, salvo que se haya pactado en contario, la incapacidad temporal en la que el trabajador podría permanecer, como consecuencia, por ejemplo, de una lesión producida durante un entrenamiento, no interrumpiría el cómputo del período de prueba, permitiendo su superación pese a no haber podido el deportista demostrar sus cualidades.

[575] F. GONZÁLEZ PÉREZ: *El estatuto laboral del artista profesional*, Universidad de Extremadura, 1981, pág. 23, destaca cómo la propia denominación legal -"artistas en espectáculos públicos"- delimita el carácter de la inclusión en el Derecho del Trabajo: éste acoge al artista en cuanto "sociológica y jurídicamente unido a un ámbito específico en que desenvuelve su prestación laboral, esto es, el espectáculo público".

[576] I. ALZAGA RUIZ, I. BAVIERA PUIG y J. ROMERAL HERNÁNDEZ: "La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos", en *Relaciones laborales especiales…* (Bibl. cit.), pág. 280,

personalidad, y un carácter civil, más propio de la obligación de resultados que de medios, en determinados casos de incumplimiento contractual[577].

Regulada esta relación especial en el RD 1435/1985, de 1 de agosto (RCL 1985/2023), en cumplimiento de lo Dispuesto en la DA 1ª de la Ley 32/1984, de 2 de agosto (RCL 1984/2012), pronto nos advierte la Exposición de Motivos del RD, que, en el cumplimiento de dicho mandato ha tenido en cuenta, tanto el ámbito amplio que el concepto de actividad artística tiene, como la diversidad de situaciones que en los distintos sectores artísticos pueden presentarse..., optándose por una regulación no exhaustiva del contenido de la relación laboral, contemplándose sólo aquellos aspectos susceptibles de un tratamiento unitario en todos los sectores de la actividad artística (de hecho el art. 12 RD 1435/1985 considera de aplicación en lo no regulado por él, tanto el ET como las normas laborales de general aplicación compatibles con la naturaleza de esta relación especial), dejando así a la negociación colectiva la concreción y desarrollo de este esquema básico de derechos y deberes de las partes de esta relación especial[578].

---

advierten de la falta de una definición legal de artista, acudiendo a la primera acepción del Diccionario RAE según el cual artista es "la persona dotada de la virtud y disposición necesarias para alguna de las bellas artes".

[577] Por remisión expresa del art. 10. Cuatro RD 1435/1985 a las normas del Código Civil, en supuestos de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato que conlleve la "inejecución total de la prestación artística".

[578] En desarrollo convencional del precepto, podemos citar, a nivel estatal, entre otros: el II Convenio colectivo de la industria de la producción audiovisual-Técnicos (Resolución 14 julio 2009, RCL 2009/1533, BOE 1 agosto 2009), modificada y actualizada para el 2015 por Resolución 20 enero 2015 (RCL 2015/116, BOE 30 enero 2015), que en materia de prueba, señala (art. 13), que "El período de prueba del personal que ingrese en la empresa se concertará siempre por escrito, y tendrá la siguiente duración: Técnicos titulados: Seis meses; Resto de trabajadores/as: Dos meses. Será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el/la trabajador/a haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación. El cómputo del período de prueba se interrumpirá si el/la trabajador/a se ve afectado por las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, adopción o acogimiento. 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/de la trabajador/a en la empresa". También el II Convenio colectivo Estatal Regulador de las Relaciones Laborales entre los Productores de Obras Audiovisuales y los Actores que prestan sus servicios para las mismas, para el período 2005 a 2008, por Resolución 29 marzo 2005 (RCL 2005/757, BOE 14 abril 2005), actualizado para el 2014, por Resolución 12 marzo 2014 (RCL 2014/445, BOE 24 marzo 2014), que no contiene referencia singular al período de prueba, al igual que el Convenio Colectivo del sector de profesionales del Doblaje, Rama Artística, Resolución 17 enero 1994 (RCL 1994/350, BOE 2 febrero 1994); Por su parte, el I Convenio colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile y discotecas, Resolución 26 abril 2012 (RCL 2012/692, BOE 18 mayo 2012), actualizado para el 2015 por Resolución 13 febrero 2015 (RCL 2015/261, BOE 26 febrero 2015), hace una remisión normativa expresa en esta materia al RD 1435/1985 ó norma legal que lo sustituya; Finalmente, en el Convenio Nacional Taurino publicado por Resolución 23 diciembre 2014 (RCL 2015/51, BOE 15 enero 2015) no hemos advertido mención alguna a esta materia.

En cuanto al período de prueba, podemos destacar, junto a la remisión en bloque que –también- el art. 4 hace al ET[579], el detalle con el que el RD 1435/1985 aborda la duración de aquel, estableciendo reglas que ajustan la duración máxima de cada período de prueba a la del propio contrato del artista en espectáculo público, detallándose en el RD que solo podrá establecerse en contratos de duración superior a diez días (queda vedado, pues, en relaciones laborales de menor duración), en una escala ascendente, desde los 5 días previstos para contratos de duración no superior a dos meses, hasta los 10 días para los que no excedan de seis meses o los 15 días, finalmente, para los restantes, detalle que, en principio, parece excluir su alterabilidad por parte de la autonomía colectiva[580] e individual[581].

La remisión, en bloque, al ET, determina la "importación" de todas las reglas contenidas en el art. 14 del precepto estatutario, no obstante lo cual, y con innecesaria reiteración, afirma el RD el carácter *ad solemnitatem* de la forma escrita del pacto de prueba, de manera que la omisión de pacto escrito acarreará la nulidad de tal pacto, salvo prueba en contrario de su existencia.

f. Representantes de comercio y mediadores

El ET acoge, entre las de carácter "especial"[582] la relación laboral de aquellas personas que "intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin

---

[579] Tras detallar la duración del mismo, en función de la del propio contrato, señala el art. 4: "En todo lo demás el período de prueba se regirá por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores".

[580] Quizás por este carácter imperativo, el ya mencionado Convenio colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile y discotecas establece, en su art. 7, que, para el período de prueba "resultará de aplicación lo establecido en el Real Decreto 1435/1985 o norma legal que lo sustituya, si bien, como también se ha visto, el Convenio colectivo de la industria de la producción audiovisual-Técnicos, antes citado, amplia considerablemente la duración máxima, elevándola hasta los seis meses.

[581] Según A. L. de VAL TENA: *Pacto de prueba* (Bibl. cit.), pág. 110, resulta válido, desde luego, pactar un período más corto, no siendo posible disponer "por arriba" de los límites máximos, ni por la negociación colectiva ni, por supuesto, por la autonomía contractual individual. Por lo demás, el autor (que nos remite, para un mayor detalle de las notas que caracterizan al período de prueba de los artistas en espectáculos públicos, al trabajo de R. ROQUETA BUJ: *El trabajo de los artistas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 44-45), no entiende que en contratos indefinidos o de larga duración el período de prueba se limite a quince días, pues puede ocurrir que las actuaciones ante el público no sean diarias, limitándose a realizar ensayos.

[582] M. CARDENAL CARRO: "A los 15 años de existencia…", cit., pág. 7, encuentra el fundamento de la especialidad de esta relación en que "Derecho del Trabajo y Derecho Mercantil han de concurrir en la regulación, ya que por una parte se trata de una situación de trabajo que requiere la protección adecuada y por otro lado la prestación en que se materializa ese trabajo es <intervenir en operaciones mercantiles>, finalidad que también precisa un marco conveniente para desarrollarse con eficacia, de manera que los aspectos más destacables (el mayor plazo de preaviso en el trabajador, por una parte, y la existencia de remuneración independiente de los resultados e indemnización especial si la extinción es provocada por el empresario) se corresponden con ese doble carácter.

asumir el riesgo y ventura de aquellas", siendo el RD 1438/1985, de 1 de agosto el que se ocupa de detallar los aspectos singulares de aquella relación, con la finalidad de regular de una forma más protectora que la derivada de la legislación civil la figura del trabajador. A este respecto ha de tenerse en cuenta, como advierte la doctrina, que las labores de promoción y conclusión de operaciones de comercio pueden ser llevadas a cabo por trabajadores con los que la empresa tenga un vínculo laboral común o especial, o en caso contrario, puramente mercantil y que, en cada circunstancia, deberán regirse y dilucidarse las cuestiones que se planteen con base en la normativa correspondiente y ante la jurisdicción social o mercantil que resulte competente[583].

Con respecto al periodo de prueba, y pese a contener una norma (el art.3) que incluye en su título la mención expresa a aquel, no va el RD 1438/1985 más allá de declarar la remisión total en esta materia a las disposiciones estatutarias ("El período de prueba se regulará por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores"), de manera que la estructura del período de prueba en esta relación laboral especial, amén de los pactos colectivos, vendrá conformada por las conocidas reglas del art.14 ET, esto es: forma escrita, supeditación temporal a lo dispuesto en los convenios colectivos, con los topes legales en defecto de aquellos, obligación bilateral de realizar las experiencias constitutivas del objeto de la prueba, nulidad del pacto por vinculación previa para las mismas funciones[584], mantenimiento íntegro de derechos, salvo los relativos a la

[583] J. L. SALIDO BANÚS y J. GELPÍ JORBA: "Representantes de comercio laborales: régimen jurídico y su diferenciación con figuras afines", en *Relaciones laborales especiales…* (Bibl. cit.), pág. 323, quienes recuerdan, como notas esenciales del ámbito de aplicación personal del RD 1438/1985: a) que se trate de una persona física; b) que actúe bajo la denominación de representante, mediador o cualquier otra con la que se identifique en el ámbito laboral; c) que se obligue personalmente, a cambio de una retribución, a promover o concretar operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios; y d) que no asuma riesgo y ventura de las operaciones concertadas.

[584] A este respecto, algunos pronunciamientos judiciales abordaron el problema de la validez del período de prueba en el contrato ordinario por novación de una anterior vinculación laboral especial, optando por su carácter injustificado si el empresario es conocedor de las cualidades profesionales del trabajador, interpretando, pues, con flexibilidad el significado de las "mismas funciones" previamente desempeñadas. Ejemplo de ello, la STS 29 septiembre 1988 (RJ 1988/146), que analiza el supuesto de quien "prestó sus servicios como representante comercial para la demandada en el período de 18 de febrero a 21 de julio de 1986, suscribiendo contrato temporal en la última de las indicadas fechas para trabajar como vendedor, con período de prueba de un mes y siendo despedido por comunicación escrita por entender no había superado dicha prueba el día 31 de julio siguiente, situación de hecho a la que es aplicable la doctrina contenida en la Sentencia de esta Sala de 15 de septiembre de 1986 (RJ 1986\4973) que afirma ser contrario al principio de estabilidad en el empleo señalar un período de prueba en un contrato ya iniciado con anterioridad -cualquiera que sea su calificación en derecho- durante el que las partes tuvieron oportunidad de conocer sobradamente sus posibilidades y aptitudes, dado que la analogía existente entre las categorías profesionales de representante comercial y de vendedor permitía el pleno conocimiento de la aptitud técnica y condiciones personales del trabajador, con lo que carecería de razonable justificación

extinción, libre y acausal, consolidación de efectos, incluido el reconocimiento de antigüedad tras superación del período de prueba, e interrupción por las causas suspensivas solo previo acuerdo entre los contratantes.

g. Trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo

La finalidad primordial de la Ley de integración Social de Minusválidos (LISMI)[585] en materia de empleo de trabajadores con discapacidad (art. 38), ha sido su integración en el sistema ordinario de trabajo, recurriéndose a las llamadas fórmulas de trabajo protegido (entre las que se encuentra el trabajo en Centros Especiales de Empleo -CEE) únicamente cuando lo anterior no resulte posible. En este último caso, la relación laboral tiene carácter especial[586] y viene regulada por el RD 1368/1985, de 17 de julio[587].

Añadidas a la estrictamente laboral, las finalidades de integración social, capacitación profesional y fomento de la contratación del discapacitado, vienen a modular las características de esta relación especial de minusválidos en centros especiales de empleo[588], con una notable incidencia en la regulación del período de prueba, en un claro objetivo de facilitar la confianza del empresario al contratar.

---

el establecimiento de un período de prueba, por lo que no se está en el supuesto de extinción del artículo 49.2 del Estatuto -denunciado como infringido- que parte de que la cláusula extintiva, para ser eficaz, ha de estar válidamente pactada".

585 Derogada por la Disposición Derogatoria Única a) del RDLeg 1/2013, de 29 de noviembre, Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad.

586 S. BRAVO SANTAMARÍA y Y. CANO GALÁN: "La relación laboral especial de personas con discapacidad en centros especiales de empleo (análisis del RD 1368/1985, de 17 de Julio)", en *Relaciones laborales especiales…* (Bibl. cit.), pág. 350, señalan que las características que identifican al colectivo, esto es, la disminución temporal o permanente en su capacidad para desempeñar funciones en condiciones de trabajo habituales, es lo que hace preciso otorgar a dichos trabajadores una serie de derechos particulares, en aras a la consecución de dos finalidades básicas: impedir que el trabajo perjudique aún más su salud y bienestar, y permitir que sus particulares condicionantes no les impidan desarrollar actividades productivas.

587 Modificado por RD 427/1999, de 12 de marzo.

588 El precedente de esta regulación especial es el art. 41 de la derogada Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, que disponía que los minusválidos que por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales, deberán ser empleados en Centros Especiales de Empleo, cuando su capacidad de trabajo sea igual o superior a un porcentaje de la capacidad habitual, que se fijará por la correspondiente norma reguladora de la relación laboral de carácter especial de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en Centros Especiales de Empleo. La relación especial que surge a raíz del RD 1368/1985 se elabora (según refleja su Exposición de Motivos) con el criterio básico de recoger un esquema de derechos y deberes laborales, lo más aproximado posible al de las relaciones laborales comunes, junto a las cuales se ha establecido una serie de peculiaridades derivadas de las

Estos Centros Especiales de Empleo[589], que podrán ser creados por organismos públicos, privados y empresas (art. 45 RDLeg. 1/2013) y ser personas físicas, jurídicas o comunidades de bienes (art. 2 RD 1368/1985) tienen por objetivo principal la realización de un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones de mercado, además de asegurar un empleo remunerado ajustado a sus necesidades personales y sociales a los trabajadores minusválidos, y favorecer la integración del mayor número posible de minusválidos al régimen de trabajo normal (art. 43 y siguientes RDleg.1/2013).

En este contexto, el art. 10.2 RD 1368/1985[590], establece que "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".

De la anterior redacción se desprende, con claridad, que la norma reguladora de la relación especial, atendiendo a las singularidades del tipo de trabajador y finalidad del contrato, no ha establecido, propiamente, un período de prueba (o al menos, no exclusivamente un período de prueba), sino algo distinto aunque asimilable (tendrá su "carácter"), en la medida en que la finalidad esencial de la institución: verificación empresarial de las aptitudes profesionales del trabajador, cede ante el objetivo declarado, no solo de facilitar la adaptación del trabajador al puesto (algo de lo que él es

---

específicas condiciones de los minusválidos, de forma que se cumpla con el objetivo de integración laboral de los trabajadores minusválidos, propio de estos Centros Especiales.

589 Su regulación específica se encuentra en el RD 2273/1985, de 4 de diciembre, además de, indirectamente, en el RD 1368/1985 que regula la relación especial analizada y, mucho más recientemente, en el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, RDleg. 1/2013, de 29 de noviembre, art. 43, que ha sustituido a la LISMI. Su finalidad es asegurar que los discapacitados realicen un trabajo productivo, participando en las operaciones del mercado regularmente y recibiendo a cambio una remuneración, permitiendo, al mismo tiempo, que los discapacitados se desarrollen personal y socialmente, lo que repercutirá de forma positiva en su futura empleabilidad (S. BRAVO SANTAMARÍA y Y. CANO GALÁN, op. cit., pág. 356).

590 El núm. 1 se limita a permitir que la duración del contrato sea indefinida o temporal, ajustada a las previsiones del art. 15 ET.

el mayor beneficiado) sino, de permitir, en caso de ser preciso, que concluya la formación necesaria para poder desarrollar de manera capaz los cometidos asignados[591].

El citado período de prueba, cuyo carácter potestativo proclama la norma y cuya formalidad escrita también se invoca, habrá de tener la duración que establezcan los convenios colectivos, sin que pueda superarse el tope legal de seis meses (indistintamente para todas las categorías o grupos profesionales), que se impone con carácter imperativo para esta relación laboral especial[592]. La regulación especial permite, así, una ampliación sensible del ámbito temporal de prueba, pero subordinada a la intervención preceptiva de un órgano especializado, que es el que ha de apreciar su conveniencia.

Y esta es, sin duda, la mayor singularidad en el ámbito de nuestro análisis: la participación del equipo multiprofesional al que alude el precepto en su parte final[593],

---

[591] Con todo, no existe un desarrollo ulterior del precepto que identifique aquella supuesta "formación" durante este período de prueba, con lo que no se aprecia, en realidad, una finalidad distinta que la de permitir al empresario un desistimiento libre y no causal de la relación de trabajo durante su vivencia.

[592] No obstante, los convenios colectivos no suelen imponer dicha duración máxima ni optan, tampoco, por una única duración del período de prueba para todos los grupos profesionales. Una muestra de esta tendencia convencional la tenemos en el XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (Resolución 20 septiembre 2012, RCL 2012/1379), cuyo art. 22.4, establece, acogiendo no obstante parte de la redacción legal, que "Para el personal con relación laboral de carácter especial de los centros especiales de empleo se establecerá en el contrato de trabajo, formalizado con el trabajador/a con discapacidad, un período de adaptación que tendrá el carácter y la naturaleza del período de prueba a todos los efectos y que no podrá tener una duración superior a la establecida en este mismo artículo para el período de prueba en función del grupo profesional en el que esté encuadrado" (que va desde un mes para el trabajo auxiliar hasta el máximo de tres meses para los puestos de dirección).

[593] La Disposición Transitoria del RD 1368/1985 dispuso que, "en tanto se regule la constitución y funcionamiento" de tales equipos multiprofesionales, serían las Unidades de Valoración las que asumirían las funciones atribuidas a aquellos por el citado RD. Cuando entró en vigor el RD 427/1999, de 12 de marzo (RCL 1999/804), que modificó el RD 1368/1985, dichos equipos multiprofesionales no habían sido regulados, de manera que las funciones asignadas a los mismos pasaron a realizarse por los Equipos de Valoración de Incapacidades creados por esta última norma, lo que fue validado por los tribunales (véase STS 24 diciembre 2001, RJ 2002/2078). Posteriormente el Real Decreto 469/2006, de 21 de abril vino a regular las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los Centros Especiales de Empleo (definidas como equipos multiprofesionales que permiten ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que los trabajadores con discapacidad de dichos Centros tienen en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como la permanencia y progresión en el mismo). En la actualidad, el RDLeg. 1/2013 (art. 12), se encarga de regular la figura de los "Equipos multiprofesionales de atención a la discapacidad, con el siguiente detalle: 1) Los equipos multiprofesionales de atención a la discapacidad de cada ámbito sectorial deberán contar con la formación especializada correspondiente y serán competentes, en su ámbito territorial, para prestar una atención interdisciplinaria a cada persona con discapacidad que lo necesite, para garantizar su inclusión y participación plena en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás. 2) Los equipos multiprofesionales de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad son los órganos encargados de valorar y calificar las situaciones de discapacidad, para su reconocimiento oficial por el órgano administrativo competente. 3) Son funciones de los equipos multiprofesionales de calificación y

equipo encargado de determinar la necesidad de incluir en el contrato una cláusula por la que someta al trabajador a este período de adaptación/prueba, así como de delimitar el contenido de aquel[594]. Esta decisión/autorización (que se antoja aún más relevante cuando el período de prueba instaurado, aun dentro del tope máximo de los seis meses, supere el marco de duración estatutario) es absolutamente necesaria, pues la dicción del precepto (art. 10) es contundente, al exigir en todo caso que la necesidad del período de prueba (llamado aquí de "adaptación al trabajo") sea previamente constatada por la Administración ("equipo multiprofesional"), de manera que la falta de tal requisito determina la nulidad del mismo, al incumplirse la finalidad esencial de reforzar la protección del trabajador minusválido (STS 24 diciembre 2001, RJ 2002/2078[595] y STS

---

reconocimiento del grado de discapacidad: a) Emitir un dictamen técnico normalizado sobre las deficiencias, las limitaciones para realizar actividades y las barreras en la participación social, recogiendo las capacidades y habilidades para las que la persona necesita apoyos. b) La orientación para la habilitación y rehabilitación, con pleno respeto a la autonomía de la persona con discapacidad, proponiendo las necesidades, aptitudes y posibilidades de recuperación, así como el seguimiento y revisión. c) La valoración y calificación de la situación de discapacidad, determinando el tipo y grado de discapacidad en relación con los beneficios, derechos económicos y servicios previstos en la legislación, sin perjuicio del reconocimiento del derecho que corresponda efectuar al órgano administrativo competente. d) La valoración y calificación de la situación de discapacidad será revisable en la forma que reglamentariamente se determine. La valoración y calificación definitivas solo se realizará cuando la persona haya alcanzado su máxima rehabilitación o cuando la deficiencia sea presumiblemente definitiva, lo que no impedirá valoraciones previas para obtener determinados beneficios. 4. Las calificaciones y valoraciones de los equipos multiprofesionales de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad responderán a criterios técnicos unificados, basados en la evidencia disponible, y tendrán validez ante cualquier organismo público y en todo el territorio del Estado.

[594] P. TUSET DEL PINO: "Marco regulador y funciones de los equipos multiprofesionales en la relación laboral de carácter especial de los trabajadores minusválidos en centros especiales de empleo (comentario a la sentencia en unificación de doctrina del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 2001)", *Información Laboral*, núm. 14/2002, pág. 2, señala que "en torno a la existencia de relaciones laborales especiales, éstas se justifican, entre otras circunstancias, por la existencia de unas determinadas características que, en el caso que nos ocupa, se centran en las peculiaridades de las personas que prestan sus servicios, afectadas de minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100, y por las empresas para las que los prestan, los CEE. Cuestión distinta es que, en la realidad y en la práctica empresarial, exista esa frontera ideal entre los minusválidos que trabajan en empresas ordinarias y aquellos otros que lo hacen en CEE. De ahí que se haya criticado el cruzamiento de trabajadores con especiales dificultades en empresas ordinarias y trabajadores sin especiales dificultades que trabajan en CEE. Precisamente esa particular preocupación y protección que el legislador ha pretendido reconocer a la dificultad que lleva implícita la actividad de los trabajadores minusválidos que trabajan en los CEE, se traduce en la existencia de los denominados Equipos Multiprofesionales".

[595] Dictada en el recurso 1901/2001, Ponente Gil Suárez, vino a confirmar la previa STSJ Cataluña 19 marzo 2001 (JUR 2001\153493), que resolvió la demanda de despido de una trabajadora, limpiadora de un Centro Especial de Empleo, cuyo contrato se había resuelto por desistimiento empresarial el último día en que finalizaba el período de seis meses fijado como período de prueba por la empresa, sin que constase intervención alguna del Equipo Multiprofesional, resolviendo la improcedencia del despido porque "no existiendo dictamen del equipo Multiprofesional, el período de prueba ha de quedar limitado a la duración máxima de dos meses (prevista en el ET) de suerte que la extinción posterior invocando tal causa ha de ser constitutiva de despido correctamente calificado como improcedente".

24 enero 2002, RJ 2002/5302)[596]. La posibilidad, pues, de pactar un período de prueba/adaptación de seis meses, queda supeditada a la "conditio iuris"[597] de acreditarse, por el Equipo Multiprofesional, la necesidad del mismo, sin que sea posible sustituir dicha intervención por la de cualquier otro órgano o institución afín o asimilable[598].

Ante la duda de si, en este caso, el período de prueba se entiende por no puesto, o si, por el contrario, se considera válido tan solo en lo que no supere los límites de duración marcados por el ET, la Jurisprudencia ha optado por esta segunda posibilidad, como se

[596] Enfatizan estas resoluciones el aspecto finalista del período de prueba/adaptación, advirtiendo que la "necesidad de que el trabajador minusválido pase por un período de adaptación… se ha de conectar con la finalidad que persigue el establecimiento del mismo, en unas condiciones controladas, además, por el Equipo Multiprofesional, debiendo tenerse en cuenta que ese período de adaptación lo creó la ley para ventaja y beneficio del trabajador minusválido, pues con él se le hace posible superar una serie de dificultades de acomodación al puesto de trabajo, que de otro modo no sería fácil vencer. De modo que, si en los casos en que no existen esas condiciones, se considera lícito establecer un período de adaptación de seis meses, que tiene el carácter de período de prueba, se causa un grave perjuicio al trabajador, que ve prolongada la inseguridad e incertidumbre que tal situación genera, sin que concurra ninguna causa que justifique esa prolongación. Por lo demás, tal y como ha destacado P. TUSET DEL PINO, op. cit., pág. 7, la sentencia, en un esfuerzo de llegar hasta sus últimas consecuencias en la espinosa cuestión de la operatividad de los Equipos Multiprofesionales, asevera que aunque como hipótesis de trabajo se admitiese que en la actualidad ni existen estos equipos ni ningún otro organismo que haya asumido sus funciones, no sería posible adoptar en el supuesto estudiado una solución diferente a la que se viene manteniendo en cuanto a la posibilidad de pactar el periodo de prueba, habida cuenta de que la única posibilidad de estipular un periodo de adaptación de duración superior a la que señala el artículo 14.1 del ET, requiere ineludiblemente la intervención de dicho EM; y si tal equipo no existe, ni existe ningún organismo que lo sustituya, no puede cumplirse el requisito esencial que hace posible el establecimiento válido de esa duración superior, de ahí que necesariamente, en tal hipótesis, sería imposible aceptar como válida una duración que sobrepasase los límites a que alude el tantas veces citado artículo 14.1 del ET.

[597] En este sentido, la STSJ Andalucía 4 abril 2001 (AS 2001/2929), especifica que si bien el artículo 10 en su número 2 permite pactar un período de adaptación por seis meses como máximo, ello lo supedita a los presupuestos del párrafo segundo como <conditio iuris> (de donde se) infiere que, al no constar acreditado que el demandante tuviere necesidad de tal período de adaptación, según informe de los equipos competentes que no existen en el caso, ni sus condiciones, el cese debe integrar un acto de despido improcedente".

[598] En este sentido la STSJ Cataluña 27 septiembre 2007 (AS 2007/1326), destaca como el informe de selección realizado en el presente caso por dos profesionales que trabajan para la recurrente no puede equipararse al informe del referido "Equipo Multiprofesional", al no haber constancia de que tales profesionales integren un servicio …creado, homologado y registrado por la Administración, de ahí que el informe de selección en que se ampara la parte demandada para sostener la validez del período de prueba pactado, pese a estar suscrito por especialistas, no es equiparable al preceptivo informe del equipo multiprofesional a que se refiere el artículo 10 del RD 1368/1985. En definitiva, se exige en este ámbito una intervención efectiva de los órganos competentes en la materia, no admitiéndose fórmulas "sucedáneas". Como la propia Sentencia señala, "la propia validez del pacto está condicionada a una resolución favorable y previa del Equipo Multiprofesional. Esta limitación es coherente con el tipo de relación laboral ante la que nos hallamos, en la que la intervención administrativa en defensa del trabajador, por la condición de minusválido del mismo, se hace más intensa que la habitual en una relación laboral ordinaria".

observa en las dos resoluciones del TS que acabamos de citar, seguidas por los órganos de suplicación, prácticamente sin fisuras[599].

Por lo demás, el reconocimiento que el art. 9 RD 1368/1985 hace a los trabajadores de esta relación especial, de "los derechos y deberes básicos previstos en el Estatuto de los Trabajadores" permite considerar de aplicación todo el marco común, en lo que no contraríe las especialidades del Real Decreto, incluidas las reglas previstas para el período de prueba[600].

h. Estibadores portuarios contratados por las sociedades anónimas de gestión de trabajadores portuarios para realizar actividades integradas en el servicio portuario de manipulación de mercancías

El art. 2.1.h ET incluye, entre las relaciones laborales especiales, "la de los estibadores portuarios que presten servicios a través de sociedades estatales[601] o de los sujetos que desempeñen las mismas funciones que éstas en los puertos gestionados por las Comunidades Autónomas".

Dada la esencialidad del servicio portuario de estiba y desestiba, clave de la actividad comercial que se desarrolla a través del mar, se viene manteniendo, por decisión del legislador, un intervencionismo público en la contratación y fiscalización del trabajo del personal, al que se dota de un singular estatuto jurídico mediante su integración en la relación laboral especial que analizamos.

Sujetos de esta relación laboral especial son, pues, los estibadores portuarios (dedicados a tareas de carga y descarga, embarque y desembarque, estiba y desestiba, etc.)

---

[599] Entre otras, STSJ Castilla y León/Valladolid 10 enero 2005 (AS 2005/68) o STSJ Galicia 10 febrero 2004 (AS 2004/1685). Como detalla la STSJ Castilla La Mancha 26 noviembre 2002 (AS 2003/1531): "La empresa no propició la intervención del equipo multiprofesional al que se refiere el artículo 10.2 párrafo segundo del RD 1368/1985, ni, en su defecto, la del Equipo de Valoración de Incapacidades, facultado a tal fin por la disposición transitoria del Real Decreto, que indicase que tal período de seis meses era necesario. Y si pese a las gestiones de la empresa, tales equipos no emitieron el citado informe o proyecto de adaptación, entonces debió acomodarse el período de prueba las disposiciones del artículo 14.1 del ET.

[600] No obstante, pese a la remisión indicada, el RD 1368/1985 sí contiene en su art. 16.2.a una regla (la imposibilidad de extinguir el contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida, si la misma existía con anterioridad al cumplimiento del período de adaptación o de prueba) que vendría a reiterar el contenido de la norma general contenida en el art. 52.a ET ("la ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento").

[601] La referencia a las sociedades estatales debe entenderse hecha, tras la Ley 33/2010, a las Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios (SAGEP) a las que se atribuye la gestión de la puesta a disposición de estos trabajadores, contratados por ellas, a las empresas integrantes de la sociedad encargada de la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías.

contratados por las Sociedades estatales que se han de constituir en cada puerto de interés público, al efecto de asegurar la profesionalidad y regularidad en los servicios portuarios[602].

Esta relación especial, fue incluida como tal por la Disposición Adicional 1ª de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, correspondiendo su diseño al RDL 2/1986, de 23 de mayo (RCL 1986/1666), sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques (luego modificado por Ley 48/2003, de 26 de noviembre, RCL 2003/2754, sobre régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general) cuya ejecución reglamentaria acometió el RD 371/1987, de 13 de marzo, que dedicaba su Título IV (arts. 18 a 22) a la "relación laboral especial de los estibadores portuarios".

Por último, el RDLeg. 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante[603], dedica el Cap. VI, del Título VI, del Libro I (arts. 149 a 154) al régimen de gestión de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías (denominación actualizada de la de "estibadores portuarios" que acometió su antecesora Ley 33/2010, de 5 de agosto) con diversas modificaciones con respecto a la normativa precedente.

En efecto, la norma distingue, en su art. 149, dos tipos de relaciones laborales, al indicar que "la relación laboral de los trabajadores que desarrollan su actividad en el servicio portuario de manipulación de mercancías podrá establecerse tanto con las sociedades anónimas de gestión de estibadores portuarios (SAGEP), en relación laboral especial contemplada en el artículo 2.1.h) ET, como directamente con las empresas titulares de licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías, en relación laboral común.

No se establece en la normativa vigente una referencia al período de prueba, ni de forma directa, ni por remisión[604], limitándose el RDLeg. 2/2011, a establecer, en su art. 151,

---

602 A. MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo* (Bibl. cit.), pág. 517.

603 Que ha integrado el contenido de la Ley 33/2010, de 5 de agosto junto con la Ley 48/2003, de 26 noviembre, y la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, que han quedado derogadas con efectos de 21 de octubre de 2011, a excepción de algunas de sus disposiciones transitorias que se mantienen vigentes a los solos efectos de la regulación de los supuestos en ellas previstos y con el alcance que resulta de las mismas (DT 1ª y DT 2ª RDleg 2/2011).

604 Lo que sí sucede, por el contrario, en otras materias, en las que el art. 151 RDLeg 2/2011, remite directamente a la normativa laboral común (extinción del contrato: art. 49 ET; seguridad y salud laboral: Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales; facultad disciplinaria: art. 58 ET).

que la contratación de este personal laboral especial se acordará por el órgano de gobierno de la SAGEP, de acuerdo con sus Estatutos, y siempre con carácter indefinido, asignándose los trabajadores que demanden las empresas accionistas mediante el sistema de rotación; el art. 152 ("formación continua") obliga a la SAGEP a destinar anualmente como mínimo el uno por ciento de su masa salarial a la formación continua de sus trabajadores para garantizar su profesionalidad; y el art. 153 ("cualificación exigida") determina que, las actividades incluidas en el servicio de manipulación de mercancías deberán ser realizadas por trabajadores que cuenten con alguna de las titulaciones de formación profesional de grado medio o superior que se determinen por orden del Ministerio de Fomento…", estableciéndose, en el art. 154, las excepciones a la exigencia de titulación.

La negociación colectiva completa la regulación legal de esta relación laboral especial a través del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales del sector de la estiba portuaria (Resolución 17 de enero de 2014), aplicable a las SAGEP y empresas estibadoras y a los trabajadores contratados por ellas en régimen laboral común o especial que realicen actividades propias de las actividades integrantes del servicio portuario de manipulación de mercancías, vigente desde el 29 de julio de 2013, texto negociado que incluye un estricto sistema de selección del personal previo a su contratación que, en este caso, sí puede justificar y minimizar los efectos de un inexistente pacto de prueba[605].

[605] El art. 7 del Acuerdo ("Procedimiento de selección de personal") señala que: 1 A fin de cumplir con la obligación establecida en el punto 5 del art. 130 y en el 153 de la Ley de Puertos, y demás normas que lo desarrollan, y en atención a la especial responsabilidad de la OEE (Organización de Empresas de Estiba) como empresa cedente de mano de obra para la realización del servicio público de manipulación de mercancías, la selección y contratación de personal portuario se realizará por la OEE de cada puerto mediante convocatoria en los términos establecidos en el presente convenio y en los de ámbito inferior. Los trabajadores del ámbito personal del presente convenio que aspiren a integrarse en la OEE deberán superar el examen o pruebas y cumplir los requisitos que determine la ley para adquirir la correspondiente habilitación. La contratación de trabajadores para las labores portuarias por las empresas afectadas por el presente Acuerdo Marco se realizará en el seno de la OEE de cada puerto y, en todo caso, estará sometido a lo previsto en las disposiciones por las que se regule la habilitación de personal portuario o idoneidad para la realización de las pruebas a las que se refiere el presente Acuerdo. Excepcionalmente, cuando la OEE certifique la inexistencia de personal disponible, las empresas afectadas podrán realizar contratación directa de personal habilitado por un solo turno de trabajo. Obtenida la correspondiente habilitación, la OEE realizará las pruebas o exámenes de ingreso adecuando estas a las características particulares de cada puerto que serán establecidas de mutuo acuerdo entre la representación legal de los trabajadores y las empresas de cada puerto con la participación de la OEE. La superación de estas pruebas será imprescindible para la selección y contratación del trabajador en la OEE, de manera que la obtención de la habilitación profesional correspondiente por la Autoridad competente, no será suficiente para el ingreso en la plantilla.

Puede considerarse, así, que, tanto por la falta de remisión explícita a las normas laborales generales (cosa que sí establecía el derogado art. 19 RDley 2/1986)[606], como por el peculiar régimen de prestación del servicio, en el que han de acreditarse titulación previa y superación de exhaustivas pruebas de aptitud psicofísicas[607], no cabría pactar, en estos contratos, un período de prueba.

i. Residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud

Creada por Ley 44/2003, de 22 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (RCL 2003/2724) y desarrollada luego por el RD 1146/2006, de 16 de junio (RCL 2006/1829), la relación laboral especial de residencia[608] tiene por finalidad[609] proporcionar a los titulados universitarios sanitarios, en régimen de residencia, el título de Especialista mediante la superación del correspondiente programa formativo[610].

---

[606] El art. 19 del derogado Real Decreto-ley 2/1986, de 23 de mayo, del Servicio público de estiba y desestiba de buques, rezaba: "En lo no regulado por la presente norma será de aplicación el Estatuto de los Trabajadores y las demás normas laborales de general aplicación, en cuanto sean compatibles con la naturaleza especial de la relación laboral de los Estibadores portuarios".

[607] Para A. L. DE VAL TENA (Bibl. cit., pág. 117): "La profesionalidad del estibador portuario se le supone y, en todo caso, no es susceptible de ser verificada".

[608] Como indican M. ARETA MARTÍNEZ e I. MARÍN MORAL: "La relación laboral especial del personal residente en formación en ciencias de la salud", en *Relaciones laborales especiales…* (Bibl. cit.), pág. 436, "Hoy por hoy, en España, la residencia es el sistema general que da acceso al título de especialista. El titulado universitario, tras superar las pruebas selectivas y acceder a una plaza de formación sanitaria en una concreta especialidad (Médica, de Farmacia, de Psicología, de Enfermería o multidisciplinar), recibe la formación teórica y práctica a través del sistema de residencia durante un período de tiempo que, una vez finalizado y evaluado positivamente, le permite la obtención del título de especialista y el ejercicio de la profesión como tal. El sistema de formación sanitaria especializada es oficial y reglado y, a diferencia de otros estudios reglados conducentes a la obtención de un título oficial, se desarrolla en el marco de una relación laboral, que es especial, y por medio de un contrato de trabajo temporal, cuya duración inicial y prórrogas coinciden con la duración del programa formativo de la correspondiente especialidad sanitaria".

[609] En consonancia con esta finalidad, los derechos y deberes de las partes están centrados en la formación del residente y en los servicios propios de la especialidad que éste ha de prestar (A. MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 518.

[610] El art. 1 RD 1146/2006, referente al objeto, ámbito de aplicación y fuentes, tras identificar a los destinatarios funcionales de la norma, de manera única para todo el territorio nacional, y con independencia de la titularidad pública o privada del establecimiento sanitario en el que se encuentre ubicado el centro o unidad docente acreditados para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, señala, en su núm. 4, que los derechos y obligaciones concernientes a esta relación especial se regularán, con carácter supletorio, por el ET, el resto de la legislación laboral, los convenios colectivos y la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo. No obstante, como han puesto de relieve M. ARETA MARTÍNEZ e I. MARÍN MORAL: "La relación laboral… (Bibl. cit.), pág. 466, no existen actualmente convenios colectivos propios para residentes, por razones diversas (dispersión territorial, no articulación de mecanismos propios de representación, etc.) sin que les puedan ser de aplicación los Convenios generales del personal laboral de la Administración en la que presten servicios, dado el carácter especial de su relación, diferente del común, destinatario de aquellas normas convencionales, motivo por el que son muchas veces los Acuerdos con la Administración Sanitaria o con las Consejerías de Sanidad los que prevén las condiciones laborables aplicables tanto al personal estatutario como al residente. En cuanto a la

La singularidad del período de prueba en esta relación especial es, precisamente su inexistencia[611]. En efecto, el art. 3.5. RD 1146/2006, prohíbe de forma expresa someter temporalmente el contrato a prueba, al indicar: "En esta relación laboral de carácter especial de residencia no podrá establecerse periodo de prueba", precisión que, por su relevancia y el carácter opuesto a la generalidad, quizás debiera haber contado con alguna referencia en la Exposición de Motivos de la norma.

La ausencia del período de prueba puede apoyarse en la propia configuración de la relación especial, con un marcado carácter formativo[612] (¿cómo valorar las capacidades profesionales de aquel a quien se está formando?), y al hecho de que el vínculo del residente nunca adquirirá, como tal, un carácter indefinido, al ajustarse el contrato a la duración de un año, renovable por períodos iguales durante el tiempo que dure el programa de formación, siempre que, al final de cada año, el residente haya sido evaluado positivamente por el Comité de Evaluación de la especialidad correspondiente (art. 3.1). Circunstancias que se completan con la posibilidad, ex art. 11.1 RD 1146/2006, de extinción del contrato, sin indemnización alguna, por haber obtenido una evaluación final negativa (apartado b, equivalente a una prerrogativa intemporal de desistimiento empresarial) o por renuncia voluntaria del residente (apartado d).

autonomía individual, no sólo ha de respetar la prelación de fuentes, sino que ha de ajustarse a las restricciones que, en materias como jornada de trabajo, suspensión del contrato y, por supuesto, período de prueba, establece el RD 1146/2006.

611 Sí prevé la norma especial (art. 2.4), con carácter previo a la formalización del contrato, la realización de un examen médico a cada residente, para comprobar que no padece enfermedad ni está afectado por alguna limitación física o psíquica, que sea incompatible con las actividades profesionales que exige el correspondiente programa formativo, de manera que el contrato quedará sin efecto si, cumplido el procedimiento previsto en la convocatoria por la que el residente obtuvo la plaza, se resolviese la no superación de dicho examen médico. Por lo demás, se ha considerado (STSJ Islas Baleares 12 mayo 2006, AS 2006/1777) que no vulnera el derecho fundamental a la intimidad la realización de exámenes médicos practicados por el Servicio de Prevención de Riesgos laborales como consecuencia de una actuación anómala del residente, al tener como fundamento la tutela de un interés general preponderante y constitucionalmente reconocido, como es el derecho a la integridad física y el derecho a la protección de la salud de los pacientes.

612 Entre los derechos específicos del residente (art. 4.1. RD 1146/2006) se encuentra el de "recibir, a través de una práctica profesional programada, tutelada y evaluada, una formación teórico-práctica que le permita alcanzar progresivamente los conocimientos y la responsabilidad profesional necesarios para el ejercicio autónomo de la especialidad, mediante su integración en la actividad asistencial, ordinaria y de urgencias del centro" (apartado c) y "que la evaluación continuada, anual y final de su aprendizaje se realice con la máxima objetividad" (apartado i).

De esta forma, las posibilidades de verificación de las cualidades del trabajador se mantienen *sine die*[613], al igual que la suerte de desistimiento no indemnizado que posibilita el RD si la evaluación es negativa.

Consideramos que la claridad con la que está redactado el precepto impide considerarlo disponible para la negociación colectiva o la autonomía individual.

j. Abogados en despachos (individuales o colectivos)

Con cuestionada técnica e incomprensible ubicación[614], vino el legislador nacional (por Ley 22/2005, de 18 de noviembre) a crear, como nueva relación laboral especial, aquella en virtud de la cual, los abogados prestan servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del titular de un despacho, individual o colectivo[615], realidad meramente "anunciada" cuyo desarrollo acometió el RD 1331/2006, de 17 de noviembre, que, de manera mucho más detenida, que no atinada, se encargó de detallar, en su Exposición de Motivos, las razones[616] que le llevaron a

[613] Selección de personal muy relacionada con el necesario equilibrio entre la oferta y la demanda de empleo que debe darse entre las plazas de formación sanitaria ofertadas y la futura demanda de especialistas sanitarios, en un sistema, como el español, en el que los residentes representan un porcentaje muy importante del personal ocupado en los centros sanitarios.

[614] La finalidad de esta Ley 22/2005 es incorporar al ordenamiento español diversas directivas comunitarias en materia de fiscalidad de productos energéticos y del régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes y regular el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la Unión Europea. En este contexto, tan poco natural, la Disposición Adicional 1ª viene a reconocer el carácter laboral especial de dicha relación.

[615] En síntesis del art. 1 RD realizada por A. MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo* (Bibl. cit.), pág. 518, quedan fuera de la relación especial los abogados que trabajan para empresarios en régimen laboral común, los que trabajan por cuenta propia (sea de modo individual o como socios), los que trabajan en régimen de colaboración independiente con otros abogados, los que contratan con un despacho actividades profesionales derivadas del turno de oficio y los abogados familiares del titular del despacho que convivan con él y no reciban un salario.

[616] Convenzan o no: Relación triangular entre titular del despacho, cliente y abogado; aplicación, además de las laborales, de normas estatutarias, éticas y deontológicas, que determinan una mayor autonomía del abogado, una limitación empresarial en las facultades de dirección y control, y una mayor diligencia en el cumplimiento de deberes específicos (diligencia, confidencialidad, plazos…); el reforzamiento de la buena fe y confianza recíprocas; la existencia de incompatibilidades y prohibiciones relacionadas con conflictos de intereses; o el sometimiento adicional a normas colegiales. Para J. A. BUENDÍA JIMÉNEZ, B. GARCÍA RODRÍGUEZ y S. OLARTE ENCABO: "La relación laboral especial de los abogados en despachos de abogados (individuales, colectivos y multiprofesionales)", en *Relaciones Laborales Especiales…*, (Bibl. cit.), pág. 536, la argumentación jurídica que pretende justificar la existencia de peculiaridades definitorias de la relación especial, es endeble, respondiendo realmente su creación a una mera oportunidad política, pues, realmente, no existen diferencias entre el contrato de trabajo del abogado para una empresa y el contrato de trabajo del abogado para un despacho de abogados, no pudiendo ser la condición de tal, por parte del titular, lo que confiera especialidad a la relación. No obstante, la validez de la relación especial ha sido confirmada judicialmente (véase STS Sala de lo Contencioso-Administrativo 16 diciembre 2008 (RJ 2008/5991), en la que se razona que "la relación del abogado que trabaja como empleado en un despacho de abogados que es el empleador, tiene además una relación jurídica

configurar como especial esta parcela concreta de la actividad profesional del colectivo letrado.

No es, desde luego, el aspecto más destacable de esta relación especial la regulación de su período de prueba, limitándose las diferencias con el régimen común, al establecimiento, siempre en defecto de convenio[617], de una duración máxima de seis meses para los contratos indefinidos y dos meses para los temporales, con la singularidad, en este último caso, de que no podrán coincidir en duración el contrato de trabajo y el período de prueba que se introduzca en el mismo[618]. En efecto, el art. 8.2 RD 1331/2006 permite (que no impone) someter a período de prueba a los contratos que concierten los abogados y los despachos, pacto cuya duración será la establecida en el convenio colectivo de aplicación, si bien, en ausencia de pacto negocial, el período de prueba que los contratantes establezcan en ejercicio de su autonomía individual (que habrá de plasmarse por escrito, como forma *ad solemnitatem*), no podrá superar los límites marcados que se han indicado[619].

La duración máxima legal, de seis meses, además de ir en la línea que el ET establece, en defecto de convenio, para los técnicos titulados, se antoja razonable para una relación en la que la verificación de las cualidades del contratado se ha de producir en un contexto (art. 5 y 6 RD 1331/2006) muy particular en el que el titular del despacho puede dar las órdenes que considere oportunas sobre la forma en que se han de prestar

---

profesional con el cliente basada en la mutua y reciproca confianza a la que se debe con absoluta diligencia y lealtad de acuerdo con las normas corporativas mas atrás señaladas que la hacen diferenciar con supuestos que la parte actora califica como similares, pues aquí por todo lo expuesto la relación es una relación triangular que la diferencia y distingue de otras similares".

[617] Con respecto a esta fuente, es importante destacar cómo el artículo 2.b) RD 1331/2006, exige, para que un convenio colectivo sea aplicable a la presente relación laboral especial, que reúna la condición de ser "específico y de aplicación exclusiva a los despachos de abogados. Según indica P. PALOMINO SAURINA: "La relación laboral especial de abogados", *Información Laboral*, núm. 2/2012 (BIB 2013/51952), pág. 2, "ello determina que en tales convenios colectivos ha de concurrir una doble circunstancia para entenderlos como plenamente aplicables: de un lado, la especificidad, que hace precisar en todo caso la existencia de un convenio colectivo cuya unidad de negociación sea exclusiva para esta relación laboral especial; y, de otro, la aplicación exclusiva, la cual determina que el ámbito personal del convenio colectivo sea, exclusivamente, el de los trabajadores sometidos a la relación laboral especial de la abogacía, lo que, en última instancia, excluiría los ámbitos personales de carácter mixto o multiprofesional.

[618] Lo que no establece la norma es la imposibilidad de coincidencia de ambas duraciones en contratos temporales de duración inferior a dos meses.

[619] Art. 8.2: "Los contratos que concierten los abogados y los despachos podrán someterse a un período de prueba que en todo caso deberá constar por escrito. En defecto de pacto en convenio colectivo, el período 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 período de tiempo".

los servicios profesionales, pero, a su vez, ha de respetar la libertad y la independencia profesional del abogado, de manera que se precisa un tiempo razonablemente amplio para comprobar si esta necesaria "tensión" es compatible con la no menos necesaria sintonía que debe existir entre el titular del despacho y el abogado contratado.

Por lo demás, es comprensible que el titular del despacho quiera constatar, en la práctica, y más allá de la capacidad técnica del abogado, cuál es su capacidad de desenvolverse como profesional (dedicación, capacidad de trabajo en grupo, aguante, improvisación, templanza, reflejos, empatía con el cliente, trato con los compañeros, etc.), esto es, su destreza a la hora de sortear los obstáculos que, diariamente, surgen en esta hermosa y a la vez exigente profesión[620].

Finalmente, en la medida en que el RD 1331/2006 permite, entre las diferentes modalidades contractuales, la del contrato de trabajo en prácticas[621], habrá que estar, en materia de prueba a lo que en éste último se establezca (vid. Apartado III.4.C.a), existiendo, por tanto, un período máximo de dos meses para este colectivo, poseedor de titulación superior.

F. EMPLEADOS PÚBLICOS

a. En general

Fuera del marco de las estrictamente "especiales", existen otras relaciones de trabajo que integran singulares particularidades que permitirían otorgarles aquel mismo carácter, si bien no figuran en el listado que el legislador ha configurado, originariamente *ex*. art. 2.1, letras a) a h) ET[622], y luego, por derivación, mediante la creación del resto de relaciones laborales especiales[623]. Otras, simplemente contienen notas diferenciadoras que, igualmente, merecen ser destacadas. No obstante, no siendo

[620] A la que, si bien como profesional liberal, vengo dedicado desde hace casi veinte años.

[621] El art. 9 RD 1331/2006 establece, en su número 1, que podrán celebrarse contratos de trabajo en prácticas con quienes estando habilitados para ejercer la profesión de abogado deseen iniciarse en el ejercicio profesional de la abogacía y adquirir el aprendizaje práctico de dicha profesión, colaborando o participando para ello en la actividad profesional del despacho, detallando, en núm. 2, que las condiciones en que habrán de realizarse los indicados contratos en prácticas serán las previstas en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores, con una serie de peculiaridades, entre las que no consta referencia alguna al período de prueba, de manera que se entiende aplicable íntegramente el régimen ordinario del art. 11 ET.

[622] Personal de alta dirección, servicio del hogar familiar, penados en instituciones penitenciarias, deportistas profesionales, artistas en espectáculos públicos, personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquellas, trabajadores minusválidos que presten sus servicios en los centros especiales de empleo, estibadores portuarios.

[623] Residentes sanitarios, abogados en despachos individuales o colectivos, y menores internados.

éste un análisis de las relaciones especiales o afines, sino tan solo un recorrido descriptivo de las singularidades del período de prueba con respecto al marco común, no vamos a abordar el análisis de estas relaciones laborales con "peculiaridades"[624], limitándonos, exclusivamente a destacar algunos aspectos de interés con respecto a la que mayor relevancia ofrece: la prestación de servicios del personal laboral para la Administración Pública.

Varias son las singularidades que ofrece la prestación de servicios de carácter laboral para la Administración Pública, de entre las que destacan, por una parte, la especialidad del empleador: la Administración, cuyo interés no se orienta al beneficio o lucro, lo que desvirtúa la tradicional contraposición de intereses en esta relación sinalagmática; por otra, las singularidades en la figura contractual a utilizar (gran flexibilidad, especificaciones con respecto al marco general y cierta relajación en las consecuencias del incumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa laboral)[625].

La doctrina ha planteado tradicionalmente la conveniencia de que la prestación de servicios de carácter laboral para la Administración Pública se regule como relación laboral especial, dada la conexión existente entre el ordenamiento laboral y funcionarial y el necesario equilibrio que hay que encontrar entre Derecho del Trabajo y Derecho Administrativo, y en cierta forma, aunque sin reconocerlo expresamente, a dicha finalidad obedece la promulgación del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)[626].

---

[624] A. MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo* (Bibl. cit.), dedica un tratamiento diferenciado a las siguientes realidades laborales: contrato de trabajo del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares; contrato de trabajo a prueba; trabajo de mujeres; trabajo de menores; contrato de trabajo a domicilio; contratos para la navegación marítima y aérea; otros contratos comunes con particularidades (trabajo agrario, transporte, guardería y vigilancia, relaciones laborales en las que es empresario una Administración Pública o un Notario o Registrador); trabajos de minería; contrato de grupo; trabajo en común; la relación de auxilio asociado; trabajo en empresas de inserción; socios-trabajadores; trabajadores "a la parte"; aparcerías laborales. En la citada obra colectiva *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades* se destinan capítulos independientes a las siguientes relaciones con peculiaridades: Trabajadores de Notarías; Minería del carbón; Trabajo de los menores; Administraciones Públicas; Personal investigador en formación; Contratación en el sector de la información; Teletrabajo; Trabajo en común; Empresas de trabajo temporal; Personal de Seguridad Privada; Relaciones laborales en el mar y trabajo aéreo; Transporte por cuenta ajena; trabajo en la agricultura; Contratación laboral del personal docente e investigador en las universidades públicas; Controladores aéreos; Relaciones paralaborales (socios de cooperativas, TRADES y Voluntariado).

[625] Véase A. I. PÉREZ CAMPOS, P. RIVAS VALLEJO y G. RODRÍGUEZ INIESTA: "Administraciones Públicas", en *Relaciones laborales especiales…* (Bibl. cit.), pág. 928.

[626] La condición pública del empresario introduce su propia normativa en el sistema de fuentes aplicables a esta relación laboral, integrándose, no solo por normas laborales (Estatuto de los Trabajadores, Ley de

Cuando la Administración Pública (estatal, autonómica, local, entidades públicas y organismos autónomos) detenta la condición de empleador (art. 1.2. ET), lo hace siguiendo criterios de carácter púbico (satisfacer necesidades de la población, atendiendo al interés general y al mantenimiento de los servicios públicos), ajenos, por tanto, a la lógica del mercado propia de las organizaciones empresariales privadas. En su labor, además de personal funcionario y de contrataciones administrativas[627], se sirve la Administración de personal laboral, rigiéndose la contratación de éstos por los principios básicos de la legislación laboral que ha de conjugarse, no obstante, con los de organización y funcionamiento propios de la Administración Pública, incluidas las reglas de selección y promoción del personal; de esta forma, la conjugación de normas laborales y administrativas requiere un análisis pormenorizado de cada situación, debiendo resolverse cada situación conforme a principios de especialidad, supletoriedad o norma más favorable, según los casos[628].

Desde este punto de vista, la facultad de libre selección, contratación y decisión de mantenimiento del trabajador por superación, en su caso, de la fase probatoria que pudiera establecerse, típicas de la lógica empresarial, no se extienden, en plenitud, al ámbito público, al venir la Administración condicionada por su actuación necesariamente "reglada", de modo que sus decisiones de contratación y gestión de personal deben someterse a las pautas legal y reglamentariamente establecidas[629], y muy especialmente a los criterios de mérito y capacidad y a los principios de igualdad y no discriminación, legalidad, interés general e interdicción de la arbitrariedad, por lo que la

---

prevención de riesgos laborales, Ley Orgánica de libertad sindical, etc.), sino por normas administrativas (Estatuto Básico del Empleado Público, Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado, etc.), además de la normativa paccionada.

627 En muchas ocasiones fraudulentas, por lo que, cuando las funciones ejecutadas revistan carácter permanente y habitual, la mera remisión a la norma que regula los contratos administrativos para trabajos específicos y concretos no habituales no destruye la presunción de laboralidad (STS 27 julio 2005, RJ 2005/8344; STS 26 febrero 2008, RJ 2008/3479; STSJ Madrid 15 junio 2012, AS 2012/2403).

628 Soluciones "integradoras de la norma laboral y la norma administrativa", según STS 20 enero 1998 (RJ 1998/1000), para las que el ordenamiento administrativo consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público y que, al objetivar el reclutamiento a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la eficacia de la actuación de la Administración Pública al servicio de los intereses generales.

629 Según el art. 55.2 EBEP, tales procedimientos han de ajustarse no sólo a principios de igualdad, mérito y capacidad, sino también a los principios de publicidad, transparencia, imparcialidad, profesionalidad, independencia y discrecionalidad técnica de los órganos de selección, adecuación técnica entre los procesos selectivos y las funciones, y agilidad.

empleadora pública, no sólo ha de eliminar cualquier discriminación, sino que debe garantizar la mayor igualdad, lo que impide la contratación discrecional y exige, a su vez, la concurrencia de razones objetivas y motivadas. El incumplimiento de tales exigencias puede conllevar la nulidad de los contratos de trabajo[630].

Reglas de selección que se "suavizan" cuando se afronta la cobertura de puestos de trabajo de carácter no permanente o eventual[631], y se incrementan, lógicamente, en supuestos de contratación indefinida, en los que el concreto empleador público (Ayuntamiento, Comunidad Autónoma…) queda vinculado por la decisión adoptada por el órgano encargado de la selección de aspirantes, debiendo proceder a la contratación laboral de los designados por el Tribunal calificador[632].

La contratación de trabajadores por la Administración, ha de ajustarse, lógicamente, a las formalidades que exige la normativa laboral, pudiendo contener el contrato de trabajo, en sus distintas modalidades, tantas cláusulas -lícitas- como las partes convengan en incluir, si bien la actuación reglada en este ámbito viene a imponer, sobre la citada posibilidad teórica, un mecanismo efectivo de adhesión que impide la efectiva negociación individual de las condiciones de trabajo, de manera que la firma del contrato de trabajo equivaldrá a la adquisición de un estatuto jurídico predeterminado, en cuya determinación, no obstante, ha debido participar previamente la negociación colectiva.

Ahora bien, el papel negociador de la autonomía colectiva con respecto a las condiciones de acceso al trabajo asalariado, queda muy limitado, en la medida en que la

---

[630] La Jurisprudencia Social considera válida la extinción directa de los contratos de trabajo realizados en virtud de concursos públicos anulados por sentencia firme, por considerar que la nulidad del acto originario comporta la nulidad de sus consecuencias, si bien para llevar a cabo tal extinción la Administración debe acudir a alguno de los procedimientos extintivos previstos en el art. 49 ET como son la extinción por fuerza mayor y el despido objetivo por causas económicas (STS 28 abril 2009, RJ 2009/262; STSJ Castilla León / Burgos 9 junio 2011, JUR 2011/214018; o STSJ Extremadura 1 febrero 2011, AS 2011/1713).

[631] Los mecanismos de contratación son más ágiles en los procesos para la cobertura de plazas de carácter temporal (véase art. 15.1. Ley 30/1984, art. 67 EBEP y art. 35.1 RD 364/1995), ámbito en el que, además, adquieren virtualidad los eventuales compromisos de contratación adquiridos por la Administración, normalmente por medio de pactos y convenios con los representantes de los trabajadores, como el establecimiento de bolsas de trabajo o listas de candidatos que no superaron la pertinente convocatoria.

[632] En este sentido, el RD 364/1995, de 10 de marzo, Reglamento General de Ingreso de Personal de la Administración, Provisión de Puestos y Promoción, establece en su art. 33.1, para la adquisición de la condición de personal laboral fijo, que "el órgano competente procederá a la formalización de los contratos previa justificación de las condiciones de capacidad y requisitos exigidos en la convocatoria".

CE considera de orden público el régimen de acceso al empleo público, materia no susceptible de negociación colectiva (art. 103.3. CE)[633], sino de regulación legal, lo que no ha impedido, sin embargo, la intervención de los convenios colectivos sin alterar lo dispuesto en la legislación aplicable[634].

Entre las cláusulas que pueden insertarse en el contrato de trabajo se encuentra, por supuesto, el establecimiento de un período de prueba, cuyo régimen, en principio, es el prevenido por el art. 14 ET. Dicha posibilidad no aparece expresamente contenida en el EBEP, sino que dan cuenta de la misma los preceptos encargados de regular, a nivel estatal, las convocatorias de selección de personal de cara a su consideración como trabajadores indefinidos. En efecto, el art. 33.2 RD 364/1995, de 10 de marzo, Reglamento General de Ingreso de Personal de la Administración, Provisión de Puestos y Promoción, establece en su art. 33.2 que, no obstante la formalización del contrato con los aspirantes que hubieran superado el proceso selectivo, no adquirirán éstos la condición de trabajadores indefinidos sino hasta haber "transcurrido el período de prueba que se determine en cada convocatoria"[635]. Por su parte, el III Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Administración General del Estado (Resolución 3 noviembre 2009, RCL 2009\2173 (BOE 12-11-2009)[636] establece, en su artículo 35 ("Período de prueba"), que el personal de nuevo ingreso estará sometido a un período de prueba, fijando el período convencional un régimen jurídico que presenta alguna particularidad con respecto al régimen estatutario[637].

---

633 "La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad…".

634 De hecho, el RD 364/1995 limita la intervención del convenio colectivo al ámbito de la "promoción interna o de cobertura de vacantes del personal laboral que no sea de nuevo ingreso" (art. 28.2).

635 El art. 33. 2 RD 364/1995 indica que "transcurrido el período de prueba que se determine en cada convocatoria, el personal que lo supere satisfactoriamente adquirirá la condición de personal laboral fijo".

636 Al que se añade un último acuerdo de la Comisión Negociadora por Resolución 20 noviembre 2014, RCL 2014/1627 (BOE 5-12-2014).

637 Según el precepto convencional: 1) no se computará como período de prueba el tiempo de incapacidad temporal; la duración será de tres meses para los grupos profesionales 1 y 2 y de un mes para los demás trabajadores, excepto para el personal no cualificado que será de quince días laborables; 2) Transcurrido este período de prueba quedará automáticamente formalizada la admisión, siendo computado al trabajador este período a todos los efectos; 3) Durante este período, tanto la Administración como el trabajador podrán poner fin a la relación laboral, sin que ninguna de las partes tenga por ello derecho a indemnización alguna. El trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes a su grupo profesional y al puesto de trabajo que desempeña, como si fuera de plantilla. Del fin de las relaciones laborales reguladas en este artículo se informará a los representantes de los trabajadores; 4). Será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas

En coherencia con los rígidos trámites exigidos para la contratación, las normas que confieren a la Administración Pública la facultad resolutoria del vínculo laboral debieran situarse en idéntico plano, limitando la discrecionalidad en la apreciación de las causas extintivas, con especial intensidad en el supuesto de aparejar el cese a la no superación del período de prueba. En este contexto rige un principio general de restricción de las facultades de apreciación discrecional a la hora de hacer valer cualquier causa de extinción, pero más acentuado en supuestos como el desistimiento en período de prueba, institución intrínsecamente acausal.

En cuanto a las singularidades del período de prueba en la contratación laboral a cargo de la Administración Pública, hemos dicho que el EBEP no contiene ninguna referencia expresa, si bien, de modo indirecto, su art. 56.3 permite exigir, además de los requisitos generales propios del proceso selectivo, otros "requisitos específicos que guarden relación objetiva y proporcionada con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar", mientras que el art. 61.5 de la misma norma permite completar las pruebas de selección de personal con "la superación de cursos" o "períodos de prácticas" que, se infiere, tendrán lugar durante la prestación laboral de los servicios. Ahora bien, la posibilidad de someter a prueba a este personal no puede desvincularse de las particulares reglas de acceso al empleo público, ni puede legitimar decisiones inmotivadas de cese, impropias de un empleador público que debe evitar cualquier actuación arbitraria. Sobre esta base, podemos puntualizar:

- Que el carácter potestativo, no obligatorio, del período de prueba permitiría convenir su innecesariedad, a priori, en aquellas contrataciones precedidas de un proceso selectivo, mayor cuanto más exhaustivo haya sido éste. Parece lógico pensar que la instauración de un período de prueba, para la constatación de las cualidades del trabajador, es más necesario en la contratación privada que, en general, no viene precedida de procesos de selección. No obstante, no existe incompatibilidad legal alguna entre el proceso previo de selección y el ulterior establecimiento de un período de prueba, siendo el convenio colectivo o la propia convocatoria selectiva el instrumento hábil para limitar esa posibilidad.

---

funciones con anterioridad, bajo cualquier modalidad de contratación, dentro del ámbito de aplicación del presente Convenio.

En este sentido, la STSJ Asturias 11 abril 2014 (JUR 2014/124449), viene a clarificar que en el ámbito laboral aunque la empresa sea una administración pública y se trate de un concurso de méritos, el artículo 14 ET no impide que las partes acuerden un periodo de prueba; es cierto que el recurrente fue seleccionado para ocupar una de las plaza objeto de convocatoria, pero esto no es incompatible con que, a la hora de formalizar el contrato de trabajo, las partes hubieran pactado un período de prueba.

- Se admite comúnmente que la posibilidad de instaurar el período de prueba ha de venir contemplada en las bases de la convocatoria pública para la cobertura del puesto de que se trate, pues lo contrario equivaldría a aceptar la imposición sorpresiva del mismo a quien superó el proceso selectivo legalmente establecido, en la confianza de haber demostrado su capacidad para el desempeño de tal puesto, lo que, además, podría convertirse en arbitrariedad si tal establecimiento no fuera general sino particularizado en algunos contratos. Con todo, la omisión en la convocatoria de toda referencia a la prueba puede ser insuficiente para su no inclusión en el contrato, no así la referencia expresa a su imposibilidad.

- La decisión, en esencia no precisada de motivación exteriorizada, de considerar no superado el período de prueba, "chirría" en el ámbito de la Administración Pública, en la medida en que la objetividad para el acceso al empleo público (y mantenimiento en el mismo salvo causa justificada) de los mejores candidatos, debería venir garantizada por los principios de igualdad, mérito y capacidad, sin riesgo alguno de arbitrariedad.

- Es deseable, pues, en este ámbito, un uso restringido del período de prueba, su inclusión detallada en las bases selectivas y el establecimiento de criterios y reglas que permitan valorar objetivamente su superación[638], para restringir en el empleador público la discrecionalidad que el ET reconoce (y el EBEP no limita) al libre desistimiento durante el período de prueba.

[638] O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 92, considera que "solamente podrá invocarse…el período de prueba para cesar al trabajador cuando la Administración pueda acreditar objetivamente su falta de capacidad para el desempeño del puesto", conclusión que apoya en pronunciamientos judiciales como las SSTSJ Madrid 7 febrero y 28 diciembre 2007 (AS 2007/ 2322 y AS 2008/1081).

- En cuanto a la titularidad del acto extintivo, hoy[639] es claro que la decisión de cese por no superación del período de prueba, que implica la previa valoración de las cualidades y valía técnica del trabajador corresponde en exclusiva a la Administración empleadora, y no al Tribunal encargado del previo proceso selectivo, tal y como establece STS 3 diciembre 2013 (RJ 2014/1279) y STS 23 enero 2014 (RJ 2014/1191), para la cual, 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 la que decida si el trabajador ha superado o no el periodo de prueba[640]. 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, pero dicho hecho no ha quedado acreditado en el asunto ahora examinado[641].

b. Personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares

El RD 2205/1980, de 13 de junio[642], regula esta singular parcela de la actividad laboral[643], cuya especialidad[644] radica en la relación existente entre el carácter laboral de

[639] A diferencia de lo que indica hoy el Alto Tribunal, existe un importante antecedente en la doctrina de suplicación, constituido por STSJ Madrid 7 febrero 2007 (AS 2007/2322) razonando que si la contratación de la demandante se decidió por una Mesa de selección, conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, su cese en el período de prueba ha de ser supervisado por la misma Mesa en cuanto que es la última fase de ese proceso; en definitiva, la sentencia considera que la superación de un período de prueba para obtener la fijeza de personal laboral sólo puede considerarse conforme a la CE cuando dicha prueba sea evaluada durante todo el período prefijado, y de forma objetiva e imparcial, lo que debe supervisarse en todo caso por el mismo tribunal de selección.

[640] X. BOLTAINA BOSCH: "El período de prueba en los contratos de trabajo en las Administraciones Públicas: órgano competente para establecer la superación o no del mismo", *Aranzadi Social*, núm. 60/2007, Edición digital, BIB. 2007/2206, pág. 5, comentando la STSJ Madrid 7 febrero 2007, antes citada, concluía que la decisión de la Mesa convertía al período de prueba, no en el primer eslabón del inicio de la relación laboral, sino en la última fase del proceso de selección.

[641] X. BOLTAINA BOSCH: "El personal laboral de las corporaciones locales después del Estatuto Básico del Empleado Público", *Estudios de Relaciones Laborales*, núm. 5, 2010, pág. 77, tras analizar las dificultades de trasladar el esquema común propio del ámbito privado a la contratación laboral en el sector público, refuerza, sin embargo, esta posibilidad, con cuatro notas adicionales: a) que no hay contradicción entre el derecho fundamental de acceso al empleo y el hecho de que la Administración decrete la no superación del período de prueba, pues tanto el EBEP como el ET prevén otras fórmulas de extinción contractual contra la voluntad del trabajador; b) el proceso selectivo valora una aptitud genérica, constatándose la idoneidad del trabajador durante la fase de prueba; c) la decisión de no superación del período de prueba no anula la decisión del tribunal de selección, pues se trata de actuaciones temporalmente sucesivas; d) no debe presumirse la actuación fraudulenta de la Administración que, de producirse, podrá impugnarse judicialmente acreditando la desviación de poder.

[642] Desarrollado en algunos aspectos por la Orden de 12 de abril de 1984, sobre provisión de vacantes de personal civil no funcionario al servicio de la Administración Militar, la Orden de 6 de marzo de 1985, sobre formalización de los contratos de trabajo del personal laboral, o la Orden de 13 de marzo de 1986

la misma y el interés superior de la Defensa Nacional[645] que ha quedar salvaguardado, destacando, por su diferenciación con respecto al régimen común del período de prueba: a) el carácter imperativo, no dispositivo, de su establecimiento ("cualquiera que fuera la modalidad de contratación, el personal ingresado en los establecimientos militares quedará sujeto a un período de prueba") y de su duración máxima (al no establecerse la posibilidad de modificación al alza por convenio); b) la ampliación, en un mes adicional, del plazo máximo de duración para la categoría de "técnicos no titulados" (tres meses en lugar de los dos que fija el ET); y c) la interrupción que la incapacidad

reguladora de las competencias sobre gestión y reclamaciones del personal laboral del Ministerio de Defensa. La doctrina acepta el carácter "especial" de esta relación, pese a su no inclusión expresa en el art. 2.1 ET. J. M. RAMÍREZ y T. SALA FRANCO: "La relación laboral especial del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares", *Comentarios a las leyes laborales*, Tomo II, Edersa, Madrid 1987, pág. 304, la califican como "una relación laboral especial no catalogada expresamente en el art. 2.1 del ET". Para A. MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*" (Bibl. cit.), pág. 520, "este contrato no llega a configurarse como verdadera relación especial de trabajo, situándose a medio camino entre los contratos especiales y los comunes con particularidades. En efecto, ni se halla incluido en la lista del art. 2.1. ET ni ha sido expresamente declarado relación especial como éste exige". No obstante, la mayoría de Manuales consultados incluyen a esta relación entre las especiales.

643 Como indican C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, P. CONDE COLMENERO y E. LASAOSA IRIGOYEN, "Personal Civil no funcionario al servicio de establecimientos militares", en *Relaciones Laborales Especiales*… (Bibl. cit.), pág. 588, los motivos apuntados, en general, para acordar la "extracción" de esta relación laboral del régimen ordinario, son, en general: las necesidades de la Defensa Nacional, el peculiar fin perseguido por las Fuerzas Armadas, las singularidades subjetivas del empleador, el atípico lugar en que se desarrolla la actividad, la relevancia de los bienes o servicios producidos, etc.

644 Un completo estudio en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS: *La relación laboral del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares (Coordenadas y peculiaridades de su régimen jurídico)*, Universidad de Murcia, 1996.

645 El art. 3 RD 2205/1980 establece, como deber básico de quienes trabajan en estos Establecimientos, "practicar y mantener recíprocamente el espíritu de solidaridad que les impone su tarea en común al servicio del interés superior de la Defensa Nacional, cuya finalidad obliga a aunar el esfuerzo de unos y otros, observando con la máxima fidelidad y generosidad los deberes sociales que respectivamente les incumben". Los Tribunales se hicieron eco de esta connotación desde un primer momento destacándola en sus resoluciones, tal y como puede verse en la STCT 6 mayo 1986 (Ar. 3074), para la cual, "la salvaguarda de los intereses de la Defensa Nacional, justifica la fijación de un período de prueba más prolongado, a través del cual puedan comprobarse no sólo las cualidades laborales, sino también las personales, de quien va a prestar sus servicios en el establecimiento militar, antes de que su relación devenga a fija y estable, cualidades aquellas de más difícil constatación si se mantuviera el limitado período de prueba… que fija el Estatuto de los Trabajadores". Doctrinalmente se ha dicho también que "mientras que en la generalidad de los casos la separación de la legislación laboral común parece fundamentarse en algunas características particulares de la prestación de trabajo, en esta relación el elemento determinante es algo externo a ella. Se trata de un elemento finalista relacionado con la función que juega un determinado trabajo en relación con el esquema general de la defensa; no hay que analizar el trabajo prestado, sino sus efectos en esta tarea global (M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO: "Interés de la Defensa Nacional y trabajadores al servicio de la Administración Militar, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 51, 1992, pág. 129).

temporal produce en el cómputo del período de prueba, al contrario de lo establecido, en defecto de pacto, por el ET[646].

Con respecto al primer elemento diferenciador, la literalidad del precepto determina la sujeción *ope legis* de los contratantes al período de prueba, al imponérseles una contratación a prueba obligatoria, indisponible incluso para el convenio colectivo. Ahora bien, la doctrina considera problemático este extremo, de manera que, algunos autores han señalado que la contratación a prueba de este tipo de trabajadores es obligatoria y no potestativa, mientras que otros, a la vista de que la norma tan solo establece una duración máxima de estos períodos, consideran que carece de sentido establecer la existencia obligatoria del período de prueba de modo indisponible para la negociación colectiva y la autonomía individual cuando de las dos maneras se puede establecer, sin límites mínimos, la duración de este período de prueba[647].

En este contexto SÁNCHEZ TRIGUEROS, tras plantear la duda de ¿hasta qué punto las exigencias de la Defensa Nacional justifican esa peculiar adaptación, cuando no verdadero apartamiento, respecto de las previsiones legales de carácter general?, señala que el hecho de que la contratación a prueba para el personal civil no funcionario sea obligatoria y no potestativa es el resultado evidente de lo querido por la norma; ahora bien, como quiera que la propia norma no fija su duración exacta sino la "máxima" parece que ella misma está requiriendo un acto consecuente de las partes del contrato de trabajo[648].

---

[646] El art. 12 RD 2205/1980, regulador del período de prueba, establece: "1. Cualquiera que fuera la modalidad de contratación, el personal ingresado en los Establecimientos Militares quedará sujeto a un período durante cuyo transcurso podrá resolverse la relación laboral a instancia de cualquiera de las partes sin especificación de causa, necesidad de preaviso, ni derecho a indemnización. 2. La duración máxima de esta prueba, durante la que el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes a la categoría profesional y puesto de trabajo desempeñado, será la siguiente: Técnicos titulados: Seis meses. Técnicos no titulados: Grupo Administrativo y grupos especiales, Subalternos y trabajadores no calificados, tres meses. 3 Transcurrido el período de prueba sin desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose aquél para la antigüedad del trabajador. La situación de incapacidad laboral transitoria que afecte al trabajador durante el período de prueba interrumpirá el cómputo del mismo".

[647] M. A. BALLESTER PASTOR: *El período de prueba* (Bibl. cit.), pág. 75, quien considera posible alterar el carácter imperativo del establecimiento, en contra de lo indicado por RAMÍREZ MARTÍNEZ y SALA FRANCO, a los que expresamente cita. La autora añade, como argumento adicional que "con el establecimiento tan solo de duraciones máximas y no mínimas del período de prueba, no puede justificarse que la existencia obligatoria del período de prueba para este colectivo pretenda la finalidad de garantizar la capacidad y el mérito del trabajador que pretende ingresar en la Administración Militar".

[648] La autora, pese a calificar de sugerente la propuesta doctrinal, no considera que la autonomía individual o colectiva puedan conducir a la renuncia o supresión del período de prueba, sino que entiende que la redacción dada al período de prueba por el RD 2205/1980, no hace otra cosa que ofrecer una

En cuanto a su establecimiento, el silencio del RD 2205/1980 respecto a la exigencia de forma escrita para el período de prueba obedece a su carácter obligatorio (el período de prueba siempre ha de constar por escrito); al no existir necesidad de pactarlo, ya que se impone por ley en todo contrato y para todo empleado, es entendible que la norma no aluda a dicha cuestión, de la misma manera que tampoco en este ámbito se plantean las consecuencias que en el régimen laboral común se producen en caso de falta de pacto escrito[649].

Por lo que respecta a la duración, el RD 2205/1980 distingue dos períodos en función de la cualificación de los trabajadores, seis y tres meses, respectivamente, que actúan como tope máximo de lo que pueda establecerse en el contrato de trabajo individual, sin que se observe singularidad alguna en los efectos de la superación del período de prueba, al limitarse el precepto a reiterar su cómputo a efectos de antigüedad y la plenitud de efectos que dicha superación imprime al contrato de trabajo.

La interrupción automática del cómputo del período de prueba, que se produce, *ex lege*, por la irrupción de una situación de incapacidad temporal[650], es otra de las novedades del RD 2205/1980, en cuanto viene a recoger fórmula distinta al ET[651], con carácter, además, indisponible, lo que favorece, desde luego, la posición de la Administración Militar, que se asegura la prolongación del período de experimentación, y con él, la facultad de desistimiento libre, sin hacer depender dicho efecto interruptivo del acuerdo entre las partes.

Finalmente, y con respecto a la extinción, no habiendo diferencia alguna con el régimen común, sí destacamos la manera en la que la norma explicita las notas de libertad,

---

posición de privilegio generalizado para la Administración Militar, sin que la conexión con los intereses de la Defensa Nacional aparezca por lado alguno. Llega a afirmar que "el singular régimen regulador del período de prueba no encuentra justificación en fines objetivamente entroncables con las exigencias de la Defensa Nacional (por lo que) las adaptaciones llevadas a cabo por el RD 2205/1980 debieran de desaparecer".

649 C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, P. CONDE COLMENERO y E. LASAOSA IRIGOYEN, op. cit., pág. 621.

650 Quizás por la -censurada- "inamovilidad" que refleja esta normativa desde su aparición, aún habla de "incapacidad laboral transitoria", al tiempo que no incluye las situaciones, sí contempladas en el art. 14.3, párrafo 2º ET de riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad, que entiendo deben considerarse incluidas en el precepto, como situaciones automáticamente interruptivas del cómputo del período de prueba.

651 Cuyo art. 14.3, párrafo 2º, como sabemos, supedita la interrupción (ampliando los supuestos a otras situaciones suspensivas del contrato) al previo acuerdo entre las partes.

acausalidad y ausencia de onerosidad que acompañan al desistimiento empresarial durante el período de prueba, al detallar (art.12.1), que la resolución durante su transcurso se producirá "sin especificación de causa, necesidad de preaviso, ni derecho a indemnización", rotundidad que, no obstante, no podrá ahuyentar la acción judicial en aquellos casos en la resolución contractual comporte abuso de derecho o vulneración constitucional[652].

G. SOCIOS TRABAJADORES DE COOPERATIVAS

Definidas en la Ley 27/1999, de 16 de julio[653], como sociedades "constituida(s) por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional, en los términos resultantes de la presente Ley" (art. 1), las Cooperativas se clasifican en distintos grados y modalidades, debiendo referirnos, por la relación directa con el tema de análisis, a las denominadas "cooperativas de trabajo asociado" (art. 80), esto es, aquellas que tienen por objeto proporcionar a sus socios (cuya relación con la cooperativa es societaria), puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros", pudiendo contar con socios colaboradores.

La aportación principal de estos socios, integrados en la cooperativa mediante vínculo asociativo (que no laboral)[654], es su prestación personal de servicios, diferenciada de la

---

[652] C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, P. CONDE COLMENERO y E. LASAOSA IRIGOYEN, op. cit., pág. 622, indican que en este punto no hay tanto apartamiento del régimen general cuanto explicitación, obviando cualquier sombra de dudas, acerca del modo en que durante esta fase inicial del contrato de trabajo es posible su extinción por voluntad unilateral de cualquiera de las partes. No obstante los rotundos términos del transcrito precepto y su clara finalidad, es claro que ni los unos ni la otra son bastantes para conjurar cualquier riesgo de actuación discriminatoria o arbitraria, debiendo de entenderse que tampoco los superiores intereses de la Defensa ampararían la misma".

[653] Al no existir un título expreso y específico de atribución de la competencia legislativa a favor del Estado (vid. STC 72/1983, de 29 de julio, RTC 1983/72), La Ley 27/1999 de Cooperativas, actúa como norma supletoria respecto de la normativa autonómica (en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia está en vigor la Ley 8/2006, de 16 de noviembre), a la vez que es norma de aplicación directa e imperativa cuando la actividad de la cooperativa se desarrolle en dos o más Comunidades Autónomas, y en ninguna de ellas de modo principal, o en el territorio de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, todo ello sin perjuicio de las eventuales remisiones, por las Comunidades Autónomas, a la Ley estatal.

[654] STSJ Castilla La Mancha 4 octubre 2007 (AS 2007/3217) y SSTJ Galicia 14 mayo 2009 y 27 febrero 2012 (AS 2009/1764 y AS 2012/700).

que los trabajadores asalariados puedan desarrollar, manteniendo un único vínculo, de naturaleza societaria o cooperativa, con la entidad en la que se integran y en la que prestan sus servicios, estando condicionado el acceso como socio trabajador a la participación en el capital social y en las actividades objeto de la cooperativa.

No aparecen vinculados, por tanto, a la normativa laboral (salvo supletoriamente), sino a la legislación cooperativa que, a su vez, remite en la ordenación de las condiciones y términos de prestación de sus servicios (período de prueba, vínculos de duración determinada, régimen disciplinario, jornada, etc.), a las propias normas internas de la cooperativa (Estatutos, Reglamentos de régimen interno, etc.).

El ingreso como socio trabajador en la cooperativa[655] se produce, con carácter general, por tiempo indefinido, aunque excepcionalmente cabe, si existe previsión en los Estatutos, la admisión por tiempo determinado, en un número que no supere la quinta parte de los socios de trabajo indefinidos (art. 13.6); en sentido opuesto, también prevé la Lcoop (art. 17.3) la posibilidad de establecerse, en Estatutos, un compromiso de permanencia del socio, con la consiguiente renuncia a darse de baja voluntariamente, sin justa causa, hasta un máximo de cinco años.

Con respecto a la posibilidad de establecer un período de prueba en el acceso de los socios trabajadores a la cooperativa de trabajo asociado, el art. 81 establece expresamente, en su núm. 1, que: si los Estatutos lo prevén, la admisión, por el Consejo Rector, de un nuevo socio lo será en situación de prueba[656], pudiendo ser reducido o suprimido el período de prueba por mutuo acuerdo (en definitiva, la posibilidad de establecer el período de prueba depende de su inclusión en los Estatutos, mientras que la de reducir su duración o eliminarlo, en caso de figurar en dicha normativa interna, dependerá, en última instancia, del Consejo)[657].

---

[655] No confundir con la figura del socio de trabajo o persona física cuya aportación a la cooperativa (que no puede ser de trabajo asociado ni de explotación comunitaria de la tierra) consiste en la prestación de su trabajo personal.

[656] La figura del "socio a prueba" aparece regulada por primera vez en la legislación Cooperativa española en la Ley 52/1974, de 19 de Diciembre, y en el RD 2710/1978, de 16 de noviembre, en el que se aprueba el reglamento de dicho cuerpo legal.

[657] A. DÍAZ DE LA ROSA: "Régimen Jurídico del socio a prueba en las sociedades cooperativas", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2008, pág. 275, mantiene que para que el candidato a socio pase por el período de prueba se requiere, en primer lugar, su previsión estatutaria y, en segundo lugar, que lo considere oportuno el Consejo Rector, de manera que la previsión estatutaria del

Como indica DÍAZ DE LA ROSA, la finalidad que se persigue con este período de prueba en el Derecho Cooperativo es comprobar la idoneidad del probado para ingresar o formar parte de la "Empresa Cooperativa", finalidad que, al hilo de las peculiaridades propias de las referidas sociedades, presenta dos aspectos o facetas: por un lado (y al igual que sucede en el período de prueba laboral), se trata de comprobar la capacidad o aptitud del probado para desempeñar el puesto de trabajo que le corresponde en el seno de la Sociedad Cooperativa de que se trate; pero por otro, se trata de averiguar si el probado asume los principios y los intereses propios del ente societario del que pasa a ser parte; esto es, principios o valores cooperativos[658].

Con respecto a su duración máxima, el núm. 2 concreta que no excederá de seis meses y que será fijado por el Consejo Rector, si bien contempla la posibilidad de alargamiento hasta un período de dieciocho meses, cuando se trate de puestos (en número no superior al 20% del total de socios trabajadores) cuyo desempeño exija especiales condiciones profesionales y sea así fijado por el Consejo Rector (salvo atribución estatutaria de esta facultad a la Asamblea General).

En cuanto a la posible limitación, durante el período de prueba, de los derechos y obligaciones de los nuevos socios, la Lcoop se limita a afirmar (80.3) con carácter general, que éstos disfrutarán de los mismos que el resto de socios trabajadores, añadiendo, no obstante, una serie de singularidades coherentes con el régimen provisional en el que expresamente habrían sido contratados:

a) Podrán resolver la relación por libre decisión unilateral, facultad que también se reconoce al Consejo Rector.

b) No podrán ser elegidos para los cargos de los órganos de la sociedad.

c) No podrán votar, en la Asamblea General, punto alguno que les afecte personal y directamente.

---

período de prueba no obliga al Consejo Rector al sometimiento del socio a dicha prueba si no lo considera necesario.

[658] *Ibidem*, pág. 275 y ss. Para esta autora, "atendiendo a dichos fines, y a pesar de que el art. 81 no establece nada al respecto,… carecerá de sentido el período probatorio en aquellos casos en los que la Cooperativa sea conocedora de la competencia del candidato, porque éste haya prestado trabajo para la misma durante un período de tiempo igual al que se exige para la prueba".

d) No estarán obligados ni facultados para hacer aportaciones al capital social ni para desembolsar la cuota de ingreso.

e) No les alcanzará la imputación de pérdidas que se produzcan en la cooperativa durante el período de prueba, ni tendrán derecho al retorno cooperativo.

Como especificidad adicional, el art. 80.8 Lcoop establece, en materia de prueba, una mejora con respecto al régimen señalado, para determinados trabajadores que hayan mantenido con la cooperativa un previo vínculo asalariado, a quienes se exime de la fase de prueba; en efecto, se indica en el precepto citado que " en las cooperativas reguladas en este artículo que rebasen el límite de trabajo asalariado establecido en el número 7 (30%), el trabajador con contrato de trabajo por tiempo indefinido y con más de dos años de antigüedad, deberá ser admitido como socio trabajador si lo solicita en los seis meses siguientes desde que pudo ejercitar tal derecho, sin necesidad de superar el período de prueba cooperativa y reúne los demás requisitos estatutarios".

H. TRABAJADORES SUJETOS A PACTOS DE PERMANENCIA O NO COMPETENCIA

Decidido en tiempo hábil el desistimiento por cualquiera de los contratantes, la relación laboral se extingue, y las partes dejan de estar vinculadas por el haz de derechos y obligaciones que durante el transcurso de la prueba, y hasta el cese, generaba el propio contrato de trabajo.

Como se ha indicado (a excepción de una -nada usual- cláusula indemnizatoria prevista en el contrato de trabajo o en el convenio), la resolución no incluye derecho indemnizatorio alguno a modo de compensación por la ruptura del vínculo, no teniéndose en cuenta, en este ámbito, la mayor o menor duración que, hasta entonces haya tenido el vínculo recién quebrado[659].

No obstante, sí pueden mantenerse ciertos efectos tras la extinción, perfectamente lícita, del contrato de trabajo durante la fase de prueba: aquellos que, precisamente, adquieren un contenido obligacional *ad hoc* al expirar el vínculo contractual, tal y como ocurre

[659] La mayor objeción a los contratos de trabajo sometidos a largos períodos de prueba (en virtud de habilitaciones convencionales extensas, y en ocasiones, incluso *ex lege*, como sucede con el contrato de emprendedores) es que a su finalización no percibe el trabajador cantidad indemnizatoria alguna, siquiera asimilada a la que se aplica las relaciones temporales por tiempo determinado.

con los denominados pactos de permanencia, en el supuesto de incumplimiento, y con los pactos de no concurrencia postcontractual.

Como señala DE VAL TENA[660], la libertad de dimisión del trabajador, durante el período de prueba, únicamente vendría limitada por la existencia de un pacto de permanencia en la empresa[661], tras la especialización profesional recibida a cargo de ésta, pues de admitirse también en este supuesto, "podría llegarse a situaciones inequitativas, como sería el caso de que el trabajador, al tiempo de la finalización del período de prueba y adquirida la especialización profesional para poner en marcha proyectos determinados o realizar trabajos específicos, desistiese de aquella, lo que a su vez produciría la contradicción de la finalidad global que presidió la contratación: la permanencia del trabajador en la empresa"[662]. Lógicamente –sigue diciendo-, 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 la responsabilidad del trabajador conduciría al absurdo: una empresa satisface los gastos de especialización de un trabajador y luego éste aprovecha los nuevos conocimientos.

Pese a la solvencia del razonamiento, entiendo que deben tenerse en cuenta otros puntos de vista; en efecto, puede darse la circunstancia de que el motivo del desistimiento no sea ese aprovechamiento "interesado" de la especialización conseguida, sino, realmente, el resultado negativo de la experimentación, el cual puede venir determinado por diversas circunstancias, entre las que no puede descartarse, por ejemplo, las condiciones personales del empresario, el entorno o clima de trabajo, o cualquier inconveniente en la prestación de servicios (horario, lugar del centro de trabajo…) etc., que determinen la conveniencia de no consolidar la relación laboral a prueba, extremo éste que quizás no se detectó de manera inmediata, sino a lo largo del transcurso del período de prueba que, precisamente, se establece con esta finalidad. Fuera de ello, claro está, pueden

[660] A. L. de VAL TENA: *Pacto de prueba…*, pág. 159.

[661] Los requisitos del mismo, recuerda M. DIAZ DE RÁBAGO VILLAR: "Pretensiones indemnizatorias de daños y perjuicios por los empresarios frente a sus trabajadores", *Aranzadi Social* núm. 21/2008, Edición digital (BIB. 2008/3092), son: a) por escrito; b) que el trabajador reciba una especialización profesional para poner en marcha unos proyectos determinados o realizar un trabajo específico (no vale la formación ordinaria exigible por el propio contrato); c) que la costee el empresario; d) que la permanencia no exceda de dos años; e) que haya proporción entre la formación que recibe el trabajador y el sacrificio que le supone limitar su libertad de trabajo.

[662] G. BARREIRO GONZÁLEZ: "El período de prueba", cit., pág. 77.

darse supuestos en los que la actuación "dolosa" del empleado sea fácilmente perceptible (pensemos en el desistimiento de un período de prueba de un año en los días previos a su cumplimiento), lo que, a mi juicio sí permitiría al empresario reclamar los daños y perjuicios, acreditando, en el proceso pertinente, la realidad de los mismos (básicamente el coste de la especialización del trabajador) y la inexistencia de circunstancias "objetivas" para el abandono del trabajador; este último, lógicamente, podrá oponer los motivos que justificaron su desistimiento.

Siguiendo con este razonamiento, si ante un desistimiento del empleado basado realmente en la insatisfacción del resultado de la prueba, se le obliga a indemnizar al empresario en la cuantía representada por la especialización recibida, se estaría eliminando su verdadero derecho a desistir de una relación laboral inconveniente; o lo que es lo mismo, al establecer un pacto de permanencia, se estaría circunscribiendo, únicamente en la persona del empresario, la facultad de desistimiento *ad nutum*.

Con todo, es ciertamente extraño que el empleador haga coincidir, en un mismo contrato, un pacto de permanencia y otro de prueba, habiendo declarado el Tribunal Supremo, en STS 14 febrero 1991 (RJ 1991/837)[663], que si ello sucede, el segundo no puede tener efecto alguno, pues la especialización profesional resulta patente cuando quien dirige la actividad reconoce formación específica al trabajador para desarrollar un proyecto concreto. En el supuesto analizado, se trataba de un trabajador, piloto de líneas aéreas, que suscribió contrato de trabajo por tiempo indefinido, con período de prueba de seis meses y compromiso de permanencia por dos años supeditado a la realización, por el empleado, de dos costosos cursos de formación a cargo de la empresa. Una vez realizados éstos, y antes de transcurrir los seis meses de la prueba, el trabajador desiste del contrato de trabajo, al tiempo que comienza a prestar sus servicios para otra aerolínea. En esta tesitura la empresa consigue, en la instancia, la devolución, por el actor, del importe económico de ambos cursos, en aplicación del pacto de no concurrencia, no consiguiendo, sin embargo, indemnización por incumplimiento del preaviso de cese, al entender el Juez social que el desistimiento puede producirse libremente, dentro del período probatorio, sin necesidad de preaviso alguno, negando efectividad al pacto de permanencia. Recurrida por ambas partes, el TS da la razón a la

[663] Dictada en recurso de casación por infracción de ley. En el mismo sentido, STSJ Valencia 18 mayo 2000 (AS 2000/1949) y STSJ Islas Canarias 25 octubre 2003 (AS 2003/2390).

empresa, condenando al trabajador a indemnizarla, adicionalmente, por falta de preaviso, en la cantidad de 430.167 pts. Para ello, razona el Alto Tribunal que la cláusula del pacto de permanencia durante dos años, inserto en un mismo contrato, en el que a la vez se especifica el carácter indefinido del mismo y se concierta un período de prueba de seis meses ha dejado sin efecto este último, establecido para el supuesto de que tal especialización no se produjera; conduciría al absurdo pensar que una empresa satisfaga los gastos de especialización de un trabajador, para que éste aproveche los nuevos conocimientos para ingresar inmediatamente sin sujeción al tiempo pactado y sin responsabilidad, en otra compañía del mismo sector.

Pese a la contundencia de la anterior resolución, no es pacífica la cuestión[664] entre los órganos de suplicación[665], encontrando, al respecto, pronunciamientos recientes en los que se admite la perfecta compatibilidad entre el pacto de permanencia y el período de prueba[666], insertos ambos en el mismo contrato de trabajo. Así, por citar sólo dos ejemplos:

---

[664] Para A.V. SEMPERE NAVARRO: "Panorama de actualidad", *Aranzadi Social*, núm. 7/2009, Edición digital, BIB. 2009/725, el pacto de permanencia en la empresa cede (no obliga) cuando se ha superpuesto un período de prueba; mientras discurre el segundo, el trabajador es libre de desistir, sin que haya de afrontar las consecuencias propias del compromiso de no hacerlo (que sólo despliega plenos efectos una vez terminado el período de prueba).

[665] A ello ha contribuido el hecho de que el Tribunal Supremo ha restringido el acceso a la casación para la unificación de doctrina en asuntos en los que podría haberse aclarado la vigencia o no del viejo principio de incompatibilidad acuñado en la Sentencia del año 1991 antes comentada. Así ha sucedido en ATS16 julio 2009 (JUR 2009/416128): la sentencia recurrida -de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de septiembre de 2008- estima el recurso interpuesto por la demandada frente a la sentencia de instancia, que había estimado la demanda planteada en impugnación de despido, declarando la improcedencia del mismo, siendo elementos fácticos a contemplar que la demandante había venido prestando sus servicios para la empresa en virtud de un contrato de trabajo indefinido a tiempo completo en cuya cláusula tercera se pactó un periodo de prueba de seis meses, mientras que en anexo de condiciones especiales se acordó que la actora se comprometía a permanecer en la empresa durante el plazo de un año. La empresa comunicó por escrito a la trabajadora, con efectos del 26-10-2007, la extinción del contrato de trabajo por no superar el periodo de prueba. La Sala sostiene que el pacto de permanencia y el período de prueba concertados contractualmente son compatibles y válidos, sin que uno pueda excluir al otro. Recurre en casación unificadora seleccionando, precisamente, como sentencia de contraste, la STS 14 febrero 1991, con respecto a la que el TS estima no existir contradicción.

[666] Los Manuales prácticos, no obstante, suelen mantener la regla de la incompatibilidad. Véase, por ejemplo, *Practicum Social* 2014, Ed. Lex Nova, pág. 277, en el que se afirma que "si el contrato prevé, con carácter sucesivo, un pacto de permanencia y otro de prueba, el segundo no puede tener efecto alguno, pues la especialización profesional resulta patente cuando quien dirige la actividad reconoce formación específica al trabajador para desarrollar un proyecto concreto", con cita de STS 14-2-91, RJ 1991/837 y STSJ Valencia 18-5-00, AS 2000/1949. Igualmente, en Estatuto de los Trabajadores, Comentado y con Jurisprudencia, La Ley, 2005, se advierte, en el comentario al art. 14 ET (Pág. 239) que "en el caso de que se hubiera pactado un pacto de permanencia, el trabajador vendrá obligado a cumplirlo,

- La STSJ Cataluña 19 septiembre 2009 (JUR 2010/41110) responde directamente a la cuestión de determinar si un pacto de permanencia hace ineficaz el período de prueba establecido en el contrato[667], llegando a la conclusión de que no. Considera la Sala catalana que tanto el período de prueba como el plazo de permanencia son cláusulas optativas a consignar en el contrato de trabajo y atienden a cuestiones totalmente distintas y que, por tanto, no puede influir una en la otra; así el período de prueba está establecido en la ley para velar por los derechos del empresario para que en el plazo consignado, siendo el convencional o legal, si el trabajador no demuestra su aptitud necesaria, puede rescindir el contrato de trabajo sin consecuencia alguna. Mientras que el pacto de permanencia se consigna en el contrato como obligación del trabajador en cuanto durante el mismo no puede rescindir su contrato de trabajo sin causa justificada o preaviso, porque de hacerlo dará lugar a la correspondiente indemnización para la empresa que lo estableció con el objeto de preservar sus derechos y evitar una competencia ilícita del trabajador. Un pacto no anula al otro porque ambos son válidos. La empresa, haciendo uso de su ius variandi puede optar por exigir la permanencia del trabajador en la empresa como medio para recuperar la inversión realizada en su formación y que la misma no pueda ser disfrutada por otra empresa del sector, o puede decidir no interesarle seguir adelante con una formación que se revela como ineficaz y acordar la extinción contractual por no superación del período de prueba.

- La STSJ Andalucía / Sevilla 26 octubre 2010 (JUR 2011/22644), de la misma forma, afirma que debe[668] mantener la compatibilidad entre el período de prueba pactado en el contrato de trabajo y el pacto de permanencia en la empresa.

---

aún cuando también se hubiera pactado un período de prueba, que necesariamente deviene ineficaz por el pacto de permanencia".

[667] El supuesto de hecho es sencillo: la actora es contratada como delegada de oficina en 30-04-2007, mediante contrato indefinido en el que se pacta un período de prueba de seis meses, incorporándose un anexo de condiciones especiales por las que aquella se comprometía a permanecer en la empresa durante el plazo de un año, viendo resuelta su relación laboral por desistimiento empresarial de fecha 26-10-2007, esto es, justo 4 días antes de expirar el pacto de prueba. La trabajadora demanda por despido improcedente, al entender que el pacto de prueba devino nulo o ineficaz al establecerse en el contrato un pacto de permanencia, pretensión que estimó el Juzgado de lo Social.

[668] Obligación de mantener esta postura que dice derivar de un hecho (la modificación de su doctrina anterior por la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2.009, dictada en el recurso de

Con respecto a los pactos de no competencia postcontractual[669], la postura del Tribunal Supremo se presenta más clara. Y así, cuando las partes estipularon, a la firma del contrato de trabajo, un pacto de no competencia para después de extinguido el mismo (art. 21.2 ET), nuestra Jurisprudencia ha declarado que el ejercicio de la facultad de desistimiento durante la fase de prueba no enerva la efectividad de aquel, manteniendo las partes su derecho a la compensación económica que en el mismo se hubiera fijado, conclusión válida tanto en supuestos de desistimiento empresarial como de ejercicio de la facultad extintiva por parte del trabajador (STS 6 febrero 2009, RJ 2009/621[670]; STS 14 mayo 2009, RJ 2009/3001; STS 23 noviembre 2009, RJ 2009/7761).

Fundamenta el Alto Tribunal su postura (que reproduce aspectos de lo manifestado en ocasiones anteriores en relación con los efectos del desistimiento superada la fase de prueba[671]), en que "la condición resolutoria implícita en el período de prueba hace referencia únicamente a la posibilidad de resolverlo mientras transcurre dicho período por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, pero no afecta a la eficacia jurídica de los pactos establecidos para surtir efectos después de extinguido el contrato como ocurre con el pacto de no competencia postcontractual. 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

---

casación para la unificación de doctrina nº 665/08), que entiendo no es correcto, pues la citada sentencia hace referencia al pacto de no competencia postcontractual, y no al pacto de permanencia.

669 La STS 5 abril 2004 (RJ 2004/3437), recuerda que estos pactos, requieren para su validez y licitud, aparte de su limitación en el tiempo, la concurrencia de dos requisitos, por un lado, que se justifique un interés comercial o industrial por el empresario, por otro que se establezca una compensación económica; existe por tanto un doble interés: para el empleador la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas; para el trabajador asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo; estamos, pues, ante obligaciones bilaterales, recíprocas, cuyo cumplimiento por imperativo del art. 1256 del CC no puede quedar al arbitrio de sólo una de las partes...». No hay que olvidar, en relación con esta cuestión que el pacto de no competencia genera por el trabajador no solo la expectativa de una indemnización, sino la necesidad de prepararse para una futura o futurible actividad nueva con nuevas expectativas que pueden quedar frustradas por una decisión unilateral como la producida.

670 Sentencia comentada por D. REDONDO VALDEÓN y otros: "Pacto de no competencia postcontractual [Crónicas TS (Sala 4ª) año 2008-2009], en *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi, 2009, Edición digital, BIB. 2009/8434.

671 STS 5 abril 2004 (RJ 2004/3437), comentada por A.V. SEMPERE NAVARRO: "El Tribunal Supremo perfila los pactos de no competencia post-contractual", *Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2009, Ed. Aranzadi, edición digital, BIB. 2009/645.

más cuanto que en este supuesto se pactó la indemnización para el caso de terminación del contrato "cualquiera que sea su causa". Considera, además, el TS, que el pacto invocado genera expectativas tanto para el trabajador (indemnización para compensarle del perjuicio que pueda suponer, tener que dedicarse, después de extinguido el contrato y durante el tiempo pactado, a otra actividad distinta, para la que quizá no esté preparado), como para el empresario (evitar el perjuicio que pueda suponer la utilización por el trabajador de los conocimientos adquiridos en la empresa en una actividad que entra en competencia con aquélla), expectativas que quedarían frustradas si la eficacia del referido pacto dependiese del árbitro de cualquiera de las partes; por lo que, siendo un pacto asumido libremente por los contratantes, en el que no se atisba abuso, despliega plenos efectos[672].

La línea jurisprudencial trazada es seguida por los órganos de suplicación, como evidencia, entre otras la STSJ Madrid 16 septiembre 2013 (AS 2013/3223), en un supuesto en que el trabajador fue contratado por una empresa de consultoría, con fecha 18-10-2010, incorporando el documento contractual un pacto de no concurrencia durante los seis meses siguientes a la resolución del contrato, cuya compensación venía representada por la cantidad de 6000 € que el trabajador habría de percibir en doce pagos de 500 €, durante los doce primeros meses de la relación recién instituida. Con fecha 29-11-2010, la empresa comunica al empleado el desistimiento por no haber superado el período de prueba, no abonando cantidad alguna por tal concepto. Pasados los seis meses, el trabajador reclama a la empresa la citada cantidad, alegando haber cumplido el pacto y, por tanto, no haber realizado actividad profesional concurrente. Negado el pago por la empresa, su petición se atiende por la Sala, que entiende que "aunque la relación laboral que medió entre las partes se extinguiera por no haber superado el actor el período de prueba, es dato acreditado e incuestionable que el

[672] En la STS 6 febrero 2009 (RJ 2009/621), el demandante prestaba servicios para la empresa como Jefe de Proyectos, habiendo pactado ambas partes una cláusula de competencia postcontractual que especificaba que durante el período de doce meses posteriores a la fecha de extinción no sería el actor contratado en competencia directa o indirecta con la compañía, reconociéndosele a cambio una indemnización del 60% de su retribución anual. El trabajador fue despedido alegando la empresa que no había superado el periodo de prueba, no abonándosele cantidad alguna en dicha compensación; estimada solo en parte su demanda, acude a la Sala del TSJ, quien completa su petición, reconociendo su derecho a la compensación por el pacto de no competencia postcontractual, al entender que éste es un negocio jurídico bilateral que, siempre que respete los presupuestos legales mínimos previstos en el artículo 21.2 ET, comporta recíprocos derechos y obligaciones para quienes lo firmaron, sin que a su validez nada influya que la resolución contractual se acuerde durante el período de prueba, que en este caso se prolongó más de cinco meses y medio.

controvertido pacto debería de tener eficacia durante seis meses una vez se produjera dicha extinción, sea cual fuere la causa de la misma, retribuyéndose este compromiso con el pago al actor de 6.000 euros abonables en doce mensualidades bajo el concepto de "compensación no concurrencia, lo que evidencia que, sea cual fuere la causa extintiva, el trabajador estaba inexorablemente obligado a no realizar actividad alguna competitiva durante el plazo pactado desde la finalización del contrato, verdadera razón de ser del pacto que regula el art. 21.2 del ET, siendo irrelevante el modo de pago de la misma, sea de una vez o en forma periódica[673].

Al margen de estos pactos, el Tribunal Supremo también ha confirmado el derecho del trabajador a percibir proporcionalmente al tiempo de servicios prestados, una prima económica cuyo devengo queda sujeto al cumplimiento de una condición que se produce con posterioridad al desistimiento (STS 9 diciembre 2010, RJ 2011/43)[674]. En este caso, el Alto Tribunal considera que "el devengar un concepto salarial -la prima pactada lo es- en función del tiempo de prestación de los servicios es regla general que impide el enriquecimiento injusto que supondría el percibo del importe total cualquiera que fuera el tiempo de prestación, ciñéndose al citado período de prestación efectiva, aún en fase de prueba, como parámetro para calcular el montante económico de un concepto cuyo devengo definitivo se produce en un momento posterior al propio desistimiento del contrato.

Y en el mismo sentido se había pronunciado STS 15 febrero 1990 (RJ 1991091), en un supuesto en que el trabajador cesado durante el período de prueba de tres meses pactado, pretendía hacer efectiva una cantidad correspondiente a incentivos pactados en documento contractual (5% sobre la superación de la cuota asignada), en función de lo facturado durante la vigencia del contrato, petición que en la instancia se le había denegado (según la cual, "la situación a prueba excluía el deber de abono de los incentivos") y que el Alto Tribunal considera, en cambio, legítima (aunque difiera en su cuantificación) en la medida en que las cláusulas contractuales no efectúan ninguna exclusión de la fase inicial del contrato, por lo que, de acuerdo al art. 1281 CCivil, no cabría admitir para la fase de prueba un régimen distinto al del resto de fases del

[673] Como el trabajador se atuvo a lo pactado, el Tribunal condena a la mercantil demandada a abonarle la diferencia habida entre la indemnización convenida y la cantidad abonada, 716,66 euros (5.283,34 euros).

[674] VV. AA.: "Comentarios al Estatuto de los Trabajadores" (Bibl. cit.), pág. 206.

contrato. En la base del razonamiento se encuentra el mandato del art. 14 ET, en virtud del cual «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», precepto que no debe ser interpretado en el sentido de prohibir acuerdos o cláusulas específicas para el período de prueba pero que sí expresa, sin duda, el propósito del legislador de que en esta fase de la relación de trabajo, salvo pacto en contrario, exista el mismo régimen retributivo que en el desarrollo posterior de la misma.

I. A MODO DE CONCLUSIÓN

Podemos afirmar, seguramente, que las peculiaridades que en cada relación especial muestra el período de prueba no han determinado ni influido en la propia configuración de dichas relaciones, no siendo tampoco protagonista o identitario de cada relación especial el modo en que aparece en ella configurado tal pacto de prueba. No obstante, sí existen diferencias reseñables, unas más justificadas que otras, que merece la pena haber destacado. Y así, como pinceladas de lo dicho, podemos concluir:

a) La integración de los vínculos laboral y representativo del empresario, que se produce en la relación especial de Alta Dirección, de máxima confianza, confiere a ésta tintes propios que se observan, entre otras facetas, en la configuración de su período de prueba, al permitirse a la autonomía de los contratantes (no a la colectiva, por motivos obvios) una ampliación notable de su tope temporal (hasta nueve meses), siendo aspecto muy discutido si el establecimiento del mismo es posible en contratos de naturaleza temporal, o sólo indefinida.

b) Las singularidades que ofrece el entorno familiar en el que se desarrolla la prestación de servicios especial de los Empleados de hogar, cuyo objeto es ajeno a cualquier fin productivo y cuyo vínculo con el empresario precisa de la máxima confianza, perfilan las notas básicas del período de prueba, centradas en la posibilidad de su fijación, por escrito (en la anterior legislación, se presumía existente), y con límite de duración de dos meses, durante los cual se exige, en caso de desistimiento, un preaviso mínimo de siete días, al que han de ajustarse empleador y trabajador doméstico.

c) En cuanto al trabajo desarrollado por el colectivo Preso en centros penitenciarios (relación laboral en la que no aparece la nota de voluntariedad en el empleado y

en la que el propio desarrollo de un trabajo viene "aconsejado" por finalidades no sólo laborales), tanto la norma especial como el Reglamento Penitenciario guardan silencio en materia de prueba, no permitiéndose acudir, supletoriamente, al ET (al no existir remisión expresa en la materia), de donde se infiere la imposibilidad de tales pactos, situación que hay quien ha entendido "compensada" por la previa selección que, de los contratados, realiza la Junta de Tratamiento, al atender, entre otros, al criterio de la aptitud laboral del interno.

d) Con respecto a los Deportistas profesionales, se ha cuestionado la propia necesidad del período de prueba que permite la regulación especial, dado el necesario carácter temporal del vínculo contractual y, en un segundo paso, la propia duración, indiferenciada, de tres meses, cuya amplitud contrasta con la generalidad de contrataciones de escasa duración, permitiendo así una utilización abusiva de una institución que, en este ámbito, debiera limitarse a comprobar el estado físico del deportista, algo que no requiere de mucho tiempo; quizás por ello, y gracias al papel protagonista que adquiere el Convenio colectivo por remisión expresa de la norma especial, se ha reducido en la negociación colectiva, con creces, la citada duración máxima.

e) En cuanto a los Artistas en espectáculos públicos, su normativa especial ha optado por importar, en bloque, la regulación estatutaria del período de prueba, ante la diversidad de situaciones que pueden darse en los distintos sectores artísticos, limitándose a fijar reglas de exclusión (para contratos inferiores a diez días) y definir, por tramos, en función de la duración del contrato, los tiempos máximos, desde los 5 días previstos para contratos de duración no superior a dos meses, hasta los 10 días para los que no excedan de seis meses o los 15 días, finalmente, para los restantes, detalle que, aunque en principio parecería excluir su alterabilidad por parte de la autonomía colectiva, no ha impedido su incremento en algunos convenios.

f) Para los Representantes de comercio que integran la relación especial del personal que interviene en operaciones mercantiles de empresarios sin asunción de su riesgo y ventura, la normativa especial se remite completamente a la común, no sólo en cuanto a su duración, sino en cualquiera de sus aspectos, pudiendo afirmar, pues, en este caso, la ausencia total de singularidades.

g) En el caso de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo, al añadirse a la laboral, otras finalidades específicas, como la integración social del trabajador discapacitado, su capacitación o el fomento de su contratación, el período de prueba/adaptación, adquiere un papel muy relevante, destacando, en su regulación, la posibilidad (que no imposición) de su establecimiento, con duración sujeta al límite que marquen los convenios colectivos, en cuyo defecto no se superarán los seis meses, y cuya necesidad precisará la determinación por parte del correspondiente equipo multiprofesional, auténtico tercero en esta relación especial sin cuyo concurso no podrá establecerse período de prueba distinto al establecido por el ET, como, de hecho, han reiterado los múltiples pronunciamientos judiciales que, resolviendo asuntos de despido, confieren carácter esencial e insubsanable a dicha autorización.

h) Con respecto al servicio portuario de Manipulación de mercancías, no establece la normativa especial ninguna referencia al período de prueba, ni de forma directa, ni por remisión, limitándose a establecer la contratación de este personal laboral especial por el órgano de gobierno de la SAGEP, que potenciará su formación continua y garantizará su profesionalidad, a través de la acreditación de la cualificación exigida. Puede considerarse, así, que, tanto por la falta de remisión explícita a las normas laborales generales, como por el peculiar régimen de prestación del servicio, en el que han de acreditarse titulación previa y superación de exhaustivas pruebas de aptitud psicofísicas (completadas por la previsión de las normas colectivas -IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales del sector de la estiba portuaria), no cabría pactar, en estos contratos, un período de prueba.

i) Ausencia de especialidades que también concurre en la relación de Residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud, que, de forma expresa, prohíbe someter a período alguno de prueba el contrato del residente, decisión que podemos contextualizar atendiendo, por una parte, al carácter estrictamente temporal del vínculo; por otra, al carácter parcialmente formativo de este contrato (es difícil valorar la capacidad de quien, precisamente, está en proceso de adquisición de los conocimientos y habilidades necesarias para su desarrollo); y, finalmente, a la existencia de una evaluación continua y final de este contrato que permite excluir de la obtención del título de especialista a quien no acredite su

plena capacidad, amén de la exigencia de examen médico previo a la formalización del propio contrato.

j) En cuanto al colectivo de Abogados contratados en despachos profesionales, individuales o colectivos, la existencia declarara de una relación triangular entre titular del despacho, cliente y abogado, con aplicación, además de las laborales, de normas estatutarias, éticas y deontológicas, no son elementos suficientes para alterar, de manera relevante, el esquema común del período de prueba, limitándose, así, la regulación especial al establecimiento, siempre en defecto de convenio colectivo (que habrá de ser, eso sí, específico), de una duración máxima de seis meses para los contratos indefinidos (en clara sintonía con el período máximo estatutario para los titulados superiores) y dos meses para los temporales, con la singularidad, en este último caso, de que no podrán coincidir en duración el contrato de trabajo y el período de prueba que se introduzca en el mismo; a lo que se añade la remisión que, con respecto al contrato del abogado en prácticas, realiza la norma especial al régimen estatutario previsto para el contrato de trabajo en prácticas general.

k) Con respecto a los empleados públicos en general, la singularidad en la figura del empleador, una Administración Pública, cuyos intereses no pueden ser los propios de la iniciativa empresarial privada, no elimina, sin embargo, la facultad prevista en el art. 14 de someter a prueba al personal que contrate laboralmente, si bien dicho prerrogativa, cuestionable cuando los trabajadores han superado un proceso selectivo previo (normalmente aparejado a contrataciones indefinidas o duraderas), debe ejercitarse en el contexto que determinan las propias bases de la Convocatoria selectiva, a la que ha de atender, pues deben quedar garantizados los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad propios de la integración en el empleo público; por su parte, las facultades de desistimiento deben evitar cualquier arbitrariedad, negándose la intervención, en esta decisión, del Tribunal calificador.

l) En cuanto al Personal civil no funcionario en establecimientos militares, las diferencias que se observan en su régimen jurídico respecto del contenido en el art. 14 ET (constitución *ex lege* del período de prueba, elevación de la duración del mismo para las categorías profesionales de menor cualificación, interrupción automática en supuestos de incapacidad temporal, expresa mención de la

innecesariedad de fundamentación del acto resolutorio, así como la expresa declaración de inexigencia de preaviso ni indemnización), parecen responder a la necesidad de garantizar en mayor medida el interés del empleador en la elección del trabajador adecuado, teniendo en cuenta la debida salvaguarda de los intereses de la defensa nacional a que debe responder la regulación de esta relación, en interpretación que ha acogido la Jurisprudencia, pero que la Doctrina mayoritaria no comparte, negando la necesidad de esta relación especial.

m) Los socios trabajadores de cooperativas pueden ingresar "a prueba" en la cooperativa si así se recoge en los Estatutos y se acuerda por el Consejo Rector, manteniendo durante esta fase una situación de provisionalidad coherente con la no adquisición inmediata de la condición de socio (en relación a las aportaciones del capital social, participación en los órganos de gobierno, etc.).

n) Finalmente, en cuanto a los efectos de cláusulas contenidas en el contrato de trabajo, posteriores al desistimiento mismo durante el período de prueba, la Jurisprudencia ha atendido, fundamentalmente a los denominados pactos de permanencia y pactos de no competencia postcontractual.

Con respecto a los pactos de permanencia, existe doctrina unificada que, en caso de concurrencia de pacto de permanencia y pacto de prueba en el mismo contrato, afirma la ineficacia del segundo, basándose en que la especialización profesional resulta patente cuando quien dirige la actividad reconoce formación específica al trabajador para desarrollar un proyecto concreto, si bien, el tiempo transcurrido desde que se fijó aquella postura (1991), y la existencia de pronunciamientos diversos en los órganos de suplicación (que admiten la perfecta compatibilidad entre el pacto de permanencia y el período de prueba, insertos ambos en el mismo contrato de trabajo), no permiten adoptar una postura certera; con todo, de admitirse la ineficacia del pacto de prueba por la mera inclusión simultánea de un pacto de permanencia en el mismo contrato (aun convenientemente remunerado), la postura del trabajador quedaría muy debilitada, al privársele (a él únicamente) de la facultad resolutoria *ad nutum*, aunque la misma se basara en una auténtica experiencia negativa de la prueba. Entiendo, por ello, que las disfunciones debieran resolverse en el marco de la teoría del abuso de derecho.

Menos dudas existen en cuanto a los pactos de no competencia o concurrencia postcontractual, con respecto a los que la Jurisprudencia ha mantenido que la condición resolutoria implícita en el período de prueba hace referencia únicamente a la posibilidad de resolverlo mientras transcurre dicho período por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, pero no afecta a la eficacia jurídica de los pactos establecidos para surtir efectos después de extinguido el contrato, pues, de lo contrario, sus expectativas quedarían frustradas haciendo depender la eficacia del referido pacto de cualquiera de las partes.

En cuanto a la posibilidad de percibir, tras el cese durante la prueba, conceptos salariales como primas o bonus, cuyo devengo queda sujeto al cumplimiento de condición que se produce tras el desistimiento, la Jurisprudencia ha admitido el derecho del trabajador al cobro, proporcional al tiempo de servicios, y en evitación de enriquecimiento injusto de ambas partes, al considerar que si las cláusulas contractuales no efectúan ninguna exclusión de la fase inicial del contrato, serán válidas y producirán plenos efectos, no cabiendo aceptar con respecto a la fase de prueba, ex. art. 1281 CCivil, un régimen distinto al del resto de fases del contrato, menos aún cuando el propósito del legislador social es que en esta fase de la relación de trabajo exista el mismo régimen retributivo que en el desarrollo posterior de la misma, al confirmar el mantenimiento de los mismos derechos y obligaciones de las partes, a excepción de las garantías extintivas del despido.

IV. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

1. EL VECTOR TEMPORAL

A. MOMENTO HÁBIL PARA EL DESISTIMIENTO: DURANTE EL TRANSCURSO DEL PERÍODO DE PRUEBA

Con reiteración deliberada, señala el art. 14 ET, en sus números 2 y 3, que el singular desistimiento del contrato que la norma instituye, únicamente podrá ejercitarse "durante" el transcurso del período de prueba que se haya establecido (esto es, desde el mismo comienzo del contrato y hasta que el período de prueba mantenga su vigencia), y ello porque el que se intentase una vez "transcurrido" el mismo, no tendría efecto alguno, al haber adquirido el vínculo contractual los efectos plenos de cualquier contrato ordinario, entre ellos la asunción del régimen extintivo causal, con sus requisitos materiales y formales propios, régimen de garantías que viene "estrenar" el trabajador en el mismo instante en que finaliza el período de prueba que fijaron las partes.

Aunque es lógico pensar que el deber de experimentar el objeto del contrato precisará de un tiempo, más o menos prolongado según la ocupación, para verificar si concurren en el trabajador las cualidades buscadas[675], ninguna norma viene a impedir que la facultad extintiva se ejercite en el inicio del contrato, apenas comenzada la prestación laboral[676], y ello porque en determinadas circunstancias, el empresario podrá comprobar actitudes o percibir condiciones negativas en la persona contratada que, desde el punto de vista subjetivo de quien se ha de obligar como empresario, no precisen de un mayor período de verificación[677].

---

[675] Lo que incluso podría justificar el establecimiento de un tiempo "mínimo" en el propio período de prueba durante el cual la facultad extintiva permanecería aletargada o inactiva hasta el momento en que las partes hubieran considerado factible que el empresario pudiera valorar, con el criterio que otorga un período mínimo de experimentación, la capacidad y cualidades del trabajador contratado.

[676] Citar, como curiosidad, la STS 10 febrero 1987 (RJ 1987/824), en la que el TS vino a "explicar" a quien entendía que no procedía el desistimiento sino hasta que se hubiese agotado el período de prueba en su integridad, que, muy al contrario, el citado período de prueba no era garantía de que ha de transcurrir el tiempo pactado para poder rescindir el contrato, sino que lo que explícitamente se señala en el ET es que "durante su transcurso" podrá producirse la resolución del contrato a instancia de cualquiera de las partes, sin necesidad de motivación, de manera que el desistimiento podrá producirse en cualquier momento mientras el período está transcurriendo, "antes de la superación del plazo".

[677] En cualquier caso, cuanto menor sea el tiempo transcurrido desde el inicio del contrato y la decisión empresarial de desistir del mismo, más "inservible" se demostrará la previsión legal del art. 14.1, párrafo 3º, según la cual, "el empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba".

En este sentido, son varios los ejemplos que demuestran como nuestra jurisprudencia ha validado desistimientos empresariales producidos apenas comenzada la prestación laboral por el trabajador, sin tiempo material para conocer mínimamente sus habilidades y capacidad de adaptación al puesto. Entre los que más comentarios[678] ha suscitado, el que refleja la STS 3 octubre 2008 (RJ 200/9116), cuya cuestión litigiosa se concretó en determinar si era "válida y eficaz la decisión del empleador de extinguir el contrato de trabajo fijo de obra en la construcción, celebrado el día 10 de julio de 2006, en el que se pactó un período de prueba de quince días, habiendo causado el trabajador baja por incapacidad temporal el mismo día en que se inició la relación laboral y aunque solamente había prestado servicios durante un período de tiempo de dos horas. La causa de la incapacidad temporal consistió en el desprendimiento de retina, y el cese, por no superación del período de prueba, se notificó al actor por carta fechada el 20 de julio de 2006, dentro del período de prueba[679]. La respuesta del Alto Tribunal, según el sentido adelantado, fue confirmar la validez del cese, al enmarcarse en la facultad resolutoria implícita a la institución del período de prueba.

Pronunciamiento que tuvo la oportunidad de reiterar en la más reciente, y también comentada[680], STS 12 julio 2012 (RJ 2012/9598), cuyo sustrato fáctico era el de un obrero de la construcción contratado en 16-03-2010, con período de prueba de 15 días (no se pactó interrupción por incapacidad temporal), que el mismo día de inicio de la prestación sufrió un accidente laboral por sobreesfuerzo, cursando la empresa su baja en Seguridad Social al día siguiente, 17-03-2010, dando con ello por extinguida la relación laboral (sin que se apreciase ningún panorama de discriminación o vulneración de derechos fundamentales). Como se ha dicho, el TS confirma la validez del cese, no sólo por haber utilizado correctamente el empresario la facultad extintiva durante el transcurso del período de prueba, sino porque, además, la falta de experimentación del

[678] De manera elocuente A.V. SEMPERE NAVARRO, pone como título a un breve comentario sobre esta sentencia: "Desistir de la prueba sin que ésta exista" (en "Avance de Jurisprudencia Social Unificada, septiembre a diciembre de 2008, *Aranzadi Social*, núm. 21/2008, BIB. 2009/3093).

[679] Con todo, el mayor interés de esta sentencia (como se analiza en otro apartado de este trabajo) es el análisis de la conducta empresarial desde la perspectiva del fraude de ley, abuso de derecho y vulneración de derechos fundamentales, ninguna de las cuales aprecia concurrentes el Alto Tribunal.

[680] Entre otros, M. NAVAS-PAREJO ALONSO: "Desistimiento en período de prueba y accidente de trabajo: la criticable prevalencia de la libertad de empresa en supuestos de incumplimiento de medidas preventivas", *Aranzadi Social*, núm. 2/2013, BIB. 2013/936.

objeto de la prueba no se produjo por causa imputable al empresario, sino por mera imposibilidad material.

Por tanto, siempre que el desistimiento se comunique dentro del marco temporal fijado por el propio período de prueba, lícitamente establecido, la relación laboral quedará extinguida, salvo, claro está, que pueda reputarse contraria a derecho por circunstancias distintas a su propio ejercicio tempestivo.

En efecto, el desistimiento de un contrato que contenga, en su decisión, la vulneración de un derecho fundamental, será ilícita (sancionable de nulidad), con independencia de que el empresario cumpla escrupulosamente su obligación de comunicarla antes de que transcurra el plazo convenido como período de prueba[681]; del mismo modo que será ilícita la comunicación de cese que se produzca dentro de la fase de prueba si la misma se delimitó temporalmente por los contratantes de forma antijurídica, como sucedería, por ejemplo, en el supuesto de que el contrato contuviese una duración del período de prueba superior a la prevista convencionalmente para la categoría profesional del trabajador. En definitiva, el desistimiento acordado durante la fase de prueba será válido desde el punto de vista de su ejercicio en plazo, lo que no significa que la decisión extintiva no merezca tacha de ilegalidad por un motivo diverso.

Por lo demás, comunicado el desistimiento con posterioridad al transcurso del período de prueba, siquiera con mínima demora, nos encontraremos ante un despido improcedente, al carecer de causa además de, en su caso, de la forma correspondiente.

B. AUSENCIA DE PREAVISO

En cuanto a la eventual exigencia de preaviso de la decisión extintiva, la Jurisprudencia se ha mostrado, desde el principio, unánimemente contraria, manteniéndose actualmente en su postura, como se observa en recientes pronunciamientos judiciales, como la STSJ Asturias 27 noviembre 2014 (JUR 2015/22352), para la que la decisión de extinguir durante el periodo de prueba sin necesidad dar explicaciones o de justificar la causa no encuentra otro limite que el de la tutela de los derechos fundamentales del trabajador, o

[681] Porque en este caso, como indica M. A. BALLESTER PASTOR: *El período de prueba* (Bibl. cit.), pág. 63, cuando resulta probado que la extinción durante el período de prueba se ha realizo mediando causa discriminatoria o atentatoria a derechos fundamentales, se produce un "cambio en la naturaleza del acto extintivo", esto es, se "causaliza", no siendo observada ya como una mera "resolución unilateral extrajudicial" (en expresión de STCT 3 mayo 1983, Ar. 3845).

lo que es lo mismo, su validez no queda condicionada a la concesión de un plazo de preaviso como si de un despido se tratara (aplicando doctrina del Tribunal Supremo contenida en STS 12 julio 2012, RJ 2012/9598, mantenida luego en STS 20 enero 2014, RJ 2014/981).

En idéntico sentido, la STSJ Murcia 10 septiembre 2014 (JUR 2015/3028), insistiendo en el concepto de prontitud y "agilidad" con la que ha de poder articularse el desistimiento ("tan pronto como el empresario obtenga la convicción de que el trabajador no reúne las circunstancias necesarias para su puesto de trabajo"), confirma que la decisión empresarial se acometerá "sin necesidad de justificar, en principio, su decisión y sin preaviso alguno". Para el trabajador, por su parte, la inexigencia de preaviso supone una importante diferencia respecto a su facultad de dimisión[682].

Cosa distinta es que el preaviso sea un requisito que las partes se hayan impuesto convencionalmente o mediante el contrato individual, supuesto éste último en el que trabajador y empresario estarán vinculados por dicho pacto, no obstante lo cual, un eventual incumplimiento de aquel no debiera acarrear más que la exigencia de abono de los salarios correspondientes a la parte del preaviso incumplido[683].

La situación más común es que el convenio colectivo contemple la necesidad de preavisar el desistimiento durante el período de prueba (obligación directamente aplicable a la relación individual aunque no constase en el propio contrato) y, ante el incumplimiento empresarial de dicha obligación, la decisión de cese vaya acompañada de una liquidación o finiquito en el que, además de abono de salario y partes proporcionales (vacaciones y pagas extraordinarias, en su caso) se incluya una cantidad compensatoria del plazo de preaviso incumplido.

Con todo, cuando las partes quieran introducir la necesidad de preaviso durante el período de prueba, habrán de explicitarlo de forma clara, y ello porque la introducción

---

[682] La STSJ Comunidad Valenciana 15 febrero 2005 (JUR 2005/131843) recuerda que la comunicación de la decisión extintiva del contrato dentro del período de prueba produce la extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo prevenido en el artículo 14.2 ET, sin necesidad de motivación alguna; no estamos en consecuencia ante la dimisión del trabajador a que se refiere el artículo 49.1.d) del mismo texto legal, que requiere el preaviso correspondiente, sino ante una causa de resolución del contrato que puede ser utilizada por cualquiera de las partes.

[683] No tendría sentido que en el despido por causas objetivas la omisión del preaviso no apareje la improcedencia del cese y sí lo hiciese en el cese durante el período de prueba en el que, además, no se trata de un requisito legal.

de una manifestación genérica según la cual las partes se obligarían a preavisar la extinción contractual, sin mayor especificación, puede no resultar aplicable a la fase de prueba[684].

Una vez establecida, es obvio que la obligación de preaviso vincula a ambas partes, con independencia de su posición económica, de manera que, roto por el trabajador el vínculo laboral *ante tempus*, aun en su fase de prueba, vendrá obligado a compensar al empresario en el importe correspondiente[685].

Debiendo destacarse, por último, que la inclusión del período de preaviso por los contratantes ha de relacionarse necesariamente con lo dispuesto, en su caso, en el convenio colectivo de aplicación, pudiendo surgir problemas de ilicitud en los supuestos en que difieran los plazos de preaviso, y se produzca el desistimiento efectuando un preaviso igual o superior al fijado en el convenio colectivo pero inferior al establecido por las partes en el contrato de trabajo, dudas de legalidad que aún serán mayores si las

---

[684] Es lo sucedido en STSJ Comunidad Valenciana 6 julio 2010 (AS 2011/2014). El actor prestó servicios para una empresa dedicada a la promoción inmobiliaria desde 13-11-2007 hasta 5-03-2008 en que fue cesado por no superar el período de prueba; en anexo al contrato se contenía una cláusula de extinción del contrato a cuyo tenor se establecía que la extinción del contrato, tanto a iniciativa del trabajador como del empresario, debía ir precedida de un plazo de preaviso de 180 días, y que el incumplimiento de dicho deber por parte de la empresa dará derecho al empleado a recibir una compensación equivalente a un día de su salario por cada día de preaviso incumplido. Producido el cese, la empresa no abonó cantidad alguna por incumplimiento del plazo de preaviso (al haberse producido el cese antes del transcurso de los 180 días indicados). Reclamada la misma por el exempleado, le es negada por la Sala, quien considera inaplicable dicha obligación a una fase anterior a la consolidación del vínculo contractual, añadiendo que "si las partes hubieran querido que la cláusula del anexo al contrato resultara aplicable al período de prueba debieron decirlo expresamente bien en el pacto de período de prueba, bien en la citada cláusula"; apuntala su razonamiento indicando: "Si en el presente caso, en el que el período de prueba tiene una duración de seis meses y la extinción del contrato, según la cláusula 7ª del anexo al contrato, exige el cumplimiento de un preaviso de 180 días, es evidente que si el empresario quiere extinguir el contrato durante el período de prueba, el primer día de trabajo, sin posibilidad real de que las partes hayan podido conocerse, debería preavisar al trabajador de que va a extinguir el contrato, de lo contrario, se vería condenado a abonar al trabajador tantos días de salario como días de preaviso hubiera incumplido de los 180 indicados".

[685] En STS Madrid 22 octubre 2002 (JUR 2003/77895) se confirma la condena al trabajador, regente de farmacia, a indemnizar a la empresa en una importante cantidad en concepto de incumplimiento de la obligación de preaviso para desistir durante la prueba; en el contrato de trabajo figuraba la obligación de preaviso de tres meses, sin que la actora anticipase a la empresa su decisión un solo día. La Sala madrileña confirma, por supuesto, su derecho extintivo ("es obvio que tenía derecho a esa ruptura unilateral del vínculo laboral durante el período de prueba, pues el espíritu del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores que lo regula es que tal facultad extintiva es mutua y "ad nutum", o sea que puede ser ejercitada tanto por la empresa como por el trabajador y sin alegar causa extintiva que lo justifique), si bien que "perfectamente compatible con cumplir su obligación de preaviso, pues también figura pactado en el contrato (y tiene su justificación en que la Farmacia puede ser cerrada por las autoridades sanitarias si no existe la presencia física del regente), por lo que el incumplimiento acarrea la obligación económica impuesta.

cláusulas que contengan la obligación del preaviso no detallan el carácter mínimo o máximo de dicho período.

En este contexto, la STS 31 marzo 2011 (RJ 2011/3693) neutraliza la virtualidad de un plazo de preaviso contractual más amplio que el convencional, indicando que "al fijar como obligatorio un plazo de preaviso de 2 meses y penar su incumplimiento con el abono por parte del trabajador del salario correspondiente al período no preavisado, se está estableciendo una obligación más gravosa que la que el convenio impone, ya que en la norma convencional el máximo de esa indemnización no superaría nunca los quince días". Considera el Alto Tribunal, por tanto, que el pacto contractual estableciendo un preaviso superior al del convenio colectivo afecta a "derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral", no pudiendo establecerse "en perjuicio del trabajador" "condiciones menos favorables o contrarias" a las disposiciones de los "convenios colectivos"[686].

La STSJ Madrid 16 mayo 2012 (AS 2012/2242), por su parte, validó la sentencia del Juzgado de lo Social por la que se consideró abusiva la cláusula adicional establecida en el anexo al contrato de trabajo del demandado, por la cual el trabajador se obligaba a preavisar con un plazo de dos meses en el caso de que deseara extinguir la relación laboral, y entendió que la empresa no podía imponerle unas condiciones peores a las contenidas en el Convenio Colectivo de aplicación, que fija un preaviso de un mes para los jefes, técnicos y titulados. No obstante, lo interesante de esta resolución es la distinción entre plazos "mínimos" y "máximos" del preaviso; en efecto, la Sala considera que no estableciéndose en el Convenio un plazo máximo de preaviso, podrían pactar las partes un periodo superior al mínimo fijado, si bien, en el caso enjuiciado, se

[686] No obstante, se aprecian ciertas "dudas" en la Sala, al manifestar que "de ser admisible, habría de llevar aparejada necesariamente la exigencia de la prueba de los perjuicios producidos a la empresa por la decisión del trabajador de cesar voluntariamente", con lo que parece no descartarse absolutamente la validez de la cláusula individual contraria al convenio. Al margen de ello, lo más relevante es la existencia de un Voto Particular favorable a la "ampliación" por los contratantes del plazo de preaviso. En efecto, señala el Magistrado disidente, Antonio Martín Valverde, que "el pacto de preaviso enjuiciado, al ser bilateral, no es un pacto en perjuicio del trabajador, sino un pacto en el que los sacrificios se imponen a ambas partes del contrato. Por otra parte, no se trata tampoco de un pacto contrario a las previsiones del convenio colectivo, habida cuenta de que lo que ha contemplado es un preaviso mínimo de extinción y no un preaviso de extinción rígido o inmutable. En cualquier caso, y esta es la objeción principal a la posición de la mayoría, el preaviso de extinción no es un derecho o una obligación "concerniente a la relación laboral", es decir una condición de trabajo en sentido propio y estricto, sino una obligación concerniente a la extinción de la relación de trabajo, es decir perteneciente al género de las cláusulas o condiciones de empleo en el sentido técnico que tiene la expresión de acuerdo con la doctrina científica y con nuestra jurisprudencia (STS 1 abril 2005, RJ 2005/4060).

estima abusiva la cláusula de preaviso al no encontrar justificación al mismo, en aplicación de las reglas hermenéuticas, de donde deviene su inaplicación a las partes, en virtud de lo dispuesto en el art. 1255 CC[687].

En cualquier caso, aceptada teóricamente la posibilidad de pacto individual de preaviso con duración superior al convenio, no está claro cuál sería la consecuencia del incumplimiento, salvo regulación expresa en el contrato de trabajo de tales consecuencias. Y ello porque, siendo cierto que quien incumple sus obligaciones está sujeto al deber de indemnizar los daños y perjuicios causados (art. 1101 CC), no existe una norma que, con carácter general, imponga que cuando el trabajador incumple el deber de preavisar su cese en un contrato de trabajo, la obligación indemnizatoria alcance al salario de un día por cada día incumplido, por mucho que sea criterio común en muchos convenios colectivos. Por lo demás, en caso de existir convenio colectivo, el criterio indemnizatorio aparejado al incumplimiento del preaviso, ha de limitarse al plazo máximo allí contemplado, sin que las reglas sean extrapolables al exceso que, con respecto al plazo de preaviso convencional, lleven a cabo las partes en el contrato, de manera que no procederá una aplicación analógica de la norma citada convencional[688].

---

[687] En sentido contrario, la STSJ Cataluña 29 septiembre 2010 (JUR 2010/385717); el trabajador fue, aquí, contratado mediante documento que contenía la siguiente cláusula: "Para el supuesto de que el trabajador desee causar baja voluntaria en la empresa, dadas las especiales características del trabajo que realiza y la dificultad por parte de la empresa en poder encontrar un sustituto, el trabajador se compromete a notificar a la empresa con dos meses de antelación su baja voluntaria". Por su parte, el Convenio colectivo de aplicación establecía que el trabajador que se proponga cesar voluntariamente en la empresa "vendrá obligado a avisar de su propósito de cesar... con 15 días de antelación"; La Sala entiende que "si en el contrato de trabajo no pueden establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales o al Convenio, es evidente que la cláusula relativa al preaviso que se contiene en el contrato de trabajo suscrito por las partes al infringir tal norma legal y convencional debe ser considerada nula y de aplicación el artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores, a tenor del cual si resultase nula 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 1 del artículo 3 del propio Estatuto, por lo que en el presente caso el único plazo de preaviso que debía respetar el trabajador era el de los 15 días previsto en el artículo 55 del Convenio". No da opción, pues, a la interpretación de la empresa recurrente, según la cual, el Convenio solo recoge un plazo mínimo para el preaviso, que no ha de tratarse como un derecho irrenunciable e indisponible de los comprendidos en el artículo 3.5 ET, por lo que puede ser objeto de ampliación por la voluntad de las partes.

[688] Como indica STSJ País Vasco 16 mayo 2006 (AS. 2007/549) estamos en un supuesto de "imposibilidad de aplicación analógica, dado que no hay falta de regulación, al estar ante un pacto concertado entre empresa y trabajador que amplía el plazo de preaviso fijado en el convenio sectorial de aplicación a las partes (en el que sí se establece un criterio indemnizatorio para su incumplimiento), en expresiva muestra de que la común voluntad sólo limitaba su alcance al plazo, pero no a la extensión de la indemnización, que no cabe llevar más allá de lo estrictamente convenido (art. 1283 CC), sin que obste a esa naturaleza que su trasgresión en la parte que exceda al plazo fijado en el convenio colectivo no genere deber de resarcir daños y perjuicios, en legítima opción; en todo caso, la ausencia de un criterio tasado de

2. EL VECTOR FORMAL

A. INEXIGIBILIDAD DE FORMA ESCRITA

En cuanto a la forma en la que ha de hacerse efectivo, la norma (art. 14.2 ET) únicamente precisa que el desistimiento podrá producirse durante el transcurso del período de prueba, sin contemplar exigencia alguna de formalidad[689], algo que reiteran las distintas Sentencias que acabamos de analizar, en las que se confirma, no solo la acausalidad del desistimiento, sino también la inexigencia de una forma específica para su validez[690], siempre que se garantice el conocimiento de la decisión extintiva por el destinatario.

La no exigencia de una formalidad específica no significa, sin embargo, que el legislador haya apostado por la comunicación verbal, ni menos aún por la inseguridad jurídica, pues la decisión extintiva, por su trascendencia y carácter receptivo, requerirá una expresión indubitada de su contenido. Así las cosas, la comunicación verbal será válida en cualquier caso, siempre que quede constancia de que es el desistimiento, y no otra, la fórmula extintiva elegida por el empleador.

En este sentido, la expresión verbal de una voluntad extintiva sin aclarar la causa puede, de hecho, dar lugar a dudas interpretativas que se trasladen al ámbito conflictual. Es lo que sucedió en el supuesto analizado por la STSJ Andalucía/Granada 5 marzo 2008 (JUR 2008/323664): La sentencia de instancia declaró la improcedencia del despido acordado por haberse realizado de forma verbal el 19-07-2007, fecha ésta situada dentro

---

fijación de los criterios indemnizatorios no significa que no haya criterio de valoración de perjuicios, sino que habría de estarse a los directamente causados por el incumplimiento y cuya prueba incumbe a quien los alega".

689 Para A. MARTÍN VALVERDE: *El período de prueba*… (Bibl. cit.), pág. 291, aunque la decisión no requiere la observancia de ningún plazo de preaviso, ésta debiera ser una exigencia ligada al principio de buena fe, que sólo debería excluirse ante circunstancias impeditivas de la continuidad provisional de la relación de trabajo. Por su parte, M. C. PIQUERAS PIQUERAS: *La Extinción…* (Bibl. cit.), pág. 52, introduce una interesante reflexión, al considerar que "el resultado insatisfactorio de la prueba por falta de aptitud o adaptación del trabajador a su puesto de trabajo se asemeja en mayor medida a las causas motivadoras del despido objetivo, lo que conduciría a preguntarse si también en este caso estaría justificado el preaviso del art. 53 ET, dando la autora una respuesta negativa (salvo que exista disposición convencional en ese sentido), pues la imposición de un preaviso supondría reducir la duración prevista para el período de prueba, no siendo posible prever si en una relación laboral concreta se va a obtener el conocimiento de la aptitud profesional del trabajador con anterioridad al vencimiento de la duración fijada.

690 Por todas, la reciente STS 20 enero 2014 (RJ. 2014/981), para la que el acto de desistimiento no requiere expresar la decisión extintiva mediante una "forma preestablecida", de manera que ni 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).

del período de prueba que se pactó entre los litigantes (tres meses a contar desde 14-5-07), sin que constase que el motivo de la extinción contractual fuese el no superar dicho periodo de prueba, tesis que, sin embargo, la Sala de suplicación no acogió, dado que "en los supuesto de cese acordado dentro del período de prueba, la efectividad del cese ni se condiciona a demostración que acredite la realidad objetiva de aquella causa, ni al cumplimiento de ningún específico requisito de forma por la empresa, de manera que las partes que intervienen en el contrato de trabajo pueden rescindir unilateralmente el mismo por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, sin que sea preciso para ello llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora".

Con todo, parece claro que conviene a ambas partes exteriorizar documentadamente el desistimiento, pues ello imprime seguridad jurídica[691] al acto extintivo, de manera que el empresario adquiere la tranquilidad de quedar relevando de las obligaciones inherentes al resto de modalidades extintivas, al tiempo que se otorga al trabajador un dato cierto del tipo de resolución empresarial adoptado, en orden a su eventual impugnación jurisdiccional[692].

Cuestión aparte, no menos interesante, es la siguiente: ¿Qué ocurre si se desiste durante la prueba mediante comunicación escrita en la que se expresa una causa que el actor quiere combatir? ¿El hecho de que conste la misma impide el desistimiento *ad nutum*? ¿Podría mantenerse la validez de dicho desistimiento si el trabajador fuese capaz de demostrar, objetivamente, el error cometido por el empresario en su valoración?

Es lo que sucedió en el supuesto contemplado en STSJ Islas Canarias/Las Palmas, 30 noviembre 2011 (JUR 2012/241711), en el que el Juzgado de lo Social consideró no encontrarnos ante un desistimiento del empleador porque en la comunicación escrita no se expresó que el motivo de la extinción se debiera a la no superación del periodo de prueba, y sí por el contrario a la falta de aptitud psicofísica de la actora, concluyendo

[691] Los convenios colectivos y la propia voluntad de los contratantes (ésta última ajustada a los primeros), podrán condicionar la validez del acto extintivo a la observación previa de ciertos requisitos formales (normalmente preaviso, comunicación escrita y/o participación de la decisión a los representantes de los trabajadores), en cuyo caso, su inobservancia podría desnudar de validez, según los casos, a la decisión extintiva.

[692] Como indica A. L. de VAL TENA: *Pacto de prueba* (Bibl. cit.), pág. 174, el empresario diligente estará interesado en tener constancia de la fecha en que manifestó la decisión tomada, a fin de evitar discrepancias sobre el ejercicio extemporáneo de la facultad extintiva, lo mismo que el trabajador para articular los mecanismos de defensa jurídica.

que, al constar la causa de la extinción, puede la trabajadora contradecirla. No obstante el novedoso planteamiento, la Sala de suplicación no lo compartió, alegando la doctrina general (STS 17 mayo 2002, JUR 2003/88352) según la cual, la extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba es una extinción libre, en cualquier momento de vigencia de éste, que no está sujeta a formalidad, preaviso o indemnización alguna, salvo pacto, para la que no es necesario alegar causa alguna. Para reforzar su argumento, añade la Sala que el Ayuntamiento empleador pudo extinguir la relación con la actora sin mediar comunicación escrita, de donde deduce que existiendo comunicación escrita es totalmente irrelevante que en la misma no conste que la decisión obedece a desistimiento o no superación del periodo de prueba; y es irrelevante asimismo que la empresa dé a conocer la razón de su desistimiento, que solo es de interés en el supuesto de que el trabajador alegue y acredite indicio discriminatorio, a efectos de destruir la razonable sospecha de transgresión del derecho fundamental.

Como conclusión práctica, si se me permite, parece recomendable, pues, que el empresario comunique por escrito el desistimiento, indicando como causa la no superación del período de prueba, sin mayores especificaciones, pues, de no existir indicio de violación constitucional, su decisión será normalmente validada como integrante de la libertad de desistimiento *ad nutum* otorgada por el art. 14 ET; en caso de invocar datos concretos justificativos de dicha no superación, corre el "riesgo" de introducir la "causalidad" en su decisión, ante lo que no resultará improbable, por una parte, que el trabajador disconforme intente rebatir dichos argumentos y, por otra, que el órgano judicial, le otorgue el amparo que, ante una comunicación aséptica no habría podido ofrecer.

B. COMUNICACIÓN A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Puede extrañar que abordemos con autonomía el papel de los representantes de los trabajadores en el conocimiento y control de la decisión extintiva del contrato sometido a prueba cuando es el empleador quien adopta la decisión de ponerle término. Ciertamente, si del art. 14 ET no puede desprenderse la exigencia de comunicación escrita del desistimiento empresarial respecto del propio interesado, difícilmente podremos convenir la necesidad de aquélla con respecto al órgano de representación de los trabajadores que, en su caso, exista en el centro de trabajo o en la empresa.

Ahora bien, lo cierto es que para la validez del desistimiento, el empresario debe articular una comunicación, expresa (aunque no formal), que dé a conocer al trabajador la resolución de su contrato[693], ámbito en el que sí podemos plantearnos la posible participación de los órganos de representación unitaria, que podría producirse antes de la toma de la decisión, a modo de comunicación previa, o una vez adoptada, para su mera constancia informativa.

En el capítulo de extinción del contrato, el art. 55 ET, dedicado a la forma y efectos del despido disciplinario establece, en lo que se refiere al requisito de información a los representantes de los trabajadores de la medida empresarial extintiva, que cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a la que perteneciere, si los hubiese; asimismo, si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constare, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato. Dichos requisitos, obviamente integrados en la regulación del despido, como sanción disciplinaria, no podrían ser invocados en el supuesto de desistimiento empresarial durante la prueba, dado el carácter acausal de dicho acto.

Del mismo modo que tampoco será de aplicación lo dispuesto en el art. 64[694], en cuyo núm. 5, párrafo 2º, se hace referencia al derecho del órgano de representación estatutario, a "ser informado y consultado sobre todas las decisiones de la empresa que

---

[693] SSTS 6 julio 1990 (RJ 1990/6068) y 2 abril 2007 (RJ 2007/3193).

[694] Como indica M. B. FERNÁNDEZ DOCAMPO: "Los derechos de información de los representantes legales de los trabajadores: carácter instrumental y contenido insuficiente", *Aranzadi Social*, núm. 4/2006 (Edición digital), BIB. 2000/700, "al lado de los derechos informativos reconocidos a los representantes para participar en las decisiones que se adopten en sus empresas, se sitúan los derechos informativos necesarios para el ejercicio de otras funciones representativas. Es lo que la doctrina ha coincidido en calificar, respectivamente, como derechos de información activa y derechos de información pasiva (v. gr., MONEREO PÉREZ, ALBIOL MONTESINOS y PALOMEQUE LÓPEZ). En los primeros, el representante no sólo aparece como un mero receptor de datos, sino también como un transmisor en cuanto que el empresario está obligado a informarles y a consultarles con carácter previo a la ejecución de determinadas decisiones. Mientras que en los segundos, estamos ante un derecho informativo jurídicamente protegido en cuanto facultad-interés de los representantes a ser informados por su empresario sobre la marcha empresarial lo que, sin lugar a dudas, resulta imprescindible para el adecuado ejercicio de la función de vigilancia y control de la legalidad en la empresa. No en vano el mismo art. 64 ET, además de reconocerles expresamente tal función fiscalizadora, también les reconoce los siguientes derechos de información pasivos: sobre la situación económica del sector y de la empresa (art. 64.1.1º ET), documentos económicos (art. 64.1.3º ET), copia básica de determinados contratos y los modelos utilizados para la contratación laboral escrita (art. 64.1.2º y 6º ET), estadísticas sobre absentismo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (art. 64.1.8º ET) y sanciones por faltas muy graves (art. 64.1.7º ET).

pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa (y a ser) informado y consultado sobre la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo", precepto del que no parece deducirse, siquiera en sentido amplio, la obligación empresarial de informar al Comité de empresa o Delegados de personal, ni antes ni después de su adopción, de la decisión extintiva del contrato durante la fase probatoria.

No obstante, este último precepto, en su núm. 9, establece que, "respetando lo establecido legal o reglamentariamente, en los convenios colectivos, se podrán establecer disposiciones específicas relativas al contenido y a las modalidades de ejercicio de los derechos de información y consulta previstos en este artículo, así como al nivel de representación más adecuado para ejercerlos", de donde se infiere la posibilidad de establecimiento, en normas paccionadas, de requisitos adicionales de comunicación del acto de desistimiento a los representantes de los trabajadores, con independencia, incluso, de que en el trabajador cesado concurra o no la condición de representante de los trabajadores y/o afiliado a la sección sindical correspondiente.

En este sentido, el TS, ya desde su STS 22 octubre 1985 (RJ 1985\5189), aclaró que "la facultad que una y otra parte del contrato de trabajo tiene para su resolución, sin condicionamiento o limitación, durante el período de prueba, está reconocida en una ley de general aplicación (artículo 14.2 del Estatuto de los Trabajadores (por lo que, al) fijar unos requisitos, señalar la necesaria procedencia de unos informes, imponer la necesidad de que unos y otros se tengan en cuenta con carácter previo al ejercicio de tal facultad resolutoria, no puede tener otro sentido que, complementando aquella norma, eliminar del ejercicio de tal facultad el carácter de omnímoda y suprimir así la discrecionalidad que pueda terminar en pura arbitrariedad", de donde se desprende que los negociadores colectivos pueden condicionar la facultad extintiva al cumplimiento de requisitos "complementarios", entre los que se encontrarían, entre otros, la previa comunicación de la medida extintiva al órgano de representación de los trabajadores en la empresa.

Así se observa, por poner un ejemplo reciente, en STSJ Madrid 5 febrero 2015 (JUR 2015/65420), que analizó la demanda de despido interpuesta por un trabajador de AENA que había sido cesado por no superar el período de prueba. La Sala, tras hacer alusión al artículo 27.2 del Convenio Colectivo de dicha mercantil, viene a considerar que ésta ha cumplido el "deber de información al Comité con anterioridad a la

formalización del desistimiento" que dicha norma establece, añadiendo, por lo demás, que de dicho precepto no se deduce una obligación de emitir informe por parte del Comité ni, por supuesto, que la decisión del Comité de no emitir informe, o el sentido contrario a la medida empresarial que éste pueda contener, venga a condicionar de alguna forma el desistimiento empresarial. El Tribunal parece considerar, con ello, que el requisito de comunicación previa al Comité no deja de ser un trámite formal de escaso contenido práctico, pues, en el contexto de libertad y acausalidad en que debe operar la decisión extintiva durante la prueba, no tendría sentido supeditar al criterio de un órgano de representación de los trabajadores la efectividad de la decisión empresarial.

Cosa distinta sería que los negociadores (de forma harto improbable) hubiesen supeditado la propia validez del desistimiento al cumplimiento de un requisito como el que analizamos y la empresa no lo hubiese respetado, en cuyo caso el despido podría considerarse improcedente.

En este sentido, la STSJ Madrid 7 mayo 2007 (JUR 2007/9580), analiza un supuesto en el que el Convenio Colectivo de aplicación establece que "se deberá recabar informe previo del Comité de empresa en los casos de resolución de la relación laboral por la no superación del período de prueba, que deberá pronunciarse en un período máximo de 48 horas, entendiéndose en caso contrario que no tiene objeción alguna". En tales circunstancias, considera la Sala que "no resultaría proporcionado ni razonable, a falta de otras circunstancias, dejar carente de eficacia la decisión de la empresa de extinguir el contrato de trabajo por la no superación del periodo de prueba (art. 14 ET), cuando tampoco en la norma colectiva existe previsión específica en tal sentido, de estimarse incumplida aquella consulta previa.

Con ello la Sala está previendo, no obstante, la posibilidad de que la decisión empresarial quede invalidada, pese a la naturaleza libre del desistimiento otorgada por el art. 14 ET, siempre que exista una previsión convencional que apareje, expresamente, al incumplimiento del requisito formal adicionado, esa consecuencia. En cualquier caso, la consideración del Tribunal no deja de sorprender, por mucho que reconozcamos el amplio margen de actuación de los negociadores colectivos y la mejora de condiciones de trabajo que para el trabajador supone esta medida, pues la norma paccionada, como complemento del precepto estatutario, viene a hurtar al mismo de su propia esencia, que

no es otra que la de permitir al empresario dar por finalizada la relación laboral sin cumplimiento de formalidad alguna.

Y es que, como nos recuerda la STSJ Extremadura 21junio 2012 (JUR 2012/274214), en la que el trabajador pretendía la aplicación, al desistimiento empresarial, de las formalidades de comunicación al Comité de empresa, propias del contrato durante la fase posterior a la prueba, la "comunicación del desistimiento no exige forma alguna, a diferencia de la comunicación de despido; (no nos encontramos ante un) despido de clase alguna, (por lo que)…mal pueden infringirse los artículos 54, 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores, ni ante una extinción del contrato por realización de la obra que constituye su objeto, por lo que no concurre vulneración del artículo 49.1.c); y, menos aún, ante un despido objetivo, dada la cita de la vulneración de los artículos 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores que efectúa la recurrente. Del propio modo tampoco concurre la infracción del artículo 64 en sus apartados segundo y apartado cuarto, a) del Estatuto de los Trabajadores, que ninguna relación tienen con el supuesto aquí planteado…".

En definitiva, la previa comunicación del desistimiento al órgano de representación de los trabajadores, como complemento o adición formal a un acto, el de desistimiento, intrínsecamente libre, será posible, si así se establece en la regulación convencional y se incorpora el pacto de prueba en el contrato de trabajo, si bien su incumplimiento, no generará la consecuencia relevante de invalidar la decisión extintiva, a excepción de que los negociadores, en un ejercicio de ampliación normativa evidente, aparejen a dicho incumplimiento formal la ineficacia del desistimiento. Más clara será esta consecuencia si además de la comunicación se exige algún tipo de intervención por parte del órgano de representación (piénsese en la emisión de informe previo). Si el requisito formal impuesto por el convenio es la mera información posterior, entendemos que el incumplimiento, más allá de constituir una infracción sancionable, no genera efecto alguno en la efectividad de la medida.

Así las cosas, parece razonable reflexionar sobre la eventual conveniencia de que la Ley fuera modificada a fin de que el empleador viniera obligado a trasladar a la representación legal de los trabajadores sus decisiones extintivas durante la fase de prueba. No se trata solo de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones laborales o de tener exacta noticia de lo acaecido sino también de permitir el seguimiento de los niveles de empleo o la detección de posibles despidos colectivos de hecho.

C. INEXIGIBILIDAD DE CAUSA

La nota más característica del período de prueba es, sin duda, la facultad extintiva atribuida a las partes del contrato de trabajo, en virtud de la cual pueden, de manera libre e informal, dar por finalizado el vínculo contractual, con la única supeditación de aquella potestad resolutoria a un momento previo a su total transcurso.

Esta decisión extintiva puede ser adoptada, individualmente, por cualquiera de los contratantes[695], así como de forma consensuada (acuerdo de rescisión del contrato durante la prueba adoptado conjuntamente por empresario y trabajador), posibilidad esta última que pervive, igualmente, en la posterior fase consolidada, ex art. 49.1.a ET[696].

Al trabajador se le reconoce, en efecto, la facultad de desistimiento, que no es sino la concreción, durante la fase de prueba, de la posibilidad de dimisión que ostenta durante toda la vigencia del contrato (art. 49.1.d. ET[697]), cuyo fundamento es la propia voluntariedad inherente a la prestación laboral. La única diferencia es la inexistencia, durante la fase de prueba, de la obligación de preaviso[698], requisito éste que se "activa", precisamente, al consolidarse la relación laboral por el transcurso del tiempo pactado como período de prueba.

---

[695] Con acierto y pragmatismo indudables señala A. L. de VAL TENA: *Pacto de prueba* (Bibl. cit.), pág. 25, que en realidad, el trabajador está interesado, más que en la experimentación de las condiciones del contrato (y añado, en la posibilidad de resolver el contrato sin causa), en la continuidad de la relación de trabajo, pues pocos alicientes encuentra en una institución que se concibió por el legislador "como una obligación del trabajador y un derecho del empresario" (M. Rodríguez Piñero), tratando de eliminar el riesgo de introducir en la empresa a quien carece de capacidad. En cambio, el reconocimiento de la facultad empresarial de desistir sin causa durante esta fase inicial del contrato supone la atribución de un derecho añadido, el cual no dispone el empleador, en tanto la extinción del contrato de trabajo a instancia suya queda condicionada por la necesaria existencia de alguna justa causa tasada en la ley, sin que figure entre éstas el libre desistimiento (a excepción de las singularidades, indemnizadas, de la alta dirección o el empleo doméstico). Como advierte A. MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo* (Bibl. cit.), pág. 523, "lo que aparentemente no pasa de ser una equitativa disciplina liberadora por igual del empresario y el trabajador en caso de frustración del experimento (en referencia a la posibilidad de desistimiento), encubre en realidad el otorgamiento de un privilegio patronal", pues "mientras que la finalidad originaria del contrato a prueba…era la de abrir un margen de arrepentimiento al aprendiz ante el compromiso contractual que le iba a vincular varios años" (citando a MARTÍN VALVERDE), en la actualidad la institución pone en manos del empresario un instrumento de libre resolución contractual del que el trabajador ya dispone genéricamente en virtud de la facultad de resolución *ad nutum*.

[696] Artículo 49. Extinción del contrato. 1.: "El contrato de trabajo se extinguirá: a) Por mutuo acuerdo de las partes".

[697] Artículo 49. Extinción del contrato. 1.: "El contrato de trabajo se extinguirá: d) por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar".

[698] J. CRUZ VILLALÓN: "Problemas prácticos…", cit. pág. 207.

Aunque lo más común es, desde luego, que la facultad de resolver el contrato durante la prueba se ejercite por el empresario[699], quien, por la vía del desistimiento, dará por finalizado todo aquel vínculo laboral cuyo mantenimiento no considere conveniente.

En cuanto a la facultad resolutoria durante la prueba, y pese a los esfuerzos de parte de la Doctrina por vincularla al acto de despido (el motivo de cese habría de ser, en ese caso, la valoración negativa de la prestación laboral del trabajador[700], decisión que, además, habría de respetar ciertas formalidades y permitir un control judicial de fondo), lo cierto es que el legislador la ha mantenido al margen de aquel cese caual, legitimando, de esta forma, la resolución *ad nutum*, sin que sea posible identificar la facultad resolutoria[701] durante la prueba con la institución del despido.

Y ello porque existe en el despido un "componente diferenciador, concluyente y decisivo[702]: la causalidad de la ruptura contractual[703], elemento inexistente en la

---

[699] A. L. de VAL TENA: *Pacto de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 160: "Si el trabajador puede ejercitar en todo momento la facultad de dimisión, el empresario, en cambio, sólo tiene reconocida la potestad de desistimiento mientras está vigente el período de prueba. Este dato es revelador del mayor beneficio que presenta aquel pacto para uno de los contratantes, al adquirir temporalmente un derecho excepcional, no homologado tras la consolidación de la relación jurídico-laboral. Y ello porque entre las causas tasadas de extinción del contrato por voluntad del empresario no figura el simple desistimiento".

[700] Para O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 22, la experimentación y verificación de las cualidades del trabajador (acuñada como "finalidad prospectiva") forman parte de la esencia del período de prueba (siendo la necesidad de experimentación innegable *lege data*), lo que en buena lógica debería traducirse en vincular el cese de los trabajadores afectados al resultado negativo de los ensayos; el cese del trabajador durante el transcurso del mismo solo debería producirse cuando la experimentación hubiera producido resultados negativos. En el mismo sentido, G. BARREIRO GONZÁLEZ: "El período de prueba" (Bibl. cit.), pág. 79.

[701] El legislador utiliza los términos "resolución" y "desistimiento", ninguno equivalente a despido. Al primero parece ser inherente un previo incumplimiento (una parte puede resolver un contrato ante el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la contraparte); el segundo, en cambio, representa un mayor ámbito de libertad (se desiste en ejercicio de una determinación unilateral, sin necesidad de aquel incumplimiento). En todo caso, la norma omite deliberadamente referirse, con el término despido, al acto extintivo empresarial durante la fase de prueba. Por lo demás, la ubicación sistemática de los preceptos (la extinción durante la prueba se contempla en la Sección Primera del Capítulo II, no en la Sección Cuarta del Capítulo III) es, para F. J. TOROLLO GONZÁLEZ ("Extinción del contrato en período de prueba", en VV.AA. *Estudios sobre el despido. Homenaje al Prof. A. Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Madrid, 1996, pág. 342), "signo indicativo relevante de la voluntad del legislador de desligar la extinción de la relación laboral durante la prueba del rito y motivaciones que han de concurrir en los diferentes modos de extinguir el contrato de trabajo y, específicamente, del despido".

[702] J. CRUZ VILLALÓN: "Problemas prácticos…" (Bibl. cit.), pág. 208.

[703] Para M. ALONSO OLEA y Mª E. CASAS BAAMONDE: *Derecho del Trabajo* (Bibl. cit.), pág. 332, en la decisión extintiva empresarial al amparo del pacto de prueba, que debe ser calificada como desistimiento, 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 la Constitución.

resolución empresarial durante la prueba, de manera que el motivo o causa racional que determine la voluntad unilateral de desistir, aunque existe, no adquiere relevancia alguna, siempre que respete el ámbito de libertad reconocido en la normativa, eso es, a menos que ascienda al plano del abuso de derecho o la vulneración constitucional.

De modo que, puede concluirse[704], la extinción del contrato durante el período de prueba decidida por el empleador constituye desistimiento *ad nutum* y no despido, según se desprende con meridiana claridad del tenor literal del art. 14 ET[705], precepto que, inatendiendo demandas doctrinales tendentes a exigir un fundamento causal a la decisión empresarial (conectándola con el grado de cumplimiento de la prestación del trabajador, al objeto de dificultar la utilización arbitraria o abusiva de la figura), ha mantenido este ámbito de discrecionalidad[706] solo acechada por un uso fraudulento cuya acreditación precisará del previo ejercicio, por el trabajador, de la pertinente acción por despido[707].

Doctrinalmente se ha salvado esta aparente paradoja entre la necesidad de experimento y la resolución no basada en el resultado del mismo, acudiendo a la tesis de la

---

[704] A. L. de VAL TENA: *El pacto de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 166.

[705] Precepto que, según A. L. de VAL TENA: *El pacto de prueba…* cit., pág. 167, constituye una opción de política legislativa ordenada a otorgar al empresario absoluta libertad en orden a seleccionar al personal que va a prestar servicios en su empresa.

[706] Utilizando las palabras de M. C. PIQUERAS PIQUERAS (*La Extinción…*, cit., pág. 47), podríamos pensar que el legislador, antes de acuñar un acto de desistimiento acausal e informal, debió plantearse el siguiente interrogante: ¿qué formalidades pueden ser exigidas al acto resolutorio empresarial durante el período de prueba a tenor del principio de estabilidad en el empleo y del derecho a la tutela judicial efectiva e interdicción de la indefensión, como elementos fundamentadores del acto extintivo empresarial en general, desde la perspectiva de la finalidad que persigue el período de prueba y de la razón que justifica su reconocimiento jurídico?

[707] R. P. RON LATAS: "Algunos supuestos de calificación del desistimiento durante el período de prueba como despido disciplinario", *Actualidad Laboral*, núm. 17, 1998, pág. 331 y ss, realiza una enumeración de diversos supuestos en los que el desistimiento empresarial durante el período de prueba se consideraron despido nulo o improcedente, según los casos; por discriminatorio o vulnerador de derechos fundamentales; por incumplimiento de la legalidad ordinaria o convencional; o por fraude de ley o abuso de derecho. En esta línea, cfr. VV. AA. (Dir. S. del REY GUANTER): *Estatuto de los Trabajadores, comentado y con jurisprudencia*, La Ley, 2005, pág. 224, siguiendo expresamente la clasificación de este autor, establece que aun cuando la extinción contractual se haya realizado alegando la no superación del período de prueba, algunas situaciones pueden llevar a calificarla como despido nulo o improcedente; en concreto: a) Discriminación o vulneración de derechos fundamentales; b) Infracción directa de norma legal o convencional (entre estos supuestos: cuando no se haya fijado tal período de prueba, cuando se hayan desempeñado idénticas funciones con anterioridad, cuando la duración prevista sea superior a la convencional o legal, cuando se hayan incumplido requisitos formales establecidos convencionalmente, etc.); y c) Fraude de ley o abuso de derecho (entre otros: haberse formalizado el período de prueba una vez iniciada la prestación de servicios, duración excesivamente larga, etc.).

fiduciariedad o carácter personal del contrato de trabajo[708] (tesis clásica defendida por ALONSO OLEA y cuestionada por MARTÍN VALVERDE[709]), según la cual, el contrato de trabajo es una relación fiduciaria construida sobre la confianza del empresario en las cualidades profesionales, pero también personales, del trabajador, de manera que el período de prueba no solo tiene por finalidad descubrir el alcance de las primeras, sino también la adecuación de las segundas a las exigencias empresariales, por lo que la decisión de cese obedecerá a un juicio de confianza subjetivo y personalísimo del empresario, no susceptible de control ni objetivización, lo que, en definitiva se traduce en un acto de "libre desistimiento" empresarial[710].

También desde el punto de vista de la libertad de empresa, se ha ensalzado doctrinalmente la libertad resolutoria del empresario, conectando inexigencia de motivación con limitación de las facultades de control judicial de la decisión empresarial, ceñidas éstas al despido causal, y no a la resolución permitida durante la prueba, ámbito éste donde se entiende que el control judicial queda restringido a los límites marcados por el respeto a los derechos fundamentales y a la lógica de economía de costes de transacción que inspira este instituto jurídico, debiendo ceñirse el control judicial a estos aspectos, más allá de los cuales la intervención del órgano jurisdiccional afectaría al derecho constitucional a la libertad de empresa, la cual impone a los jueces

---

[708] Aceptada en Sentencias del Tribunal Supremo como la STS 2 febrero 1983 (RJ 1983/521) que señalaba cómo "la jurisprudencia patria, en concordancia con la doctrina científica más comúnmente aceptada, viene reconociendo el derecho tanto del trabajador como del empresario a la libre resolución durante su transcurso del pacto de prueba convenido como previo a un contrato de trabajo con plenos efectos, genérica y mutua libertad de extinción por voluntad unilateral de cualquiera de las partes ... y cuyo fundamento se encuentra en que la prueba se ofrece tanto en beneficio del trabajador como del empresario, y en que su finalidad no sólo es la primordial de constatar la aptitud técnica de aquél para la labor concreta encomendada, sino la de conocer otros datos relevantes y condiciones personales de ambos, de los que conviene estén informados, de un lado el empleador para una mejor satisfacción de sus intereses empresariales, tales como disciplina, sociabilidad, instrucción, diligencia y rendimiento, corrección, apariencia, raciocinio, receptividad a las directrices patronales, etc., y de otro el operario al que le interesa comprobar en la práctica el ambiente en que su tarea se va a desempeñar, si su capacidad es la adecuada para la misma, la relación existente entre los diversos elementos de la empresa, el estado de organización de ésta, y sistema de trabajo, etc. En definitiva, el conocimiento mutuo y lo más completo posible de los contratantes para la eliminación de riesgos futuros y en orden al desarrollo de unas relaciones laborales continuadas, correctas y eficientes es lo que justifica la atribución de la facultad resolutoria y de desistimiento unilateral libremente concedida a las dos partes, sin alegación de causa y por apreciación personal y subjetiva del resultado.

[709] Véase A. MARTÍN VALVERDE (Bibl. cit.), pág. 111, contrario a que las condiciones personales del trabajador no relevantes para el desarrollo del trabajo encomendado sean tenidas en cuenta en la decisión empresarial sobre la superación o no de la fase de prueba.

[710] Así lo indica O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba*… (Bibl. cit.), pág. 26.

el respeto a las decisiones empresariales, siempre que éstas hayan sido a su vez respetuosas con el "marco legal y constitucional"[711].

De modo que se ha afirmado que la tendencia actual tanto de la doctrina como de la jurisprudencia[712] apunta a que los tribunales no pueden entrar a valorar la oportunidad o justicia de la decisión empresarial más allá de que la extinción se produzca antes de la finalización del período de prueba y, como sabemos, sin vulneración de derechos fundamentales, abuso de derecho o fraude de ley, de modo que, en ausencia de indicios de lo anterior, no se cuestionará ni se exigirá del empresario la fundamentación de su decisión[713].

Jurisprudencialmente es pacífica la aceptación de dicha cualidad, protegiéndose la subjetividad de quien desiste[714], en la medida en que, producida antes del vencimiento del período de prueba, no precisará aquella decisión unilateral la especificación de su causa motivadora, ni el cumplimiento de mayores formalidades o exigencias.

En efecto, la STS 2 abril 2007 (RJ 2007/3193), viene a confirmar, como ya hiciera el Alto Tribunal en supuestos precedentes[715], que el período de prueba "es una institución

---

[711] VV.AA.: *Estatuto de los Trabajadores* (Dir. M.P. CHARRO BAENA y A.V. SEMPERE NAVARRO), *Códigos con jurisprudencia*, 3ª edic., 2014, pág. 93, reseñando STSJ Extremadura 11 junio 2011 (JUR 2011/317022) y STS 12 julio 2012 (RJ 2012/9598).

[712] De manera contundente, la STSJ Islas Canarias/Las Palmas 29 octubre 2009 (AS 2009/500), señala que, no obstante lo respetable de la postura que vincule desistimiento con resultado de las experiencias propias de la prueba, la misma no es compartida por la Sala, pues considera que el objeto del periodo de prueba no lo constituye la celebración de pruebas o controles que acrediten la idoneidad del trabajador, sino que, con la utilización de la expresión "realizar experiencias que constituyan el objeto de la prueba" se está haciendo referencia a una finalidad, la de comprobar empresario y trabajador no solo su satisfacción en el marco estrictamente laboral sino también personal, la de alcanzar el convencimiento de que la relación de trabajo elegida es la querida; en suma, del acierto de la contratación; en su consideración los motivos que lleven a empresarios o trabajadores a dar por extinguida la relación en su decurso devienen irrelevantes salvo que se demuestren sean discriminatorios o fraudulentos".

[713] M. NAVAS-PAREJO ALONSO: "Desistimiento en periodo de prueba y accidente de trabajo: la criticable prevalencia de la libertad de empresa en supuesto de incumplimiento de medidas preventivas", *Aranzadi Social*, núm. 2/2013, (versión digital), BIB 2013/936.

[714] Para M. C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO: "El período de prueba", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, pág. 476, en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se da la aparente paradoja de que aun siendo preciso llevar a cabo operaciones de experimentación durante el período de prueba, el empresario podrá cesar al trabajador con total libertad, con independencia de los datos obtenidos de la referida experimentación.

[715] Como en STS 6 julio 1990 (RJ 1990/6068), al afirmar, a su vez, que "en numerosas sentencias de las que se mencionan las de 3 de diciembre de 1987 (RJ 1987\8821), 14 de julio de 1987 (RJ 1987\5367), 14 de abril de 1986 (RJ 1986\1930), 29 de octubre y 20 de diciembre de 1985 (RJ 1985\5238 y RJ 1985\6159), y 6 de abril y 12 de diciembre de 1984 (RJ 1984\2047 y RJ 1984\6365), ha mantenido que para rescindir el contrato de trabajo durante el período de prueba no se precisa, en absoluto, especificar la

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 esté 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 decisión finalizadora, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó, salvo que la decisión esté motivada por razón discriminatoria que viole el art. 14 CE o vulnere cualquier otro derecho fundamental.

Doctrina que se mantiene, sin fisuras, con posterioridad, como se aprecia en STS 12 julio 2012 (RJ 2012/9598), para la cual, "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. En definitiva, durante el período 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.55.4ET), ni tampoco el trabajador se encuentra vinculado por un deber de preaviso [art.49.1.d) ET]".

Y en el mismo sentido, la STS 20 enero 2014 (RJ 2014/981), se encarga de recordar, como premisas básicas de esta institución (en lo que aquí interesa), 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

causa que ha determinado tal decisión finalizadora pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adopta".

circunstancias determinantes del mismo, ni tampoco expresar la decisión extintiva mediante una forma preestablecida", así como que para el período de prueba, que 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, reiterando que: 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)[716].

Como indica DE VAL TENA, "lo definitorio, en cualquier caso, es la eficacia extintiva ex nunc de la declaración de la declaración de voluntad recepticia, sin que sea sustancial que el ejercicio de ese desistimiento se sujete o no a determinadas cautelas o límites, temporales o formales[717].

D. UTILIZACIÓN DEL DESISTIMIENTO COMO SUSTITUTO IRREGULAR DE LA EXTINCIÓN FORMAL

Aunque no será, desde luego, frecuente, también puede el empresario dar por finalizada la relación laboral durante la fase de prueba acudiendo al resto de causas extintivas, entre ellas, el despido disciplinario o la extinción por causas objetivas, éstas últimas, tanto en el contexto individual, como enmarcadas en expediente colectivo, si bien tales medios de extinción, ya sea por las dificultades para acreditar el incumplimiento del trabajador (en el primer caso), o por la necesidad de asumir un coste indemnizatorio, aun mínimo (segundo supuesto), no serán utilizados normalmente por el empresario, salvo que éste, en coherencia con la decisión adoptada, ajena al resultado de la experimentación, decida penalizar al trabajador, con el "estigma" de un motivo

[716] Reglas cuya cita es común encontrar en las resoluciones de suplicación, siendo ejemplo de ello la STSJ Comunidad Valenciana 24 abril 2014 (JUR 2014/201973).

[717] Para A. MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo* (Bibl. cit.), pág. 523, "con el propósito de corregir esta clara inclinación pro empresario del legislador, la doctrina más autorizada ha postulado, en contra de la explicación tradicional, que el despido del trabajador durante el contrato de prueba (así lo califica el autor, quien no considera el período de prueba como una fase inicial del contrato ordinario, sino como un peculiar tipo de contrato) no procede *per arbitrium merum* del empresario, sino que debe fundarse en causas justas. Dando un paso más en esta espinosa senda argumental, O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 30, manifiesta que si consideramos la ruptura del contrato durante el período de prueba como extinción causalizada, las consecuencias prácticas serían innegables, pues quedaría vedado todo margen de discrecionalidad en la decisión empresarial, de forma que, o bien existe causa para prescindir de los servicios del trabajador -en términos de falta de destreza técnica o cualidades personales para la práctica del trabajo y en general para su adaptación a la empresa-, y el cese es lícito, o bien no existe tal justificación –lo que sucedería en toda extinción de la que no cupiera encontrar una causa objetiva, por obedecer a un juicio personalísimo de desconfianza en el trabajador por parte de la empresa-, y el cese es injustificado y, por ello, ilícito.

disciplinario expresado convenientemente, o asumir el coste económico de su despido, en aplicación de los preceptos que aparejan una indemnización (veinte días de salario por año de servicio) a la decisión extintiva.

Cosa distinta es que el empresario acuda, de manera impropia, al desistimiento en fase de prueba, para resolver el contrato de trabajo cuando su voluntad extintiva viene realmente determinada por un extremo o acontecimiento ajeno al resultado de la experimentación, esto es, cuando la razón última del cese responde a causas de extinción específicas, sujetas a formalidades y requisitos propios: véase un incumplimiento grave y culpable del trabajador que permitiría articular la facultad sancionadora empresarial, ex art. 54 ET, mediante despido disciplinario, o la concurrencia de causa objetiva evidente (el cierre definitivo del local de negocio, por poner un ejemplo) que reclamase acudir al despido por causas económicas, organizativas o productivas, de la mano de los artículos 51, 52 y 53 ET.

En estos casos, debiera cuestionarse la legalidad del cese así articulado, pues la no exigencia de causalidad tasada en el desistimiento no debiera permitir acudir al mismo, a modo de cajón de sastre, para resolver de manera rápida y sencilla cualquier relación laboral, por el motivo que sea, aprovechando la vigencia del período de prueba.

En este sentido, y por lo que respecta al ámbito disciplinario, encontramos pronunciamientos que han validado el uso del desistimiento, en lugar del despido basado en incumplimiento sancionable, cuando la causa disciplinaria puede enmarcarse en un contexto genérico de pérdida de confianza en el trabajador, de manera que su conducta, amén del cariz disciplinario, vendría a mostrar al empresario, antes de transcurrir el período de prueba, la falta de aptitudes profesionales y personales del empleado, admitiéndose, sobre esa base, una utilización flexible del desistimiento[718]; así sucede en STSJ País Vasco 26 septiembre 2006 (JUR 2007/95533), en un supuesto en que "vistas las circunstancias que se dieron el día en que se le comunicó la extinción al

[718] En estos supuestos, el empresario ha de sopesar bien su decisión. Es obvio que la vía del desistimiento, "aséptica" y sin riesgos aparentes, puede complicarse en el supuesto en que el trabajador demande por despido, siempre que aquel pueda acreditar la existencia del motivo real de dicha decisión (con todo, la cuantía generalmente baja de la indemnización por despido y la desaparición de la condena a abonar salarios de tramitación en caso de opción por ésta, en caso de improcedencia, vendrían a minimizar tal riesgo). Por su parte, acudir a la vía del despido, implica trámites y gastos (asesoramiento en la preparación de comunicación de cese y, en su caso, defensa en juicio de la postura empresarial), por lo que parece claro que el empresario optará por la vía del desistimiento.

trabajador (cruce de llamadas por teléfono con tensión que fue creciendo progresivamente, con motivo en la negativa del trabajador de acudir a Burgos para el inicio de un servicio de transporte), la decisión adoptada por la empresa realmente constituyó un despido verbal que merecería la calificación de improcedente (postura de la Sentencia del Juzgado de lo Social); no obstante, estando vigente el período de prueba cuando se produce el incidente que desencadena la comunicación verbal de cese, la decisión empresarial, si bien parece no estar relacionada con la inhabilidad o impericia del trabajador para la ejecución de las tareas para las que fue contratado, sino más bien con su decisión de no acatar la orden que se le daba de acudir a Burgos, lo cierto es que, permitió dar a conocer la trayectoria que podía alcanzar o establecerse en las relaciones interpersonales anudadas al trabajo, quedando amparada la decisión empresarial por el art. 14.2 del ET, sin que pueda achacarse que aquélla decisión careciera de una causa o requisito formal que no se exigen.

Con menor acierto, a nuestro juicio, también se ha admitido el desistimiento en supuestos en los que, con toda claridad, la voluntad empresarial de resolver el contrato a prueba viene determinada por un incumplimiento cuya gravedad conllevaría forzosamente utilizar la vía del despido disciplinario, tal y como sucede en STSJ Madrid 8 noviembre 2013 (JUR 2013/17075), cuyos hechos probados dan cuenta de que cuatro días antes de comunicársele al trabajador el desistimiento por presunta no superación de la prueba, el encargado de la empresa había presentado denuncia en la Policía contra el actor, por la sustracción de unos documentos entregados al mismo días antes, situación que el Tribunal no considera impeditiva del desistimiento, en cuanto que "la decisión de no proseguir la relación laboral, si se manifiesta antes de la duración del plazo de prueba estipulado, no precisa especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora en cuanto que toda motivación es meramente subjetiva de quien la adopta.

Cuando el empresario ha acudido al desistimiento para encubrir un cese por causas objetivas (individual o colectivo), la respuesta ha sido dispar.

Así, la STSJ Castilla León / Valladolid 2 mayo 1995 (AS 1995/2035), en un supuesto en que el empresario comunica verbalmente el cese a un trabajador, vigente el periodo de prueba de su contrato de trabajo, dándose la circunstancia de que en ese momento el centro de trabajo llevaba varios días cerrado, la Sala considera que la libertad resolutoria consagrada en el art. 14 ET no puede justificar la pura arbitrariedad (Sentencia de 22

octubre 1985, RJ 1985\5190). Cabe sostener, pues, que al empleador no puede exigírsele explicite cuáles sean las razones de la extinción de un contrato durante el período de prueba sobre la base de la libertad resolutoria reconocida en el artículo 14.2, pero lo que no resulta admisible, cuando existen datos ciertos que revelan obedecer la extinción a causas ajenas a la no superación del período de prueba, es reconocer eficacia a cualquier decisión resolutoria empresarial que, durante el período de prueba, pretenda acogerse al apartado dos del artículo 14 ET.

En sentido opuesto, la STSJ Islas Canarias/Las Palmas 29 octubre 2008 (AS 2009/500), se enfrentó al caso de nueve trabajadoras que formaban parte de un grupo de veintisiete trabajadores que el 22-05-2007 iniciaron la prestación de sus servicios en el marco del Programa de Atención Integral a Mujeres Víctimas de Violencia de Género con órdenes de protección, previo concierto con el Ayuntamiento de Las Palmas de contratos temporales para obra o servicio sujetos a un periodo de prueba de dos meses, todos ellos con relación extinguida con efectos 13-07-2007 por no superación del periodo de prueba; en la demanda por despido interesaban la calificación de improcedencia por no respetar los requisitos formales del despido por causas objetivas y organizativas y ser la causa del desistimiento empresarial completamente ajena a la experimentación del trabajo. La Sala insular no atendió su petición (pese a que es obvio que la realidad del cese nada tenía que ver con la demostración de las cualidades y aptitudes por parte de las trabajadoras durante la fase de prueba), al considerar que el motivo que haya llevado al empresario a dar por extinguida la relación en el decurso de la prueba deviene irrelevante.

Partiendo, por los motivos apuntados, de la regla general de "acausalidad", son muy escasas las sentencias que, "desempolvando" algún pronunciamiento aislado del Tribunal Supremo (véase STS 29 diciembre 1989, RJ 1989/9088, que consideró que aunque no exista vulneración de un derecho fundamental, en caso de probarse que la causa del desistimiento es completamente ajena a la experimentación del trabajo, cabrá calificarla de fraudulenta, y consiguientemente el desistimiento empresarial como despido improcedente) se atreven a invalidar el desistimiento en período de prueba por ser las razones del mismo ajenas al resultado de la experimentación probatoria. Entre ellas, quizás citar la STSJ Madrid 17 diciembre 2010 (JUR 2011/107085), ejemplo que la propia Sala define como "paradigmático del abuso de la cláusula de prueba", al

acogerse la empresa a ella para poner fin a una relación laboral sin haber dado a la trabajadora la más mínima oportunidad de demostrar su valía profesional[719].

E. RECAPITULACIÓN

El rasgo más característico, quizás el definitorio, del período de prueba, es la facultad atribuida a las partes de resolver el contrato de trabajo durante el transcurso del tiempo establecido en un pacto *ad hoc*, sin precisarse forma expresa ni manifestación de causa, al ser dicha libertad resolutoria *ad nutum* (que es bilateral pero que realmente a quien más interesa es al empresario, dada la facultad de dimisión que el trabajador conserva durante toda la vida del contrato) una decisión extintiva no asimilable al despido, por más que doctrinalmente, en prevención de comportamientos arbitrarios o abusivos, se haya abogado por vincular la extinción del contrato durante la prueba con el resultado de la experimentación inicial del mismo. De esta forma, los motivos del cese no adquieren relevancia, limitándose el posible control judicial a los supuestos de abuso de derecho o vulneración de derechos fundamentales, conclusión ésta acorde con una concepción fiduciaria del contrato de trabajo y de respeto a ultranza de la libertad de empresa.

La vigencia del período de prueba no elimina, por sí mismo, la efectividad del resto de causas extintivas del contrato de trabajo distintas del desistimiento, de modo que, acaecida la causa singular que legitima el despido (disciplinario, objetivo), ésta es la fórmula que deberá utilizarse, si bien, por pragmatismo, el empresario suele acudir al desistimiento por sus ventajas desde el punto de vista económico y procedimental.

No obstante, dicha práctica o uso "impropio" del desistimiento, no resulta jurídicamente plausible, pues, si bien al empleador no puede exigírsele explicite cuáles sean las razones de la extinción de un contrato durante el período de prueba sobre la base de la libertad resolutoria reconocida en el artículo 14.2 ET, tampoco debe otorgarse eficacia a cualquier decisión resolutoria empresarial que, durante el período de prueba, pretenda acogerse al citado precepto, cuando existan datos ciertos que revelan que la extinción

[719] Según relata la Sentencia, "en el mismo momento en que se incorporó al trabajo se le indicó "que no se adecuaba su perfil al del puesto", cosa inverosímil (en tal caso, no se comprende cómo se pudo hacer la selección de la trabajadora de referencia, y más después de haberle hecho realizar un curso de prevención de riesgos laborales), además de totalmente inacreditada, ya que ninguna explicación ha dado la empresa sobre las razones por las que estima que la Sra. Esther no puede actuar como recepcionista si ni siquiera le ha dado una oportunidad para ejercitar tal actividad, que, por lo demás, no precisa especial cualificación".

obedece a causas claramente identificables como ajenas a la no superación del período de prueba. En esta línea, tampoco hemos localizado, salvo algún hallazgo "arqueológico", pronunciamientos judiciales que anulen la decisión de desistimiento por no haberse basado, propiamente, en el resultado de las experiencias propias del contrato.

Nota, asimismo, inherente al acto de desistimiento durante la prueba es su informalidad, al no haber exigido el legislador requisitos específicos para su validez (de manera que no se requiere expresar la decisión extintiva mediante una forma preestablecida, ni se exige carta de despido, ni el empresario ha de expresar o acreditar las causas que motivan su decisión), si bien la comunicación habrá de garantizar la seguridad jurídica del receptor, lo que se consigue asegurando su receptividad y dejando constancia expresa de que lo que se ejercita es la facultad de desistimiento y no otra fórmula extintiva, lo que, a buen seguro, evitará conflictos.

De comunicarse el desistimiento por escrito con expresión detallada de los motivos que lo provocan, existe el riesgo de que, pese a la libertad *ad nutum*, el trabajador quiera combatir legítimamente una decisión que entiende errónea, postura del trabajador que habría sido expresamente propiciada por el empresario, al introducir la "causalidad" en su decisión.

En cuanto al preaviso del desistimiento, es unánime la posición de la Jurisprudencia totalmente contraria a su exigencia legal. Para el trabajador, la falta de preaviso es la única diferencia entre el desistimiento y la ulterior facultad de dimisión; para la empresa se viene a facilitar la prontitud y agilidad en el ejercicio de una facultad que querrá poder articular tan pronto como estime necesario. No obstante, las partes pueden introducir este requisito mediante la negociación colectiva y la autonomía individual, dotando a la ulterior decisión de desistimiento de una formalidad sobrevenida, si bien, en este caso, habrán de ser muy cuidadosas a la hora de clarificar el sentido del pacto, su aplicación expresa también durante la fase de prueba, su carácter mínimo o máximo, y, desde luego, las consecuencias de su incumplimiento. Sin que exista unanimidad en la cuestión de si las partes, individualmente, pueden establecer en el contrato la exigencia de un preaviso superior al reconocido en el propio convenio colectivo.

El momento en que ha de producirse el desistimiento es, obviamente, aquel durante el que aún mantiene su vigencia el pacto de prueba, sin que se exija ningún tiempo mínimo, a partir de la suscripción del contrato, durante el que la facultad extintiva

permanezca inactiva, al haber validado nuestra jurisprudencia cualquier desistimiento empresarial, con independencia del tiempo transcurrido desde el inicio de la prestación de servicios (a veces transcurridas unas pocas horas), siempre que aquella decisión no pueda reputarse contraria a derecho por circunstancias distintas a su propio ejercicio tempestivo, lo que viene a confirmar la tibieza con la que nuestros tribunales asumen el contenido meramente retórico del precepto (art. 14.1.3º ET) que insta a las partes a experimentar el objeto del contrato. Por lo demás, comunicado el desistimiento con posterioridad al transcurso del período de prueba, siquiera con mínima demora, nos encontraremos ante un despido improcedente, al carecer de causa y formalidad correspondientes.

3. EL VECTOR CONSTITUCIONAL

A. REGLA GENERAL: DESISTIMIENTO Y RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Uno de los rasgos más característicos del período de prueba regulado en el art. 14 ET, es la libertad en la elección de causa para su extinción, añadida a la flexibilidad formal de dicha decisión[720]. Esto es, el empresario (también el trabajador), dentro del marco temporal establecido en el contrato de trabajo como período de prueba, puede acordar su extinción mediante el mero desistimiento del mismo, decisión que, si bien nunca será acausal (vendrá forzosamente determinada por un motivo, más o menos acertado, incluso una sensación) no precisa, en la regulación legal actual, de exteriorización de causa ni de formalidad alguna (a salvo de lo que, en su caso, pueda disponer la autonomía colectiva). Basta, pues, la mera manifestación de voluntad, informal, sin expresión del hecho o motivo del desistimiento, operando, durante esta fase inicial del contrato una presunción de legitimidad de los motivos del cese[721].

---

[720] Como indica R. Y. QUINTANILLA NAVARRO ("Extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba y lesión de derechos fundamentales", *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 164, 2014, pág. 336): "el núcleo de la regulación del período de prueba del contrato de trabajo es la facultad de desistimiento de la relación laboral…, facultad que se ejercita libremente y sin preaviso".

[721] El Tribunal Supremo en su sentencia de 6 febrero 2009 (RJ 2009/621) establece que "el período de prueba es 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 periodo de prueba esté 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 decisión finalizadora, pues

De esta forma, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial, si se ha constituido válidamente un período de prueba y su duración no ha sido agotada, las partes podrán rescindir libremente el contrato sin que se precise alegación, y menos aún prueba, de los motivos de la decisión unilateral, aceptándose en esta fase una suerte de extinción contractual por motivación meramente subjetiva que, por propia definición, se convierte en enemiga declarada del derecho a la estabilidad en el empleo, manteniéndose, durante la pervivencia del período de prueba, una "relación primaria antagónica"[722] entre ambos.

No obstante, aunque el mecanismo extintivo durante la prueba no participa de los requisitos de motivación propios de la resolución causal (por lo que en principio no es controlable judicialmente su motivación), es lugar común en la Doctrina y Jurisprudencia, indicar que la libertad de desistimiento contemplada en el art. 14.2 ET ni es absoluta ni da amparo a motivaciones fraudulentas o con causa torpe, de modo que, por la vía procedimental del despido (art. 103 LRJS)[723] podrán ser anuladas aquellas decisiones discriminatorias o que impliquen una vulneración de derechos fundamentales[724].

En este esquema, la protección específica contra el despido no surge sino hasta que se supera el citado período de prueba, encontrándonos, durante el inicio de la relación laboral, ante una suerte de "despido" que puede denominarse "libre"[725], al no exigir la

---

su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó, salvo que la decisión esté motivada por razón discriminatoria que viole el art. 14 CE o vulnere cualquier otro derecho fundamental".

[722] M. C. PIQUERAS PIQUERAS (*La Extinción…*, cit., pág. 10) sostiene que la atenuación de las normas limitativas de la libre extinción de la relación laboral constituye el rasgo más relevante del período de prueba; por el contrario, el principio de estabilidad en el empleo se manifiesta en la protección de la permanencia del trabajador en la empresa. Luego, bien puede afirmarse que entre este principio y aquella figura se establece una relación primariamente antagónica.

[723] La STS 27 julio 1993 (RJ 1993/5992) señalaba, con respecto al proceso de despido regulado en la anterior norma procesal (art. 103 y ss LPL), que tal modalidad procesal no quedaba reservada única y exclusivamente para los despidos disciplinarios, puesto que, por el contrario, los trámites propios de la misma son de aplicación a toda reclamación que formule un trabajador contra su cese en el trabajo o contra la extinción de su relación laboral ordenados por el empresario, cualesquiera que sean las causas que lo hayan propiciado, incluso sin tener que ver con las consignadas en el art. 54 ET.

[724] Como dice A.L. de VAL TENA (*Pacto de prueba…* cit., pág. 170): "en principio, el motivo del desistimiento empresarial no puede ser sometido a control judicial, por constituir una libre potestad que no precisa justificación; sin embargo, de esta regla general se exceptúa el desistimiento formal que esconda una razón discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales del trabajador".

[725] J. ROMERAL HERNÁNDEZ: "Uso y abuso del período de prueba: límites temporales y sustantivos a la luz de la jurisprudencia reciente, *Tribuna Social*, núm. 226, 2009, pág. 32.

norma estatutaria (art. 14.2 ET) que concurra una causa concreta para desistir. Ahora bien, de ello no podemos concluir que cualquier motivación del desistimiento empresarial quede legitimada como causa extintiva[726], dado que la decisión empresarial siempre estará "acechada" por el necesario respeto a los derechos fundamentales de la persona cuyo contrato de trabajo se decide extinguir[727].

Así, el hecho de que la resolución contractual durante el período de prueba no reclame una exigencia causal, al contemplarse como intrascendente su motivación, no excluye el eventual carácter ilícito de aquella decisión, aún en este ámbito de cualificada libertad[728], si viene a dar cobijo a una decisión discriminatoria. Como indica el Tribunal Constitucional[729], "que dicha decisión no consista en un despido causal fundado en una serie de motivos tasados, sino en una decisión no motivada, no excluye que desde la perspectiva constitucional sea igualmente ilícita una resolución discriminatoria", de manera que "la facultad de resolución de la relación laboral concedida por el art. 14.2

---

[726] Como señala E. LASAOSA IRIGOYEN: "Extinción del contrato de trabajadora embarazada durante el período de prueba y nulidad objetiva", *Aranzadi Social*, núm. 57/2014, pág.1: "a pesar de que el art. 14.2 ET permita al empresario el desistimiento no motivado durante esta fase del contrato, en ningún caso puede hacerse valer este precepto para justificar la producción de resultados inconstitucionales, como son las actuaciones discriminatorias".

[727] R. K. APARICIO ALDANA: "Período de prueba y discriminación", *Aranzadi Social*, núm. 58, 2014, pág. 5: "en el caso de relaciones laborales que hayan superado el período de prueba el sólo hecho de que la trabajadora se encuentre embarazada, conozca o no esta situación la empresa, hace presumir que su despido se ha producido por una discriminación en razón de sexo, por lo que el empleador deberá presentar pruebas de que las razones de su despido han sido distintas, por el contrario, en el caso de la extinción de una relación laboral de una trabajadora embarazada que no haya superado el período de prueba no se presume vulnerador del derecho a la no discriminación por razón de sexo, sino ejercicio legítimo de la facultad del empresario a despedir sin expresión de causa, debiendo la trabajadora demostrar, mediante indicios, de que tal despido se ha producido por vulnerar algún derecho fundamental. Es decir, la presunción es inversa, mientras en el primer caso se presume que el despido de la trabajadora es nulo debiendo acreditar el empleador que tal nulidad es inexistente porque han sido otras las razones, y no la discriminación en razón de sexo, lo que ocasionó el despido; en el segundo, la extinción de la relación laboral por el empresario se presume legítima y procedente siendo la trabajadora quien tiene que presentar suficientes indicios para acreditar que las razones de dicha extinción son resultado de una discriminación en razón de sexo y no por no cumplir con las expectativas de la empresa".

[728] M. C. PIQUERAS PIQUERAS (*La extinción…*, cit., pág. 27), señala que la amplitud del ámbito de libertad en que puede moverse la decisión empresarial de desistir durante la prueba, más allá de su perspectiva constitucional, es susceptible de análisis desde la estricta legalidad ordinaria, pudiendo realizar el Juez una evaluación sobre la causa real de la extinción, una función de control de fondo sobre la valoración misma, porque si no de nada sirve ni el deber de experimento impuesto a las partes, ni las garantías de no discriminación en el momento de ingreso en la empresa; ello no significa que pueda el Juez sustituir la valoración de las experiencias objeto de la prueba realizada por el empresario, pero sí enjuiciar dicha valoración utilizando como parámetro aquellas circunstancias relacionadas con la prestación laboral e ignorando otras ajenas a la misma. Asimismo, entiende que no puede admitirse que el empresario estime o valore por sí solo el fracaso o el éxito de la prueba, debiendo quedar tamaña decisión, por sus implicaciones y repercusiones prácticas, al arbitrio de los tribunales.

[729] STC 16 octubre 1984 (RTC 1984/94).

ET…está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental".

En expresión de nuestros Tribunales Ordinarios[730], la libertad resolutoria propia del periodo de prueba cede en aquellos casos en los que no se actúe con absoluto acatamiento al principio de no discriminación a que hacen referencia los artículos 4-2 c) y 17 del Estatuto de los Trabajadores, o en los que se incurra en abuso de derecho o en fraude de Ley, de manera que la libertad resolutoria de las partes cede y sufre una rígida excepción cuando la teórica resolución «*ad nutum*» encubre una decisión discriminatoria al enfrentarse con el mandato prohibitivo de toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social del artículo 14 de la Constitución (STS 8 julio 1986, RJ 1986/3992); porque, en definitiva, la libertad de desistimiento consagrada por el artículo 14.2 del Estatuto de los Trabajadores no ha de entenderse en términos absolutos, puesto que no ampara la que fuera ejercida con motivación torpe, por vulneración de derechos fundamentales, así como a la calificable de fraudulenta en tanto que descansara en consideración ajena a las experiencias que constituyen el objeto de la prueba (STS 27 diciembre 1989, RJ 1989/9090).

Por ello, las causas de extinción del contrato de trabajo durante y con ocasión del período de prueba por voluntad unilateral del empresario deben analizarse a la luz de la interpretación del TC, los Convenios OIT y las directivas comunitarias sobre no discriminación en el acceso al empleo, atendiendo, asimismo, al fundamento y finalidad del mismo en relación con el deber de experimento impuesto a ambas partes por el art. 14 ET, de manera que las fronteras del acto extintivo se encuentran, por una parte, en los límites que impone el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, y por otro, en las exigencias derivadas de la legalidad ordinaria. Si bien, más que elaborar un listado de causas justificativas, se trata de excluir, por vía negativa, aquellas que no pueden serlo, cerrando el "círculo de la libertad absoluta de resolución". De manera que ninguna extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba pueda tener por causa o motivo una circunstancia discriminatoria o vulneradora de un derecho fundamental, sea ésta burda (esto es, alegada sin tapujos, lo que es bastante

[730] STSJ Castilla León/Burgos 30 mayo 2012, AS 2012/1858.

improbable) o neutral (su aparente legalidad esconde una motivación discriminatoria)[731].

Así las cosas, en caso de que el desistimiento empresarial durante el período de prueba obedezca a un móvil discriminatorio, siempre podrá reclamarse la tutela judicial encaminada a "desenmascarar"[732] la razón última del cese, con reposición íntegra de los derechos fundamentales conculcados. En este sentido, no concibiéndose la relación laboral durante la vigencia del período de prueba como algo distinto al propio contrato, sino tan solo como una fase inicial (si se quiere más débil, o en consolidación), es obvio que cualquier decisión de ponerle fin ha de superar el juicio de constitucionalidad que pueda plantear el trabajador cesado[733].

Cuando el móvil discriminatorio es el que determina la decisión extintiva[734], o la integra, incluso sin concurso de voluntad consciente en el autor, el ordenamiento jurídico despliega sus efectos de mayor rango para conseguir la anulación de tales medidas, siendo, en este punto, conocida, la doctrina jurisprudencial sobre distribución

---

[731] M. C. PIQUERAS PIQUERAS: *La extinción…* (Bibl. cit.), págs. 37 y ss.

[732] Para STSJ Cataluña 13 julio 2011 (AS 2011/2456), en relación con la extinción del contrato durante el período de prueba, es cierto que el principio de libre resolución de los contratos durante el período de prueba supone que existe libertad de desistimiento durante la misma, y que es irrelevante el motivo alegado para resolverlo sin que se requiera ningún medio formalista. Ahora bien, a pesar de que el empresario puede rescindir la relación laboral de un trabajador en período de prueba sin fundarla en motivos tasados, el uso de la facultad rescisoria, no puede hacerse valer en contra de un Derecho Fundamental (Sentencia de T. Constitucional de 27 de septiembre de 1988 (RTC 1988, 167). No cabe pues considerar la facultad de desistimiento como absoluta, pues su ejercicio no está amparado por motivación torpe o fraudulenta.

[733] El Tribunal Constitucional, a partir de sus sentencias de 16 octubre 1984 (STC 94/84) y 26 septiembre 1988 (STC 166/88), reforzó la tesis de la causalidad del desistimiento durante el período de prueba, al mantener que "la motivación de la resolución del contrato durante el período de prueba, carecerá de trascendencia siempre que tenga cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por el precepto legal que evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales", y aplicar, respecto del *onus probandi*, el criterio de que "asuma el empresario la carga de probar los hechos generadores de la extinción de la relación laboral, bien constituyan causa legítima subsumible en alguna de las de ruptura unilateral de aquella, a impulso del empresario, bien sin legitimar el despido por causas excluyentes de su procedencia o por incurrir en nulidad, se presenten ajenos a todo propósito discriminatorio atentatorio a un derecho constitucional".

[734] Para M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO ("El período de prueba…", cit., pág. 477): hay que distinguir entre la causa del despido y los motivos que lo generan, ya que la causa es siempre la inadecuación del trabajador para el puesto de trabajo, que se presume, mientras que los motivos son aquellos aspectos de la prestación o de la persona del trabajador que llevan al empleador a concluir que la impericia del trabajador existe; al presumirse la concurrencia de esta causa también se presume que el empleador ha tenido motivos reales y legítimos para llegar a esta conclusión, lo que explica que los Tribunales no entren a fiscalizar normalmente los motivos del cese, si bien sí lo hacen cuando existen bases jurídicas para entender que la extinción obedece a una causa diferente.

de la prueba[735] según la cual, cuando ante una decisión empresarial se invoque por el trabajador su carácter discriminatorio por vulneración de derechos fundamentales, de modo tal que aquella invocación genere una razonable sospecha o presunción en favor del alegato de discriminación, ha de trasladarse al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable de la actuación empresarial, constituyendo esta exigencia una auténtica carga probatoria y no un mero intento probatorio, debiendo llevar a la convicción del juzgador no la duda, sino la certeza de que su decisión fue absolutamente extraña a todo propósito discriminatorio[736], haciendo desaparecer, con ello, la "verdad interina" creada por el trabajador[737].

Para ello, si el trabajador cesado es capaz de aportar indicios suficientes del móvil discriminatorio, pesará sobre el empresario la tarea de articular una explicación razonable del desistimiento, ajena a aquel móvil, viéndose obligado a "descubrir" la razón de la resolución contractual, manifestación que, hasta ese momento, no le era, en absoluto, exigible. En efecto, hasta la acreditación del citado panorama indiciario, era intranscendente jurídicamente tanto la indeterminación de los motivos del desistimiento,

---

[735] La STSJ Madrid 22 noviembre 2014 (AS 2014/981) ha señalado, con relación a la tutela frente a actos de discriminación, cómo el Tribunal Constitucional ha subrayado reiteradamente la importancia que en relación con la misma tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba. La necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial. Una necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador.

[736] STSJ Cataluña 13 julio 2011, AS 2011/2456.

[737] Como indica M. C. PIQUERAS PIQUERAS (*La extinción…*, cit., págs. 76 y 81), para determinar quien deba soportar la carga de la prueba en caso de extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario durante el período de prueba, debe distinguirse si el ejercicio del poder resolutorio empresarial se ha producido con incumplimiento de la legalidad ordinaria o si, por el contrario lo ha sido con vulneración de derechos fundamentales incluida la no discriminación. De este modo, en el primer supuesto, por la propia naturaleza del período de prueba, la extinción del contrato de trabajo se presume correcta desde el punto de vista legal, salvo prueba en contrario del trabajador, produciéndose una excepción a la regla general sobre la prueba de la procedencia de la declaración extintiva. Sin embargo, en el segundo supuesto, el actor deberá probar el indicio que permita presumir al juzgador la existencia de discriminación o vulneración de un derecho fundamental, recayendo la prueba en contrario sobre el demandado, quien más que probar que no ha habido discriminación, deberá demostrar que la extinción tiene un motivo objetivo y razonable, es decir que responde a un motivo no discriminatorio. En este último caso, la actuación probatoria del demandado consistirá en hacer desaparecer la "verdad interina" creada por el demandante mediante la presunción estimada por el Juzgador a través del indicio de discriminación, lo que exigirá unas veces la probanza de circunstancias de hecho que justifiquen su conducta, otras que la extinción se hubiera producido igualmente con independencia del "dato diferencial prohibido".

como los argumentos de probidad del trabajador, situación que cambia, una vez inmersos en el ámbito constitucional, al exigirse al empresario una explicación razonable del cese, que habrá que confrontar con los argumentos de superación "objetiva" de la prueba esgrimidos por el trabajador. De no superar el juicio de constitucionalidad, la consecuencia, ex art. 113 LRJS[738], es la readmisión del empleado, con abono de los salarios de tramitación, con posibilidad, asimismo, de reparación de los perjuicios causados por la vulneración contraria a la CE, mediante el abono de la indemnización correspondiente (art. 183 LRJS)[739].

Las decisiones empresariales, ya extintivas, ya de otro tipo, pueden atacar diversos derechos fundamentales, tal y como se constata echando una hojeada a la casuística judicial. Por poner un ejemplo, el TSJ País Vasco, en diciembre de 2007, tuvo la oportunidad de pronunciarse en un interesantísimo supuesto de cese en período de prueba que se consideró nulo por vulnerar el derecho a la libertad de expresión[740]. En concreto, dos trabajadores de una Organización No Gubernamental (con contrato indefinido a tiempo completo suscrito en 3-10-2006, en el que se estableció un período de prueba de seis meses), en un momento crítico de dicha organización relacionado con la detención policial de uno de sus máximos responsables, participaron en una rueda de prensa (el día 14-03-2007), junto con varios trabajadores (ninguno de éstos sometidos ya a período de prueba), en la que se criticaron diferentes aspectos de la organización,

---

[738] ART. 113 (EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL DESPIDO): "SI EL DESPIDO FUERA DECLARADO NULO SE CONDENARÁ A LA INMEDIATA readmisión DEL TRABAJADOR CON ABONO DE LOS SALARIOS DEJADOS DE PERCIBIR. LA SENTENCIA SERÁ EJECUTADA DE FORMA PROVISIONAL EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS POR EL ARTÍCULO 297, TANTO SI FUERA RECURRIDA POR EL EMPRESARIO COMO SI LO FUERA POR EL TRABAJADOR".

[739] Artículo 183 (Indemnizaciones): "1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados; 2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño; 3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales; 4. Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social".

[740] La STSJ País Vasco 11 diciembre 2007 (AS 2008/1077).

desmarcándose de la supuesta actuación ilícita de la cúpula empresarial, y pidiendo la dimisión del máximo responsable. Con fecha 30-03-2007 recibieron sendas comunicaciones de cese por no superar el período de prueba. Consta una comunicación interna de la organización en la que se justifica el cese de ambos por su falta de compromiso con la misión en los duros momentos por los que atraviesa, así como por la falta de confianza y sintonía de éstos con los objetivos y el modo de trabajar de la empresa, comunicación interna en la que expresamente se indica que el cese no tiene nada que ver con su participación en la rueda de prensa, añadiéndose que no se va a proceder al despido de ningún trabajador por ese motivo. En este contexto, el recurrente denuncia que es discriminado respecto al resto de operarios, pues ellos han podido expresar su opinión en una rueda de prensa, mientras que la temporalidad del período de prueba ha implicado una extinción de sus contratos vinculada a las manifestaciones llevadas a cabo. La empresa, por su parte, precisa que la prueba de que no ha sido así es que el resto de operarios no han sido despedidos. El conflicto se resuelve por el Tribunal indicando que: "conviene tener en cuenta que ha sido el despido practicado prácticamente al tiempo en que se extinguía la posibilidad, transcurridos casi los seis meses que se fijó de prueba, de manera que las actitudes y conductas anómalas, perfectamente podían haberse apreciado antes, y ejercitada la extinción en base a esta circunstancia; también, es importante significar que los dos operarios son cesados, precisamente quienes están en situación de período de prueba, por lo que el juicio de valoración no es el resto que no ha sido despedido, sino que los dos incurran en incumplimiento de las expectativas que respecto a ellos se había depositado al tiempo de su contratación, y por idénticas motivaciones, en el mismo tiempo y lugar, siendo que, lógicamente, sus prestaciones eran diversas, individualizables y particulares, sin que parezca lógico que se les incluya en la misma causa de no superación del período de prueba y en la misma fecha; a ello se añade otro indicio, como es la cercanía con la rueda de prensa expuesta, donde hay puntos como la petición de dimisión del presidente de la empresa, punto crucial, que unido al resto, nos lleva a consolidar indicios suficientes para transmitir la carga probatoria a la demandada; y, por último, no existe ninguna censura a su trabajo, relaciones o responsabilidad en su actuación, vinculándose la decisión extintiva en una falta de compromiso en circunstancias particulares, que se encuadran con la específica situación de la empresa.

También resulta de interés el supuesto resuelto en STSJ Cataluña 2 octubre 2008 (AS 2008/3117), en relación a la vulneración del derecho a la integridad física y moral. Se trata, en este caso, de una mujer, contratada por una empresa dedicada al montaje de stands para ferias internacionales, mediante contrato por obra o servicio, cuyo objeto era la cobertura de una vacante de administrativo, en el que se estableció un período de prueba de quince días. Con fecha 8-05-2007 la trabajadora recibió un burofax de la empresa, que le comunicaba lo siguiente: "se le reitera que en fecha 2 de mayo de 2007 le rescindimos el contrato de fecha 18.04.2007 de conformidad con la cláusula tercera por no superar el período de prueba". El resultado de la prueba practicada en el acto de juicio por despido permitió concluir que la decisión extintiva se enmarcaba en un contexto de represalia por las denuncias que la trabajadora formuló ante la policía y que tenían como origen la existencia declarada de un acoso por parte del empresario (en concreto: insinuaciones de tipo sexual reiteradas e intento de abuso), entendiendo el tribunal que, no obstante la facultad extintiva y su ejercicio en plazo hábil, se aprecia en este caso una vulneración del derecho a la integridad física y moral que protege el art. 15 de la CE en relación con los arts. 7 a 10 de la LO 3/2007, que determinan la nulidad del despido[741].

B. PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO DE LA MUJER TRABAJADORA

Ahora bien, en el marco del período de prueba, después de analizar decenas de sentencias, podemos afirmar que las lesiones constitucionales se concretan, en un altísimo porcentaje, en la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo[742], y muy especialmente[743], con motivo del embarazo de la mujer trabajadora, aspecto al que dedicamos las presentes líneas[744].

---

[741] El Tribunal confirma la sentencia del Juzgado de lo Social, elevando la indemnización por daños y perjuicios (derivados de cuadro ansioso-depresivo reactivo) a la cuantía de 9.000 €. En estos casos, esta vía parece la única capaz de resarcir el comportamiento empresarial, pues es ciertamente improbable que la actora se reincorporase a su trabajo (tal y como establece la Sentencia, al estimar la declaración de nulidad del despido) en tales condiciones: una empresa de tamaño reducidísimo y un acosador sexual como empresario. Tampoco tiene demasiado sentido intentar sustituir aquella readmisión por una indemnización de despido, habida cuenta de la ridícula cuantía anudada a una antigüedad de apenas quince días. Entendemos, por último, que, aunque no se indique, también se habría violado la garantía de "indemnidad", por represalia ante las denuncias previas.

[742] Para C. SÁEZ LARA: *Mujeres y Mercado de Trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid, CES, 1994, pág. 56, la discriminación directa por razón de sexo aparece cuando existe un tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable a una persona por razón de su sexo.

Las causas son evidentes, y la Doctrina las ha expuesto sin tapujos: la mujer que decide ser madre no se encuentra para el empresario en las mismas condiciones de disponibilidad que el trabajador varón, y esos "inconvenientes" son los que le conducen a deshacerse de ella, antes de intentar acometer soluciones organizativas para hacer compatible la vida laboral y familiar[745]. Y es que, pese al avance de la sociedad en la búsqueda de la igualdad efectiva, las mujeres tienen serias dificultades para conseguirla en el trabajo, pues para muchos empresarios, especialmente en el sector privado, trabajo y maternidad resultan incompatibles, lo que les mueve a desprenderse de la trabajadora cuando saben o sospechan de su estado de gravidez, ya que ello les puede conllevar a bajas por maternidad, solicitudes de reducción de jornada, ausencias al trabajo por cuidado de hijos, etc.[746], circunstancias que incrementan el riesgo cierto[747] de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad.

---

[743] Como indica la STSJ País Vasco 1 octubre 2003 (AS 2003/272): "la distinción entre actuación empresarial contraria a la protección de la mujer por razón de embarazo y contraria a la discriminación por razón de sexo, …resulta artificial, pues una y otra no pertenecen a diversas categorías de conductas vulneradoras de un derecho fundamental, sino que guardan entre sí una relación de género y especie, donde el género consiste en la prohibición de actos perjudiciales para la trabajadora que toman como eje de su adopción precisamente su condición de mujer, mientras la especie supone la prohibición de conducta empresarial desfavorable para la mujer trabajadora basada únicamente en el embarazo. Cualquier conducta contraria al derecho a la protección por embarazo es reconducible, en última instancia, a la vulneración del derecho de la mujer a no ser discriminada por razón de sexo, ya que precisamente el peor trato laboral que recibe la trabajadora a consecuencia de un proceso de gestación supone un daño del que sólo puede ser sujeto pasivo la mujer. Añadiendo que la infracción constitucional "se puede producir no sólo por conductas que encierran tal componente subjetivo, sino también a través de actuaciones que por sus resultados últimos y, al margen de la intención de su autor, perjudican a las mujeres trabajadoras".

[744] El motivo de que no sean muy comunes los procesos judiciales de tutela en los que aparezcan comprometidos otros derechos fundamentales (piénsese en la garantía de indemnidad, desplegada a raíz de un cese a consecuencia de una reclamación salarial, una sanción o denuncia previas, o la libertad sindical, por el ejercicio de labores representativas; o la libertad de expresión, por censura de los métodos de trabajo en la empresa), puede ser, por una parte, el hecho de que el escaso tiempo transcurrido normalmente desde el inicio de la contratación impedirá que se verifiquen tales conflictos; por otra, y quizás con mayor sentido, el trabajador esperará a que transcurra el tiempo previsto para el período de prueba antes de comprometer su trabajo mediante una actuación que, pese a su legalidad, pueda acarrear una respuesta discriminatoria por parte del empresario.

[745] P. ARAMENDI SÁNCHEZ: "El despido de la trabajadora embarazada", *Aranzadi Social*, núm. 13, 2006 (BIB 2006\1359).

[746] R. POQUET CATALÁ: "El despido de la trabajadora embarazada durante el período de prueba", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 165, págs. 23-49.

[747] La STSJ Extremadura 31 mayo 2012 (AS 2012/1764) da cuenta de "una realidad sociológica tozuda, cual es el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad de las mujeres trabajadoras, lo que constituye probablemente el problema más acuciante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales, problema de cuya trascendencia y gravedad dan cuenta los datos revelados por las estadísticas (España constituye el país europeo con menor tasa de actividad femenina -el 44,5%- en comparación con la tasa masculina -el 67,6%- encontrándose aún muy lejos de los objetivos marcados en

En el ámbito europeo, el TJUE ha venido desarrollando, desde los inicios del proyecto común, una labor de protección del embarazo y la maternidad, mediante una interpretación expansiva de la tutela protectora del Derecho comunitario[748], labor que ha simultaneado con la censura de toda normativa excesivamente protectora de la condición femenina que conlleve desigualdades de trato entre los sexos no fundadas estrictamente en la protección de la maternidad, sino en condiciones obsoletas basadas en la mayor debilidad del sexo femenino o tendentes a evitar su sobreexplotación laboral como sujetos potencialmente vulnerables, tendencia que ha mantenido nuestro TC al señalar que el mandato de no discriminación por sexo del art. 14 CE exige eliminar aquellas normas jurídicas que "con la salvedad del embarazo y la maternidad, aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos, pero que suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo". De modo que las normas protectoras que establecen un trato diferenciado de la mujer en lo que se refiere al embarazo y la maternidad[749] se conciben, desde esta perspectiva, como una excepción a la igualdad de trato en materia de condiciones de trabajo[750].

---

la Estrategia de Lisboa para el año 2010. El índice de paro femenino sigue doblando al masculino, la temporalidad es de más de cinco puntos porcentuales respecto a los hombres, y el salario medio mensual de las féminas sigue cifrado en un 24% por debajo en las mujeres). Se trata de evitar tanto que su condición de mujer, derecho y libertad a ser madre merme sus legítimas expectativas en el plano laboral profesional, como que éste incida de forma negativa en el pleno desarrollo de las posibilidades propias de la referida condición, especialmente la maternidad".

[748] Dos de las Sentencias más paradigmáticas y que han sido objeto de numerosos comentarios, son las SSTJCE 4 octubre 2001 (*Tele Danmark* y *Jiménez Melgar*), en las que se puso de manifiesto que en la calificación como discriminatorio de un despido basado en la incapacidad de la trabajadora para ejecutar su contrato de trabajo por encontrarse embarazada, no tenía incidencia el hecho de que el contrato celebrado fuera de duración determinada o por tiempo indefinido (aplicación de la Directiva 92/85, art. 10), ni siquiera que se tratase de una renovación de un contrato temporal (aplicación de la Directiva 76/207, art. 2.1.), ni el alcance del perjuicio económico sufrido por el empresario debido a la ausencia ocasionada por el embarazo, reiterando, en éste último extremo, lo dicho previamente por la STJCE 8 noviembre 1990 (*Dekker*).

[749] Según J. GORELLI FERNÁNDEZ: *La protección por maternidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 366, estaríamos en estos casos ante normas que no tienen ese carácter discriminatorio, pues no se basan en la inferioridad de la mujer, sino en la importante función social de la maternidad y de la procreación; son normas que diferencian entre el hombre y la mujer, pero por motivos fisiológicos y no sexistas.

[750] N. E. RAMOS MARTÍN: "La tutela de la trabajadora embarazada en la reciente jurisprudencia comunitaria", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 37, pág. 184.

Pues bien, desde la perspectiva de nuestro derecho positivo, la extinción del contrato de trabajo de una mujer embarazada[751] puede merecer la calificación de nulidad por dos motivos: a) bien porque el cese responda a un móvil discriminatorio o atentatorio a algún derecho fundamental; b) bien porque el cese se haya producido encontrándose la trabajadora encinta, con independencia de que la intencionalidad subyacente a la decisión guarde relación alguna con su embarazo.

El primero de los supuestos, doctrinalmente conocido como nulidad "causal", es el que protege a la trabajadora en el ámbito de sus derechos fundamentales, de manera que, aportados, por aquella, indicios razonables de vulneración (el denominado panorama indiciario suficiente[752]), las reglas procesales de prueba se flexibilizan hasta el punto de gravar al empresario con la carga de acreditar motivos ajenos al móvil discriminatorio apuntado, requiriéndose no una mera alegación de éstos, sino un auténtico esfuerzo probatorio[753].

Ahora bien, el mero conocimiento empresarial del estado de embarazo puede no ser suficiente, desde el punto de vista de esta nulidad "culpable", para desplegar las reglas procesales de inversión probatoria. En efecto, los Tribunales han tenido la ocasión de pronunciarse de forma dispar, siendo ejemplo de lo que manifestamos, lo reflejado por las siguientes sentencias:

---

[751] El despido de la trabajadora embarazada será, por supuesto, ajustado a Derecho cuando se acredite, bien un incumplimiento disciplinario grave y culpable, merecedor de la máxima sanción, bien un contexto "objetivo" que legitime la decisión de cese. En este último sentido, los Tribunales vienen validando todas aquellas decisiones de despido, objetivo o colectivo, en las que se acreditan las causas económicas, organizativas o de producción alegadas, sin que el embarazo (también baja maternal, lactancia o reducción de jornada) de la trabajadora despedida sea obstáculo. Véase STSJ Cataluña 24 abril 2013 (AS 2013/1598) y 7 noviembre 2014 (JUR 2015/17651), STSJ Madrid 8 mayo 2013 (AS 2013/2821) y 31 enero 2014 (AS 2014/1589), o STSJ Galicia 28 septiembre 2012 (JUR 2012/365307).

[752] El art. 96 LRJS establece que "En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad". En este punto es muy importante destacar cómo, desde un punto de vista procesal, el conocimiento del estado de embarazo por el empresario puede no ser suficiente para que se produzca la inversión de la carga probatoria, y ello porque para entender concurrente el indicio de discriminación, resultan precisos tres requisitos básicos: 1) que la trabajadora se encuentre embarazada; 2) que se produzca un acto extintivo coetáneo; y 3) que exista una conexión entre ambos, exigiéndose un conocimiento, directo o indirecto, por parte del empresario, sin que el mero dato de conocimiento del embarazo y posterior despido constituya indicio de discriminación por razón de sexo (STC 342/2006, 11 febrero 2006).

[753] STS 29 junio 1990 (RJ 1990, 5541).

En STSJ Cataluña 13 septiembre 2005 (AS 2005/3634), se estima indicio suficiente de discriminación el hecho de que la trabajadora, unos días antes de ser despedida, permaneció en situación de baja médica por enfermedad común, siendo asistida en Urgencias por dolores ováricos y dismenorrea; que la empresa procediera al despido al tener conocimiento de aquellos trastornos y previsión de un posible embarazo (alegando como causa retrasos injustificados y no entrega de partes de baja y confirmación) constituyen, a juicio del Tribunal, el indicio necesario para desplazar a la empresa la carga de probar la desconexión entre tal circunstancia y la decisión extintiva.

Para la STSJ Cataluña 13 julio 2011 (AS 2011/2456), aún sin acreditarse por completo el conocimiento empresarial del estado del embarazo, se viene a contemplar el panorama discriminatorio al considerar indicio razonable el hecho de que la trabajadora (vigilante de seguridad) fuese cesada en período de prueba (justo el último día del mismo) tan solo nueve días después de haber sido promocionada a Jefe de Equipo, lo que permite establecer la hipótesis razonable de que la demandante comunicara a su Jefe de servicio su estado de embarazo para oponerse al turno de 12 días seguidos de trabajo que se le había comunicado, siendo tal conocimiento lo que habría determinado la posterior decisión de cesarla por no superar el período de prueba, lo que además parece confirmarse a la vista de la "nimiedad" de los argumentos esgrimidos para justificar su cese (quejas de que se abanicaba durante el servicio, no permanecía siempre de pie o carecía de liderazgo).

La situación indiciaria que refleja la STSJ Cataluña 26 febrero 2004 (AS 2004/1708), aun sin conocimiento acreditado del embarazo, es la siguiente: 1) el contrato eventual se concertó en 5-09-2002, por 6 meses de duración y estableciendo un período de prueba de un mes; 2) En 14-10-2002 se produce la interrupción involuntaria del embarazo, como consecuencia de aborto; 3) el día 16-10-2002 entrega la trabajadora en la empresa parte médico de baja sin que conste la causa de la misma; 4) el 17-10-2002 se le entrega carta de despido, con efectos del 21 siguiente, en la que se alega disminución continuada de rendimiento y falta de adaptación al puesto de trabajo; 5) El despido fue declarado improcedente en la instancia, pues no resultaron probados los hechos imputados, sobre lo que en la sentencia recurrida se razonó ampliamente en el segundo de los Fundamentos de Derecho. Con tales antecedentes no es difícil entender que se aportan indicios racionales suficientes por parte de la trabajadora para acreditar que la decisión empresarial no estaba justificada por las imputaciones formuladas en la carta

de despido y estaban en íntima relación con la baja médica entregada el día antecedente. Si bien en la sentencia no se declara que la empresaria conociera en el momento del despido la interrupción del embarazo de la trabajadora, tampoco era necesario cuando no es exigible la comunicación al mismo, al pertenecer al ámbito de la intimidad de ésta.

La STSJ Castilla León/Valladolid 21 febrero 2007 (AS 2007/2851) señala, en relación al caso examinado, que lo que ha de valorarse como indicio es cómo el despido se produce inmediatamente después de conocerse por el empresario, por serle comunicado por la trabajadora, su reciente estado de gestación…, pues, a falta de todo otro dato, el hecho de que el despido (29 junio) se produzca en un tiempo posterior y próximo al conocimiento empresarial del embarazo (30 mayo) constituye por sí mismo un indicio de móvil discriminatorio. La Sentencia cita, a su vez, lo decidido, en el mismo sentido, por el TC en S 11 diciembre 2006 (conocimiento de embarazo en 5 de enero y cese en 7 de febrero).

La STSJ Madrid 22 diciembre 2012 (AS 2012/154) refleja un interesante supuesto pues se considera indicio de discriminación el estado de embarazo en un caso en que se contrata a la trabajadora en un estado de gestación de ocho meses, algo que, en principio, resultaría incoherente, dadas las posibilidades de no haberla contratado. Lo que ocurre es que la trabajadora venía prestando sus servicios como monitora para una empresa adjudicataria del servicio de transporte escolar de la Comunidad de Madrid, que durante varios años vino realizando dicho cometido hasta que, con fecha 2-11-2010, se hace cargo del mismo una nueva adjudicataria, que contrata a la trabajadora demandante, a la que decide cesar por no superar el período de prueba, en 5-11-2010, encontrándose, como se ha indicado, en una situación de embarazo prácticamente a término. Pues bien, en este contexto, el Tribunal madrileño considera existente un verdadero propósito encubierto de discriminarla por razón del embarazo".

En sentido contrario, la STSJ Madrid 26 mayo 2014 (AS 2014/2443), ante un cese, el 7/02/13, vigente el período de prueba de un mes, considera que el simple hecho del embarazo no es un indicio como tal cuando la situación de la actora era conocida antes de la contratación (el 3/01/13) y decide el 8/01/13 suscribir con ella el contrato temporal y no fue impedimento para ello el estado de gestación de la demandante. El mismo tribunal, en STSJ 22 noviembre 2014 (AS 2014/981), considera indicios suficientes del panorama discriminatorio: el conocimiento del embarazo al tiempo del despido, junto a

la favorable opinión que la empresa tenía del trabajo de la actora al haber suscrito un segundo contrato temporal, nada más finalizar el anterior.

Establecida, en estos términos, la realidad de un panorama indiciario suficiente, habrá el empresario de intentar neutralizarlo, de manera que, si no lo consigue, el despido se considerará nulo[754]; sería improcedente si, consiguiendo neutralizar los indicios de discriminación, no logra, sin embargo, acreditar la existencia de hechos con relevancia tal que justifiquen la adecuación a Derecho de la medida adoptada; y procedente, en fin, si se acreditan los motivos del cese y éstos, además de encajar legalmente en motivo de extinción, no van acompañados de panorama discriminatorio alguno.

El segundo supuesto, denominado comúnmente nulidad "objetiva" (también "automática" o "reforzada") es el que, sin necesidad de concurrencia de un móvil vulnerador de derechos fundamentales, determina la nulidad de aquella extinción contractual, no procedente, producida durante aquellos períodos "blindados" por los apartados a, b y c del párrafo 2º del artículo 55.5 ET[755], en supuestos de despido disciplinario, reproducidos, en el artículo 53.4 ET, también para los supuestos de extinción del contrato por causas objetivas[756].

---

[754] La tensión entre los elementos que se configuran como indicios de discriminación, por una parte, y la resistencia empresarial, que se articula mediante la justificación objetiva y razonable de la decisión extintiva, alejada de aquel propósito, es la que resuelven nuestros Tribunales, ajustándose a las circunstancias del caso concreto. A modo de ejemplo, en STSJ Madrid 22 noviembre 2013 (AS 2014/981) el hecho de que la actora estaba embarazada, "es un primer indicio serio y consistente de discriminación"; el segundo indicio o sospecha de discriminación lo tenemos en el hecho que la empresa tenía formada una favorable opinión acerca de cómo se había desenvuelto la actora en el primer contrato eventual suscrito,…, tan es así que tan solo dos meses después de su expiración suscribe un nuevo contrato con la recurrente, esta vez como auxiliar administrativo, categoría profesional de auxiliar. Ninguna empresa contrata de nuevo a la misma persona en un mismo centro si no tiene la seguridad de que se desenvuelve correctamente desde un punto de vista profesional; el tercer indicio viene representado por el hecho de que tres de las imputaciones que justificarían su cese no encajan en las funciones encomendadas a su categoría. Frente a tales indicios, el hecho de que la empresa acredite tener en su plantilla a trabajadoras embarazadas, o el testimonio de la subdirectora del centro, indicando estar descontenta con su labor, no son, desde luego, suficientes para "volcar" el citado panorama indiciario.

[755] De períodos "blindados" hablaba ya en 2005 M. M. ALARCÓN CASTELLANOS: "La resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante el período de prueba: desistimiento o despido nulo", en *Aranzadi Social*, núm. 2, 2005, pág. 2, quien además destaca cómo "en este último caso, la protección del trabajador es mucho mayor porque no necesita aportar indicios de discriminación para conseguir la declaración de nulidad del despido, simplemente debe demostrar que se encuentra en alguno de los períodos recogidos en el citado artículo 55.5 ET".

[756] No se modificó, sin embargo, el art. 51 ET, lo que para J. M. DÍAZ MORA: "La extinción del contrato de trabajadora embarazada: ¿nulidad objetiva o causal?", *Información Laboral*, núm. 12, 2003, pág. 8, equivale a la no extensión de la nulidad a este tipo de ceses colectivos, habiendo primado el legislador en mayor grado los intereses empresariales que la estabilidad en el empleo de las trabajadoras embarazadas afectadas por la regulación de plantilla.

Como es sabido, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras[757], vino a dar nueva redacción a los citados preceptos estatutarios[758], añadiendo a los tradicionales supuestos de nulidad causal, aquellos otros en los que meramente se constata que el cese laboral se ha producido durante la situación de embarazo, ampliándose luego, por Ley 3/2007, de 22 de marzo, al resto de situaciones allí indicadas[759].

La modificación legal operada[760] provocó, inmediatamente, una duda jurídica de gran trascendencia: ¿si pese al carácter "objetivo" de la regla que define como nulo el despido de una trabajadora que se encuentra embarazada, es además preciso que el empresario que adopta la decisión de cese conozca efectivamente (no importa ahora a través de qué medio) la situación de embarazo de la mujer? O lo que es lo mismo, si la nulidad objetiva puede actuar, "emancipada", con absoluta independencia del panorama

[757] De esta ley se ha dicho que asume las tres funciones de toda norma antidiscriminatoria, esto es, una función preventiva mediante la definición normativa adecuada, clara y comprensible de las conductas prohibidas, una función tutelar mediante el reforzamiento de los procedimientos de tutela antidiscriminatoria y del sistema sancionador y una función promocional, de fomento a la paridad y remoción de los obstáculos (en ese sentido, R. POQUET CATALÁ: "El despido…", cit., pág. 4).

[758] La Exposición de Motivos de la Ley 39/1999 precisa que el fundamento de sus previsiones descansa en el artículo 14 CE y en las Directivas 92/1985/CEE, de 29 de junio (relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia) y 96/34/CE, de 3 de junio (relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental).

[759] El art. 55 ET (Forma y efectos del despido disciplinario) establece, en su número 5, que "Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador". Añadiendo, en su segundo párrafo, que "Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período; 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), y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley; y c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo". Nulidad, claro está, que se producirá "salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados".

[760] Con su correlativo reflejo en la legislación procesal: arts. 108.2. b y 122.2.b LRJS.

vulnerador de derechos fundamentales, que es lo que, tradicionalmente, conlleva la declaración de nulidad de la medida empresarial[761].

Si obtenemos una respuesta afirmativa, inmediatamente surgirá otra cuestión, no menos importante: ¿El régimen de nulidad "objetiva" previsto para el despido (dada su inclusión en los dos preceptos estatutarios referenciados), es aplicable a cualquier decisión de cese o extinción del contrato de trabajo, como puede ser la de desistir del contrato por no superación del período de prueba? Dicho de otro modo: ¿puede restringirse por esta vía la facultad empresarial de rescindir el contrato de trabajo durante el período de prueba?

Vamos a intentar aclarar, en los siguientes apartados, cuál ha sido la contestación que, cronológicamente, han venido dando los Tribunales a estas cuestiones (adelantamos ya que las respuestas han sido vacilantes) y cuál es la situación actual, que, desde este momento adelantamos, no parece ser, ni mucho menos, una cuestión pacífica.

C. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: INDICIOS E INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

No parece que genere conflicto alguno afirmar que, con anterioridad a la reforma de los artículos 53.4 y 55.5 ET, operada por la Ley 39/1999, una pretensión de nulidad en el cese de una trabajadora embarazada requería, con carácter incuestionable, el conocimiento de la situación de embarazo por parte del empresario, al no poder concebirse un despido discriminatorio, por ese motivo, sin su previo conocimiento.

Dicha solución era además acorde con lo dispuesto, en el ámbito comunitario, por la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada[762].

Por su parte, el Tribunal Constitucional había equiparado, a efectos de tutela antidiscriminatoria, el despido causal con la resolución del contrato durante el período de prueba de una trabajadora embarazada, afirmando que aunque esta última decisión

[761] Para J. M. DÍAZ MORA: "La extinción del contrato…", cit., pág. 1, el entronque de la modificación introducida en el artículo 55.5 ET por la Ley 39/1999 con la prohibición de discriminación por sexo es patente.

[762] Cuyo artículo 2 considera "mujer embarazada" a la que haya comunicado su embarazo al empresario, siendo, pues, el conocimiento empresarial de dicho embarazo requisito necesario para la calificación de nulidad.

no consiste en un despido causal fundado en motivos tasados, sino en una decisión no motivada, es igualmente ilícita una resolución discriminatoria[763], debiendo aplicarse a ésta los principios básicos de la extinción por despido.

Las dudas surgen, no obstante, cuando, en la transposición de dicha Directiva Comunitaria, llevada a cabo, precisamente por la Ley 39/1999[764], se decide ampliar, de manera clara[765], el ámbito protector de aquella, al incluir los supuestos indicados de nulidad "objetiva"[766], ampliación que la Doctrina interpretó mayoritariamente, no como una modulación de la regla general de no discriminación, sino como una fórmula, de distinta naturaleza, cuyo objetivo es acabar con una realidad social: la expulsión de la trabajadora embarazada del mercado laboral, lo que solo se puede conseguir con medidas de acción positiva que garanticen su permanencia en el empleo por razón de su estado, fuera éste conocido o no por el empresario[767].

A partir de este momento, algunas sentencias de suplicación acogieron la teoría de "nulidad objetiva", aplicando automáticamente la calificación de nulidad al despido no procedente de las trabajadoras embarazadas[768], en virtud de la novedosa protección

---

[763] En la STC 94/1984 (comentada por M. ALONSO OLEA: "Sobre el despido en período de prueba; y sobre el respeto a los hechos probados jurisdiccionales", en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, II, 1984, ref. 127) se afirma que la facultad de resolución contractual durante el período de prueba "está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental, como en el presente caso el de igualdad". A partir de ahí se inicia la línea doctrinal (véase STC 166/1988) que configura a los derechos fundamentales como límite a la libertad de desistimiento empresarial en el período de prueba. En la STC 173/1994 se establece que el embarazo es factor de "discriminación directa por razón de sexo por tratarse de una situación que afecta exclusivamente a la mujer", de manera que a los tratamientos desfavorables basados en el embarazo se aplica la técnica de la prueba indiciaria (comentada por A. MONTOYA MELGAR: "No renovación de contrato por embarazo de la trabajadora", en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, XII, 1994, ref. 859).

[764] La norma traspuesta en el art. 55.5.b es el art. 10 de la Directiva 92/85, que establece «como garantía para las trabajadoras» la «prohibición» del despido «durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad».

[765] Cfr. R. Y. QUINTANILLA NAVARRO: ("Extinción del contrato…, cit., pág. 337): "el legislador español… ha optado por establecer una tutela objetiva de efecto automático, superior a la prevista en la Directiva comunitaria, que hace superflua toda constatación de la existencia de una subjetiva discriminación de la trabajadora afectada".

[766] Valga de ejemplo la STSJ Extremadura 17 enero 2005 (PROV 2005, 37920), que condiciona la protección dispensada por el art. 55.5. a la previa comunicación del estado de gestación.

[767] Síntesis de lo manifestado por R. POQUET CATALÁ: "El despido…" (Bibl. cit.), pág. 21.

[768] Entre otras, las SSTSJ Cataluña 4 octubre 2000, 18 junio 2001, 21 julio 2001, 18 enero 2005, 22 marzo 2005 y 18 mayo 2006; STSJ Navarra 20 enero 2006; SSTSJ País Vasco 1 octubre 2002 y 21 junio 2005; STSJ Asturias 10 junio 2005; STSJ Madrid 4 mayo 2004; STSJ Cantabria 29 diciembre 2001.

ajena a cualquier móvil discriminatorio, conclusión compartida por muchos autores[769]. Otras sentencias de suplicación, sin embargo, lo hicieron en sentido contrario[770].

Sin embargo esa no fue la interpretación, al menos inicialmente, del Tribunal Supremo, que comenzó a aproximarse al nuevo texto legal exigiendo el conocimiento empresarial del embarazo ("hecho indicio") para apreciar, iuris et de iure, la existencia de móvil discriminatorio y, con él, la nulidad del despido (con la excepción de procedencia por motivos justificados). Esta postura inicial, en la que el conocimiento empresarial del estado de gestación es constitutivo del despido nulo, encajaba, de alguna forma, en el marco de la propia Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, que expresamente exigía para que la decisión extintiva fuera nula, que el despido fuese motivado, entre otros, por el embarazo, aludiendo el término "motivado" sin duda al móvil discriminatorio[771]. En definitiva, la presunción del art. 55.5.b ET había de apoyarse, como tal presunción, en un hecho indicio, y éste no podía ser otro que el conocimiento por el empresario de la situación de embarazo.

En esta línea interpretativa inicial, la "polémica" STS 19 julio 2006 (RJ 2006, 8040)[772], dictada en Pleno (y las posteriores SSTS 24 julio 2007, 29 febrero 2008 y 12 marzo 2008), reconociendo la complejidad del asunto a resolver, y destacando la ausencia, en aquel momento, de pronunciamientos del Tribunal Constitucional en esa específica cuestión, decide mantener la exigencia del necesario conocimiento empresarial del embarazo, encargándose, no obstante, de destacar las importantes ventajas incorporadas por la nueva redacción del texto legal analizado[773]. El núcleo argumental de la sentencia puede sintetizarse en las siguientes ideas:

---

[769] Y es que "si este primer apartado del artículo 55.5. ET ya califica como nulo cualquier despido en el que el empresario haya actuado por móvil discriminatorio, no tendría sentido alguno exigir también la concurrencia de intencionalidad discriminatoria en los supuestos introducidos en este precepto legal bajo las letras a) y b) por la Ley 39/1999, que de esta forma quedarían subsumidos en el caso anterior tal y como ya se aplicaba con anterioridad a la reforma (J. M. DÍAZ MORA: "La extinción del contrato…", cit, pág. 5).

[770] Entre otras, STSJ Madrid 18 junio 2006 (AS 2006/3409).

[771] Si bien es la propia Exposición de Motivos la que dice mejorar la protección comunitaria, superando los niveles de protección previstos en las mismas.

[772] J. F. LOUSADA AROCHENA: "Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y período de prueba", *Revista de Derecho Social* núm. 63, 2013, pág. 145.

[773] La decisión se adoptó por mayoría de 8 a 7, desmarcándose de la doctrina mayoritaria de los Tribunales Superiores de Justicia, favorable a la aplicación automática, y de la doctrina académica, decantada mayoritariamente en idéntico sentido desde los primeros comentaristas (así, por todos, J. F.

- La Ley 39/1999 concibe el despido nulo como un supuesto particular de despido discriminatorio, en el que el derecho fundamental lesionado es el derecho a no ser discriminado por razón de sexo o por razón de cargas familiares.

- El presupuesto, exigido por la Exposición de Motivos, de que el despido sea «motivado» por el embarazo de una trabajadora es el conocimiento por parte del empresario que despide de dicho estado de gestación, de manera que la tesis de la «nulidad objetiva», al prescindir del móvil de la decisión extintiva, no se ajustaría a la finalidad de la norma.

- La configuración del despido nulo de la mujer embarazada como un supuesto especial de «despido discriminatorio» conduce a una construcción sistemática del art. 55.5. ET como norma dedicada en su integridad al despido nulo por lesión de derechos fundamentales, de manera que el párrafo inicial contiene la regla general, mientras que los párrafos incluidos en las letras a) y b) especifican la regla general a través de un régimen de prueba favorable a la trabajadora.

- La exigencia del conocimiento por parte del empresario del estado de gestación de la trabajadora se ajusta plenamente al principio de «seguridad jurídica» (art. 9.3.CE), no pareciendo razonable sacrificar la certeza del derecho haciéndola depender del dato "totalmente azaroso del estado de gestación, imposible de conocer durante un cierto tiempo incluso por la propia mujer embarazada".

LOUSADA AROCHENA: "Prohibición de despido…", cit., pág. 145). La sentencia cuenta, no obstante, con un potente Voto Particular (que formulan los Magistrados Moliner Tamborero y Fuentes López, al que se adhieren Desdentado Bonete, Gullón Rodríguez, de Castro Fernández, Agustí Juliá y Gilolmo López), en cuyo apartado segundo, se indica que "Una interpretación literal del artículo 55-5 b) del ET, lleva a la conclusión de acuerdo con la letra del precepto, que la calificación de nulidad es automática, de forma que actúa exista o no acreditación de indicios de discriminación, pues los despidos discriminatorios están en el párrafo primero y los automáticos en el segundo; lo que pretende la norma es proporcionar a las trabajadoras embarazadas una tutela más enérgica que la tutela discriminatoria, dispensándola de la carga de acreditar los indicios de discriminación y singularmente el conocimiento por el empresario del embarazo, prueba muy difícil y posiblemente atentatoria a la dignidad de la mujer que no tiene porqué participar su estado para salvaguardar su puesto de trabajo; de ahí que el legislador español ha querido que sea irrelevante el móvil del empresario en su decisión de despedir, que puede obedecer o no a causas discriminatorias cuando la mujer está embarazada; estamos, dada la redacción del precepto ante una calificación de nulidad objetiva, derivado del hecho del embarazo y no subjetiva, no teniendo en cuenta los motivos que han conducido a dicha decisión; con ello se protege a las embarazadas, pero no limita la protección al nacimiento del derecho, sino, que lo extiende más allá de dicho momento, al eliminar la obligación de comunicar la gestación al empresario. A tal efecto es significativo que, después de recoger el precepto indicado en su apartado primero el despido discriminatorio, señale expresamente que «también» serán nulos otros específicos supuestos de despido entre el que incluye el de la mujer embarazada, con lo que supone de añadido nuevo y distinto a lo que en el apartado primero se quería significar y proteger".

- La jurisprudencia constitucional previa a la modificación del art. 55.5 ET ha venido entendiendo que el conocimiento empresarial de la gestación es requisito constitutivo de la conducta discriminatoria.

- La jurisprudencia comunitaria no ha declarado inexigible el requisito en cuestión, sino que, muy al contrario, la Directiva 92/85 que inspira la Ley 39/1999, integra el móvil discriminatorio, "exigiendo por la vía indirecta de una definición ad hoc (en referencia al artículo 2.a.) una garantía reforzada del conocimiento del embarazo por parte del empresario, que es el deber de comunicación de la propia trabajadora embarazada".

- La exigencia del conocimiento empresarial del embarazo (que no de "comunicación" del mismo por la trabajadora), no desvirtúa la eficacia protectora del artículo 55.5.b ET, dado que el precepto proporciona a la gestante una ventaja procesal muy poderosa para la defensa de su puesto de trabajo, que es la presunción legal iuris et de iure (art. 385.3 LECiv) del móvil discriminatorio, de manera que, "a diferencia del supuesto genérico de despido discriminatorio, en que el trabajador ha de acreditar un panorama discriminatorio respecto de un *tertium comparationis*, en esta modalidad específica de despido discriminatorio la trabajadora sólo tiene que probar que el empresario conocía su estado de gestación. Pero, como toda presunción, la establecida en el art. 55.5.b ET ha de apoyarse en un «hecho indicio», puesto que si no hay «hecho indicio» no puede haber presunción (art. 385.1 LECiv). En el caso del art. 55.5.b ET el hecho indicio no es otro que el conocimiento del empresario de la situación de embarazo. Sobre esta base se sustenta el hecho presunto (irrebatible porque se trata de una presunción legal iuris et de iure) del móvil discriminatorio".

D. LA NULIDAD OBJETIVA *EX LEGE* EN CIERTOS DESPIDOS Y EL DESISTIMIENTO

La anterior Sentencia del Tribunal Supremo fue casada y anulada por la STC 124/2009, de 18 de mayo de 2009[774], razonando el máximo intérprete constitucional que, si bien es cierto que «la garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exige, necesariamente, un sistema de tutela

[774] RTC 2009/124.

objetiva como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999 (y que) serán posibles, desde esta perspectiva, otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el art. 14 CE como, en particular, el que estaba en vigor en el momento de la reforma legal, sin embargo, una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del art. 14 CE, que incrementa las garantías precedentes conectándolas con una tutela también reforzada de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, no puede el órgano judicial efectuar una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor (en relación a la exigencia de previo conocimiento empresarial del embarazo para aplicar la regla de nulidad del art. 55.5.b ET) que prive al precepto legal de aquellas garantías establecidas por el legislador y con las que la trabajadora podía razonablemente entenderse amparada en su determinación personal pues con ello se estaría impidiendo la efectividad del derecho fundamental de acuerdo con su contenido previamente definido…".

No obstante la importancia indudable de esta sentencia[775], su contenido ya había sido "anticipado" al resolverse un litigio anterior. En concreto, la STC 92/2008, de 21 de julio[776], ya había llegado a la conclusión de que la única interpretación posible del art. 55.5.b ET era aquella que permitiera aislar la declaración de nulidad de la necesidad de un contexto discriminatorio concurrente. Sentencia que "desmarcaba" parcialmente al art. 55.5.b ET de la Directiva 92/85 que transponía, en el sentido de que aquel no venía condicionado por el requisito de la comunicación del embarazo, al ser la comunitaria una norma de mínimos[777], alegando la coherencia de esta protección reforzada con los derechos a la intimidad personal y familiar.

---

[775] Con la introducción, por la Ley 39/1999, de una regla de nulidad que, en la práctica, prohíbe los despidos objetivos y disciplinarios (no procedentes) durante el embarazo y el disfrute de los derechos de maternidad y conciliación -artículos 53.4 y 55.5 ET-, el protagonismo de la tutela antidiscriminatoria ha disminuido, pues su aplicación exige acreditar un principio de prueba de discriminación a través del conocimiento empresarial del embarazo, mientras que aquella prohibición se aplicará automáticamente.

[776] RTC 2008/92. Resolvió el recurso de amparo interpuesto frente a la STS 29 marzo 2006 (RJ 2006, 2388), recaída en el recurso de casación para unificación de doctrina núm. 954/2005, frente a la STSJ Extremadura 17 enero 2005 (JUR 2005, 37920), dictada en recurso de suplicación interpuesto frente a la SJS núm. 1 Badajoz 24 marzo 2004.

[777] Para A. M. BADIOLA SÁNCHEZ ("Un repaso al despido nulo por embarazo y maternidad", *Justicia Laboral*, 2008, núm. 34, pág. 33), la relación entre la normativa comunitaria, exigente del conocimiento empresarial del estado de gestación, y la interna, que elimina dicho requisito, no debe resolverse conforme al principio de primacía de la legislación europea, sino conforme al principio de norma más favorable.

Como ha señalado la Doctrina[778], hasta la aparición de esta sentencia, la tutela antidiscriminatoria de las trabajadoras embarazadas era homogénea, siguiendo el esquema clásico de este tipo de situaciones en las que está en juego la garantía del art. 14 ET, panorama que cambia radicalmente. Lo que late en este cambio de postura propiciado por la STC 92/2008, según ha tenido ocasión de explicar la Jurisprudencia, a posteriori[779], es la necesidad de modificar una realidad sociológica tozuda, cual es el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad de las mujeres trabajadoras, lo que constituye probablemente el problema más acuciante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales, problema de cuya trascendencia y gravedad dan cuenta los datos revelados por las estadísticas (referidos al número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia, a diferencia de los varones). Se trata de evitar tanto que su condición de mujer, derecho y libertad a ser madre merme sus legítimas expectativas en el plano laboral profesional, como que éste incida de forma negativa en el pleno desarrollo de las posibilidades propias de la referida condición, especialmente la maternidad. La mujer, en fin, viene siendo objeto de una doble discriminación, tanto por pertenecer al sexo femenino como por asumir tradicionalmente las tareas domésticas y cuidado de los hijos, y ello supone un factor de competencia desigual inadmisible con los hombres en el acceso y promoción dentro del mercado de trabajo. Por ello es necesario erradicar esta lastimosa realidad mediante instrumentos de intervención pública. La evolución experimentada por la jurisprudencia del orden social en la calificación del despido de la mujer trabajadora como nulo, al compás de la nueva doctrina marcada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 92/2008, conozca o no el empresario su situación de embarazo, es digna de elogio, por cuanto toma postura a favor de la erradicación de la desigualdad de hombres y mujeres en el trabajo. Por consiguiente, todo despido de la trabajadora embarazada que no sea procedente se ha de calificar como nulo, conociese o no el empresario ese embarazo.

---

[778] D. PÉREZ DEL PRADO: "La heterogénea tutela antidiscriminatoria de la trabajadora embarazada. La SCT 173/2013 y la delimitación de los ámbitos de menor protección", *Información Laboral* 1/2014 (BIB 2014/597), pág. 1.

[779] STSJ Madrid 22 noviembre 2014 (AS 2014/981).

De este modo, la doctrina constitucional, a raíz de las dos sentencias citadas (SSTC 92/2008 y 124/2009) puede resumirse en dos fases:

La primera de ellas, que aborda la petición de nulidad desde un punto de vista "causal", esto es, analizando la existencia de móvil discriminatorio en la actuación empresarial, motivado por el estado de embarazo de la trabajadora, es la que se construye sobre la base de las siguientes premisas: a) un despido motivado por el embarazo de la trabajadora constituye, inequívocamente, una discriminación por razón de sexo; b) para entender vulnerado este derecho, no basta con el hecho de que la trabajadora haya sido despedida hallándose embarazada; c) difícilmente podrá apreciarse la existencia de un tratamiento peyorativo basado en el embarazo de la trabajadora cuando no haya quedado acreditado el conocimiento por la empresa de dicho embarazo o de cualquier otra situación o circunstancia que pudiera entenderse conectada con el mismo; y d) es correcto no apreciar la existencia de un despido "motivado" por el embarazo cuando la trabajadora no ha aportado al proceso indicios de la vulneración de su derecho fundamental.

La relevancia de la doctrina constitucional se centra, no obstante, en la segunda parte del razonamiento, aquella que analiza la segunda cuestión planteada en el recurso de amparo desde un punto de vista "objetivo", no causal o automático; en concreto, analiza la eventual lesión de la tutela judicial efectiva que se habría producido por la interpretación arbitraria, efectuada por los órganos judiciales, del art. 55.5.b ET, en la redacción dada al mismo por Ley 39/1999, al exigir la acreditación del conocimiento por el empresario de la situación de embarazo, cuando dicho requisito no figura en el precepto legal (interpretación ésta que ha determinado la desestimación de la pretensión de la trabajadora de que se declarara la nulidad del despido del que fue objeto durante su embarazo, afectando con ello al alcance y contenido de las garantías establecidas por el legislador para la protección del derecho a la no discriminación por razón de sexo, del que indudablemente forman parte las garantías frente al despido de las trabajadoras embarazadas).

Pues bien, en este contexto, entiende el Tribunal Constitucional que, aunque la garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exigiría necesariamente un sistema de tutela objetiva, como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999 (siendo válido el esquema anterior a la reforma) una vez que el legislador, a través de la nueva redacción del precepto legal

(art. 55.5.b ET) incrementa las garantías del derecho a la no discriminación, mediante un desarrollo concreto del art. 14 CE, conectado con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, no pueden los tribunales interpretar restrictivamente el precepto legal, exigiendo un conocimiento del estado del embarazo por parte del empresario, que la norma no contempla[780].

Asumiendo la interpretación constitucional desde la primera de estas sentencias, el Tribunal Supremo procedió a rectificar su doctrina[781], como se observa en su Sentencia de 17 de octubre de 2008[782] (dictada, cronológicamente, entre las dos resoluciones del Tribunal Constitucional antes señaladas), en la que se viene a relevar a la trabajadora de la prueba del conocimiento de su embarazo por parte de la empresa, con base en que la regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas guarda una vinculación directa con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, siendo el problema más importante al que se enfrenta, el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad y la lactancia, debiendo atenderse a esta circunstancia a la hora de lograr la efectividad del principio de igualdad constitucional. En este contexto, se afirma que el precepto analizado (art. 55.5, párrafo 2º, letra b ET), es configurador de una "nulidad objetiva", distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación[783]". Por ello, la protección

---

[780] Para J. M. CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO: "Período de prueba. Extinción de contrato de trabajadora embarazada", *La Ley* 5377/2013, a la vista de estas dos sentencias, debe diferenciarse, en los supuestos de despido de trabajadoras embarazadas, si la decisión extintiva responde a un móvil discriminatorio o bien, si dicha actuación meramente coincide en el tiempo con el estado de gestación de la empleada sin que tal circunstancia personal la conozca siquiera el empleador. Si se trata del primero de los supuestos enunciados, la nulidad del despido procedería directamente de la quiebra del art. 14 CE; mientras que en el segundo supuesto -improcedente interpretación del art. 55.5.b ET-, ello supondría la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE en relación con el derecho a la igualdad del art. 14 CE".

[781] El Tribunal modifica su doctrina, con cierta resignación, recordando que "La cuestión había sido resuelta por esta Sala en el sentido de que en tales supuestos no procedía la calificación de nulidad si no existía tal conocimiento (del embarazo), en Sentencia dictada en Sala General de 19 de julio de 2006, reiterada por la de 24 de julio de 2007. Pero nuestra anterior doctrina tiene que ser modificada dada la doctrina que ahora fija el Tribunal Constitucional, desde la perspectiva constitucional del precepto, en sentencia 92/2008, de 31 de julio, al estimar el amparo en caso sustancialmente idéntico, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5 de la LOPJ de 1 de julio de 1985, sobre la interpretación de las leyes conforme a la interpretación que de los principios constitucionales se haga por dicho Tribunal".

[782] RJ 2008/7167.

[783] Entiendo que, aunque algún Tribunal tiene declarado (véase STSJ Madrid 26 mayo 2014, AS 2014/ 2443), que "el simple hecho de embarazo no es un indicio como tal cuando la situación de la actora era

establecida por la Ley 39/1999, es más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, al dispensar a la trabajadora de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo[784].

Despejadas las anteriores dudas por los máximos intérpretes del ordenamiento legal y constitucional, los órganos jurisdiccionales no habrían de encontrar demasiadas dificultades teóricas al enfrentarse a los despidos de mujeres embarazadas, pues la calificación de nulidad vendría impuesta, salvo procedencia del cese, tanto si se acreditaba un panorama indiciario discriminatorio no desvirtuado, como si, en su ausencia, se concretaba la efectividad de la medida extintiva en período de gestación[785].

Era claro, pues, que esta "doble" tutela resultaba aplicable, sin duda, tanto al despido disciplinario como a la extinción por causas objetivas, en virtud de los arts. 55.5 y 54.3 ET. Sin embargo, pronto hubieron de resolver los tribunales otro problema: la extensión de esta doble tutela y, por tanto, de la doctrina de la nulidad objetiva a supuestos distintos de los anteriores, pero claramente relacionados, como el desistimiento empresarial durante el período de prueba (cuyo análisis nos concierne).

---

conocida antes de la contratación … y no fue impedimento para ello el estado de gestación de la demandante…", forzando la literalidad del art. 55.5.b ET, deberíamos considerar nulo, aunque no discriminatorio, el despido de una trabajadora embarazada, cuyo estado de gestación fue conocido (si se me permite, y "aceptado") por el empresario en el momento de su contratación, y ello pese a que, en este caso, sería muy difícil achacarle una motivación discriminatoria por razón de sexo.

[784] Para D. PÉREZ del PRADO ("La heterogénea tutela…", cit., pág. 2): con esta nueva doctrina constitucional, asumida posteriormente por el Tribunal Supremo, "la tutela antidiscriminatoria de la trabajadora embarazada en relación con su despido se encauza de un modo objetivo, de tal suerte que en lo que hace al canon para su enjuiciamiento, a la trabajadora le basta con acreditar que se encuentra embarazada en el momento del despido para que automáticamente se invierta la carga de la prueba, correspondiendo al empresario demostrar la procedencia del despido. Así las cosas, da igual cuál fuera la intención de éste, si tenía o no un ánimo discriminatorio. La calificación del despido se moverá entre la nulidad y la procedencia, sin necesidad de aportar ningún otro elemento al margen del hecho del embarazo, de una parte, y de la causa legal del despido, de otra".

[785] Repárese, no obstante, en que a una trabajadora puede interesarle obtener una declaración de nulidad "causal" (no solo "objetiva") con finalidades varias, como la de ver reconocido su derecho, adicional, al percibo de la indemnización que compense el perjuicio causado por la vulneración de sus derechos fundamentales. En este sentido, V. CORDERO GORDILLO ("La extinción del contrato…", cit., pág. 314), da cuenta de un supuesto resuelto por el Tribunal Constitucional (en STC 342/2006, 11 diciembre 2006), en el que una trabajadora, cuyo despido había sido declarado nulo no discriminatorio por los tribunales ordinarios, aplicando el art. 55.5.b ET, recurrió en amparo, solicitando una declaración de despido nulo por discriminatorio y una indemnización por daños y perjuicios, petición estimada por el Alto Tribunal que aplicó la técnica de la prueba de indicios para estimar la existencia de discriminación por razón de sexo.

a. Doctrina Judicial

Y en este sentido, la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia no fue unidireccional, admitiendo pronunciamientos de diverso signo, habiendo identificado CORDERO GORDILLO tres distintas posturas de los órganos de suplicación: a) No aplicar el art. 55.5.b ET al desistimiento en período de prueba, dada su naturaleza distinta al despido; b) Aplicar la nulidad objetiva a todas las extinciones, incluida la acaecida durante la prueba, aunque no exista móvil discriminatorio, al ser la regla del art. 55.5.b ET una medida de acción positiva de las trabajadoras embarazadas; y c) Aplicar el citado precepto a las extinciones durante el período de prueba en la forma en que el Tribunal Constitucional interpretaba con anterioridad a su Sentencia 92/2008, esto es, exigiendo el conocimiento del embarazo por la empresa[786].

Así, como ejemplo de la primera postura, podemos citar la STSJ Madrid 18 julio 2006[787] (que mantenía que "no consta que la empresa tuviera conocimiento del embarazo de la demandante y al faltar ese indicio expresivo de la supuesta discriminación, el demandado no tiene que probar los motivos de por qué resolvió el contrato durante el período de prueba") o la STSJ Castilla-León/Valladolid 29 abril 2009[788]; de la segunda posición, podemos citar la STSJ Andalucía/Sevilla 18 diciembre 2008[789] (que señala que "nada en el artículo 55.5.b ET permite apreciar que el legislador haya exigido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el período de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo"), o la STSJ Castilla-La Mancha 6 abril 2009[790]; y en fin, de la tercera opción, podemos citar la STSJ Castilla y León/Valladolid 21 febrero 2007[791] (que aclaraba que "al encontrarse la trabajadora embarazada en el momento del cese en periodo de prueba, "siendo ello conocido por la empresa en tal momento", el cese solo podría ser o lícito o nulo).

---

[786] *Ibidem*, pág. 317, hace un repaso concreto de las sentencias de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia que acogen cada una de esas tres posiciones.

[787] AS 2006/3409.

[788] JUR 2009/256790.

[789] AS 2009/815.

[790] AS 2009/1088.

[791] AS 2007/2851.

b. Doctrina del Tribunal Supremo

El panorama fue aclarado por la STS 18 abril 2011[792], que niega la extensión de las reglas de la nulidad objetiva del despido a los supuestos de desistimiento en período de prueba, en atención a la muy distinta naturaleza jurídica de ambas instituciones, algo que impide aplicar analógicamente al segundo las reglas previstas para el primero.

Como curiosidad del iter procesal, nos da cuenta MARTÍN VALVERDE de la habilidad con la que la actora introdujo una variante argumentativa, entre la suplicación y la casación, que es la que dio pie al análisis de la cuestión que ahora dilucidamos. En efecto, la trabajadora planteó, en la instancia, meramente la nulidad por discriminación, planteamiento que reprodujo en el trámite de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia. Fue en el recurso de casación cuando varió la *causa petendi* (que no el *petitum*), introduciendo, como fundamento de su recurso, la jurisprudencia de la "nulidad objetiva" establecida por el Tribunal Constitucional y corroborada por el Supremo. Así, cuando el pleito llega a estas dos últimas instancias (casación y amparo), había adquirido una doble vertiente: a) analizar si existía discriminación por sexo; y b) decidir si el cese durante el período de prueba constituye un supuesto de despido a los efectos del artículo 55.5.b ET, siendo la segunda cuestión la que realmente nos atiene en este análisis[793].

---

[792] RJ 2011/5814. El Tribunal Supremo, en Sala General, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 2893/2010) interpuesto por la trabajadora frente a la STSJ Madrid 11 junio 2010 que confirmaba la SJS núm. 31 de Madrid 2 diciembre 2009. En una situación de imperceptible embarazo (diez semanas) la trabajadora es objeto de contratación temporal, por período de seis meses prorrogable y pacto de prueba de dos meses, dando por extinguido, la empresa, el vínculo laboral, antes de finalizar el referido período de prueba. Solicitada la nulidad del despido alegando el conocimiento del embarazo por parte de la mercantil al tiempo de despedirla, recae Sentencia desestimatoria del Juzgado de lo Social 31 de Madrid, confirmada luego por la Sala de lo Social del TSJ Madrid, órganos jurisdiccionales que consideraron lícito el desistimiento al no acreditarse, en ese momento, el conocimiento del embarazo por parte del empresario, añadiendo: que el embarazo era anterior y no sobrevenido al momento de la contratación; que el mismo día del cese habían extinguido el contrato de un compañero varón; y que, en fin, la trabajadora no había alcanzado los objetivos de ventas fijados. Interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina, recae Sentencia desestimatoria del TS, para quien el problema ha de abordarse desde la óptica constitucional, sin que resulte de aplicación la regla de nulidad objetiva del art. 55.5 ET, dada la naturaleza distinta del despido y de la extinción durante el período de prueba. Bajo esta premisa considera el Alto Tribunal inexistente la alegada vulneración.

[793] A. MARTÍN VALVERDE: "Nulidad objetiva del despido de mujer embarazada: alcance de la doctrina constitucional y bases para una revisión crítica. Análisis de la STC 173/2013", *Actualidad Laboral*, núm. 4, 2014, pág. 1. Para este autor, no parece acertada la construcción de la "nulidad objetiva", debido a que, a su juicio, "el enjuiciamiento del despido disciplinario al que se refiere el artículo 55 ET, versa sobre conductas o comportamientos en los que el elemento subjetivo de la culpa o del dolo no deben desaparecer, ni del lado del trabajador ni del lado del empresario; señala, en efecto, que el análisis de la licitud o ilicitud del despido de la trabajadora embarazada no ha debido prescindir de tal

En efecto, recuerda el Alto Tribunal, para justificar su "elección" restrictiva, que el legislador no ha ampliado los supuestos de nulidad "objetiva" (ni en la Ley 39/1999, ni en la posterior Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva de hombres y mujeres) a causas de extinción de la relación laboral distintas del despido, de donde se infiere que el legislador habría evitado conscientemente incorporar la nulidad cualificada al periodo de prueba, destacando igualmente, cómo el Tribunal Constitucional ha entendido "suficientemente" protector el sistema antidiscriminatorio "causal" anterior a la reforma, con independencia de la mejora del mismo operado por Ley 39/1999, precisamente, para el supuesto de despido causal. De ahí que, para extender esta protección a otras causas extintivas, habría que acudir a una aplicación analógica (ex art. 4.1 CC), que requeriría la existencia de una "verdadera laguna legal y la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado".

Y es en este punto donde el Alto Tribunal indica que "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[794]. 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", de donde se infiere que "la posibilidad de transponer al periodo de prueba el régimen jurídico del despido queda excluida respecto de aquello en lo que no haya igualdad de razón jurídica (en este caso, el sistema de nulidad "cualificada" establecido por la Ley 39/1999), pues durante la fase de prueba la

---

factor (de donde se infiere su rechazo a esta doctrina no solo en su aplicación al cese durante el período de prueba, sino incluso en el contexto del propio despido disciplinario).

[794] En cambio, para I. BAJO GARCÍA: "Embarazo y nulidad objetiva de la extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 36, 2014, pág.186, "la decisión de extensión o no por analogía de la nulidad objetiva no puede basarse en las diferencias formales entre el acto o proceso que puede producir el resultado discriminatorio, sino en el resultado mismo, esto es, la extinción con vulneración de un derecho fundamental", y en este caso, el bien protegido en ambos supuestos es coincidente, no existiendo diferencias relevantes entre los actos de los que proviene el daño que justifiquen la desprotección en un supuesto frente al otro. Por otra parte, no puede hablarse de ausencia de laguna, debido a que el desistimiento encuentra regulación en el art. 14.2. ET, puesto que, de admitirse tal argumento, tampoco cabría aplicar la nulidad por discriminación durante el período de prueba pese a la acreditación de la comunicación del embarazo, puesto que tampoco este supuesto se haya previsto en el art. 14.2. ET.

regla general es la de la libre resolución del contrato, y la excepción se halla en los supuestos de discriminación[795]. "De ahí que en una fase inicial -y precaria- de la relación laboral, como es el periodo de prueba, la interdicción de la discriminación se ciñe a la discriminación estricta por razón del embarazo, sin que haya justificación para extender el blindaje propio del despido que, como ha señalado el TC en las sentencias citadas, es de configuración legal"[796]. Pudiendo concluirse, en suma, que "durante el periodo de prueba la trabajadora embarazada no puede ver resuelto su contrato por razón de su embarazo, porque tal extinción supondría una discriminación por razón de sexo constitucionalmente prohibida. Pero ello no implica que toda resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante dicho periodo de prueba haya de calificarse como nula si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese se produjo por causas razonables y justificadas".

La Sentencia, que no atiende el Informe del Ministerio Fiscal favorable a la procedencia del recurso, cuenta, no obstante, con un convincente Voto Particular[797] que considera "accesorias" aquellas diferencias (elevadas a categoría fundamental por la mayoría de Sala) que han impedido extender la "nulidad reforzada" al desistimiento en período de prueba, de manera que la protección legal del embarazo de la mujer trabajadora debe ser idéntica en los supuestos de despido y en los de extinción contractual durante el periodo de prueba, no pudiendo resultar soslayada la referida protección por la especialidad prevista en el art. 14.2 ET para el período de prueba. Y así, "una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del art. 14 CE, que incrementa las garantías precedentes frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas, conectándolas con una tutela también reforzada de otros

[795] No obstante, como ya establecieron las SSTC 94/1984 (RTC 1984/94) y 166/1988 (RTC 1988/166) la facultad resolutoria no es omnímoda para la empresa, pues la salvaguarda de los derechos constitucionales impone, en todo caso, límites a la libre resolución del contrato, de manera que "la motivación de la resolución del contrato de trabajo durante el periodo de prueba, carecerá de transcendida siempre que tenga cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por el precepto legal que evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales".

[796] El Tribunal viene a razonar que estando ya preservado suficientemente el derecho constitucional a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas, el legislador ha atendido al derecho de igualdad de oportunidades, lo que implica ajustar las medidas legales al momento en que la protección ha de dispensarse, "según se trate de evitar que las mujeres sean expulsadas del mercado de trabajo por razón de su sexo y por los roles de género asignados, o de evitar que sean excluidas del acceso al empleo".

[797] Que formulan los Magistrados Salinas Molina, de Castro Fernández, Agustí Juliá, Segoviano Astaburuaga, Viroles Piñol y Alarcón Caracuel.

derechos y bienes constitucionalmente protegidos, existe base jurídica suficiente para aplicar la doctrina contenida en las referidas SSTC 92/2008 y 124/2009 al cese o extinción de la relación laboral durante el periodo de prueba de una trabajadora embarazada aunque tal situación no conste que fuera conocida por el empresario, tanto más cuanto, como ha señalado la más reciente doctrina constitucional, esta última cuestión pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener -legítimamente- preservado del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia (conocimiento empresarial), que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer".

Los argumentos de disenso pueden sintetizarse así:

- Los derechos constitucionalmente protegidos en las extinciones contractuales durante el período de prueba no se limitan al derecho a la igualdad y no discriminación ex art. 14 CE, sino también a los restantes derechos y bienes constitucionalmente relevantes implicados, tales como el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, protegido por art. 40.2 CE, o el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos, referido por el art. 39 CE.

- Tanto la jurisprudencia constitucional como la ordinaria ponen el acento en la protección de la mujer trabajadora embarazada ante la extinción contractual ("riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad"), sin distinción de causas.

- La protección de los derechos de intimidad y/o dignidad de la mujer (que conlleva mantener en su esfera de privacidad la situación de embarazo) merecen idéntica protección en caso de despido y de desistimiento por no superación del período de prueba.

- Para aplicar esta protección reforzada frente a la discriminación, debe estarse a la situación de embarazo de la mujer trabajadora, y no a la concreta causa de cese o extinción de la relación laboral, sin necesidad de acudir a criterios de analogía entre las causas de extinción.

- Debe destacarse que la Directiva 92/85/CEE contiene un concepto amplio de despido que comprende los supuestos en los que el empleador puede proceder a la extinción contractual sin alegación de una causa, supuestos en los que habría que encajar la extinción en período de prueba, tanto si se considera que dicha extinción es causal (por no haber superado la prueba) como si se estima que, en realidad, el empresario puede extinguir de manera libérrima (sin justificar la no superación de la prueba) la relación laboral durante el período de prueba. Y, si es aplicable la Directiva comunitaria, es claro que también lo es la normativa nacional de transposición de la misma, esto es, la aplicación de la regla de nulidad automática del artículo 55.5. b) ET.

- Además, en nuestro ordenamiento jurídico existen "reales despidos no causales" (es cierto que con la obligación aparejada de indemnizar): los despidos disciplinarios reconocidos como improcedentes por el empresario (art. 56.2. ET) y las extinciones por causas objetivas reconocidas como improcedentes en los contratos de fomento de la contratación indefinida (DA 1ª Ley 12/2001), sin que en ninguno de los dos supuestos se dude respecto de la aplicación del art. 55.5.b ET si se trata de una mujer embarazada[798].

c. Doctrina del Tribunal Constitucional

Ante posturas jurídicas tan dispares, incluso entre los integrantes de los mismos órganos jurisdiccionales (véanse los importantes Votos Particulares en las sentencias que resolvían la cuestión), la doctrina consideraba necesario el pronunciamiento del máximo intérprete constitucional[799], que llegó con la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 173/2013, de 10 de octubre de 2013[800].

En ella, el Alto Tribunal analiza el supuesto de una trabajadora embarazada cuyo contrato es resuelto por el empresario durante el período de prueba, sin que constase el conocimiento, por éste, del estado de embarazo de su empleada. Debía resolverse si la

[798] Obviamente, la referencia a estas disposiciones normativas ha de entenderse hecha a la situación anterior a la reforma laboral por Ley 2/2012.

[799] Así lo entendía V. CORDERO GORDILLO: "La extinción del contrato de trabajo…" (Bibl. cit., pág. 325), al indicar que "ante las discrepancias que existen en el seno del Tribunal Supremo, al igual que ocurrió precedentemente con el despido, sería deseable que el Tribunal Constitucional tuviera la oportunidad de pronunciarse respecto a esta cuestión…".

[800] RTC 2013/173. Resolviendo el recurso de amparo formulado frente a la STS 18 abril 2011 (RJ 2011/5814).

nulidad "reforzada" podía extenderse, también, al cese en período de prueba, o si, por el contrario, dicha limitación desnaturalizaría la propia institución[801].

Descartada la existencia, en este caso, de un panorama discriminatorio (dado que no consta el conocimiento del embarazo por el empresario, amén de que con la misma fecha fue cesado un compañero varón, lo que impediría apreciar desigualdad prohibida)[802], la respuesta a la cuestión básica a resolver es negar la extensión de las garantías de nulidad "objetiva" o "reforzada" a este supuesto, por entender que la protección establecida en el art. 55.5.b ET queda residenciada en el estricto ámbito del despido; y ello porque entre el despido con nulidad objetiva y la resolución contractual durante el período de prueba, existen diferencias sustantivas que justifican su tratamiento dispar, que es reforzado en el caso del despido, en tanto decisión necesariamente causal y motivada, cuya trascendencia para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazas resulta indudablemente mayor. El intérprete constitucional se encarga de recordar, no obstante, que esta configuración no priva a las resoluciones durante el período de prueba de sus garantías antidiscriminatorias, de manera que, pese a no requerir éstas una expresión de causa o motivación, serán nulas si encierran un móvil discriminatorio[803].

Haciendo suyos los argumentos de la Sentencia del Tribunal Supremo que confirma, insiste el Constitucional en la idea de que existe, por una parte, un sistema de protección general, de carácter "constitucional", que se aplicaría a cualquier extinción que vulnere

[801] M. CARRASCO DURÁN: "La jurisprudencia constitucional sobre discriminación por embarazo en el ámbito de las relaciones laborales", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 875/29013, pág. 2, señala, de manera gráfica, que había que valorar si la expansión de la tutela de la mujer embarazada en casos de posible discriminación había "llegado a su tope" (en referencia al alcanzado con las Sentencias del TC 92/2008 y 124/2009).

[802] E. TALÉNS VISCONTI, "Extinción del contrato de una trabajadora embarazada durante el período de prueba. Comentario a la STC (Pleno), 173/2013 de 10 de octubre", *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 18, Julio 2014, pág. 486, comparte el contenido del Fallo, y considera que el panorama indiciario queda neutralizado por medio de los tres elementos que indica la STC: a) el desconocimiento del embarazo impide considerar que el empresario actúa con ánimo segregacionista; b) el hecho de no haber llegado al volumen de ventas requerido por la empresa, es el dato que de manera más férrea permite aceptar como válida la extinción; y c) el cese, el mismo día, de un trabajador varón, contratado, a su vez, el mismo día que la trabajadora demandante, demostraría que la decisión fue ajena a cualquier propósito atentatorio de derechos fundamentales. Con todo, el autor, alerta del peligro que la interpretación de este último indicio pudiera tener "sobre futuras actuaciones fraudulentas, puesto que de acogerse literalmente podría suponer que cualquier empresario, con el único fin de desterrar la prueba sobre una extinción discriminatoria, proceda a hacer lo propio con otro trabajador varón.

[803] Distinguiríamos, pues, una especie de contenido "adicional" de la prohibición de discriminación por razón de sexo, de contenido legal pero infra-constitucional (similar a la construcción propia de ese contenido adicional en el derecho a la libertad sindical).

derechos fundamentales (incluida la resolución durante el período de prueba) y otro, de configuración "legal", que constituiría un plus o añadido de protección, residenciado en el ámbito estricto del despido, y no aplicable, por tanto, a las extinciones no causales[804].

Posición jurídica que, doctrinalmente, se ha interpretado apreciando, en la protección del embarazo, una "doble tutela", ya que, por un lado, se protege el bien jurídico tradicional, cual es, la prohibición de discriminación, y por otro lado, se protege "también" con la nulidad, la situación de embarazo o maternidad como interés jurídico a tutelar de forma directa y automática… de manera que en el primer caso, se requiere la existencia de un acto de discriminación por razón de sexo perpetrado por el empresario y que opera durante toda la relación laboral, incluido el período de prueba, en cuyo caso la trabajadora ha de aportar indicios suficientes de discriminación…, mientras que en el segundo, se trata de una declaración objetiva y automática que constituye una acción positiva basada en el embarazo mismo[805], automaticidad legal no extensible a las extinciones durante el período de prueba[806].

---

[804] En definitiva, como indica A. V. SEMPERE NAVARRO: "Sobre la terminación empresarial del contrato durante el período de prueba", *Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2013, pág.8, citando las palabras del Tribunal Constitucional, "El legislador ha evitado conscientemente incorporar la nulidad cualificada al período de prueba, de modo que, en una fase inicial –y precaria- de la relación laboral, como es el período de prueba, la interdicción de la discriminación debe ceñirse a la discriminación estricta por razón del embarazo, sin que haya justificación para extender el blindaje propio del despido, que es de configuración legal". En sentido opuesto, I. BAJO GARCÍA: "Embarazo y nulidad…" (Bibl. cit.), pág. 185, entiende que la *ratio legis* de la norma es absolutamente extensible al supuesto de desistimiento empresarial durante el período de prueba, preguntándose, de manera retórica si ¿Cabe interpretar que la intención del legislador al introducir la regla de la nulidad radical del despido de la trabajadora embarazada, era no proteger con esta garantía a la trabajadora embarazada durante el período de prueba?

[805] R. POQUET CATALÁ: "El despido…" (Bibl. cit.), pág. 12.

[806] Para D. PÉREZ DEL PRADO: "La heterogénea tutela…" (Bibl. cit.), pág. 3, "nuestro ordenamiento jurídico contiene, a la luz de la doctrina constitucional, dos mecanismos de tutela antidiscriminatoria de las trabajadoras embarazadas, ambos de carácter agravado, dado el derecho fundamental en juego. El primero, de grado máximo, es el sistema de nulidad objetiva, que se aplicará a los casos de despido. El segundo, de menor intensidad, es el sistema de nulidad causal (CAVAS MARTÍNEZ, F., 2008), relativo a las restantes formas de extinción, durante el periodo de prueba y fin del contrato temporal. El problema que plantea la opción por la tutela heterogénea es que… a un mismo supuesto de hecho se aplican diversos mecanismos de control, (de manera que) no cabe hablar de la tutela antidiscriminatoria de la trabajadora embarazada, sino de «las tutelas» (ya que) ante un mismo bien jurídico protegido, la trabajadora embarazada, la reacción legal y jurisdiccional es plural y dependiente de la modalidad contractual y de las concretas vicisitudes laborales por las que se atraviese. De esta forma, se aplicará el sistema objetivo a la extinción de contratos indefinidos que hayan superado el período de prueba; o contratos temporales, en las mismas circunstancias, siempre que su extinción se produzca *ante tempus*. Por el contrario, la tutela descansará en el causal en los primeros meses de la relación laboral indefinida o temporal, mientras dure el período de prueba; o en el caso de contratos temporales, porque su extinción venga dada por la llegada de su término y no se renueve".

Cosa distinta es que el período de prueba establecido en el contrato pueda reputarse ilícito (piénsese, por ejemplo, en que se ha superado el máximo convencional o en que se reitera en el nuevo contrato un período de prueba ya superado para las mismas funciones), en cuyo caso, el vínculo laboral ha de considerarse "ordinario" y, como tal, no excluyente de las reglas extintivas estatutarias[807].

A partir del pronunciamiento del Tribunal Constitucional no es previsible encontrar ya Sentencias que sigan acogiendo la tesis de la "nulidad objetiva" en el cese de trabajadoras embarazadas durante el período de prueba[808], al menos mientras el juego de las mayorías en los órganos colegiados nacionales o la intervención del derecho comunitario, den un giro a la cuestión.

Algo que no es descartable si atendemos a que, al igual que sucediera con aquella de la que trae causa, ésta contiene Votos particulares cuya relevancia aconseja una mención en esta parte del texto y no en las notas a pie de página.

El primero de ellos, que muestra conformidad con el Fallo[809], llama la atención, no obstante, sobre dos circunstancias: a) la primera es cuestionar si se habría realizado un análisis suficiente del supuesto desconocimiento empresarial del embarazo de la trabajadora (el estado de gestación incluso podría haber sido evidente)[810]; la segunda, es la de censurar la virtualidad que, al objeto de eliminar dudas antidiscriminatorias, puede tener la decisión simultánea de cesar a un compañero varón[811].

---

[807] Es el supuesto que refleja la STSJ Comunidad Valenciana 29 diciembre 2003 (AS 2004/1450).

[808] Muy al contrario, las Sentencias suelen incluir en sus antecedentes de derecho referencias expresas a la doctrina consolidada a raíz de la última Sentencia del Tribunal Constitucional, como puede verse, entre otras, en las Sentencias del Juzgado de lo Social núm. 26 de Madrid 27 marzo de 2014 (AS 2014/ 509 y AS 2014/1170) o en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 noviembre de 2013 (AS 2014/981).

[809] Formulado por Andrés Ollero Tassara.

[810] Se pregunta el Magistrado Ollero si el embarazo mismo ¿no habría de considerarse un indicio de discriminación? y, en caso contrario, ante las dificultades de probar fehacientemente el conocimiento o la ignorancia del mismo, ¿sobre cuál de los dos sujetos pesa la carga de la prueba? La sentencia da a entender que es la trabajadora la que tendría que haber demostrado que la empresa lo sabía, lo cual, a juicio del Magistrado firmante supone gravar sobre ella, de modo excesivo, la carga probatoria.

[811] Señala, con claro acierto -en nuestra opinión-, que dicho dato no debiera permitir, por sí solo, descartar la existencia de discriminación, pues, de lo contario, "bastaría para desistir de la relación laboral con una trabajadora embarazada hacerla acompañar de un trabajador varón en similar período de prueba". Por lo demás, a sensu contrario, la STC 17/2007 no admitió como argumento de la actitud no discriminatoria de la empresa, el hecho de que otras trabajadoras embarazadas, compañeras de la despedida, no hubieran visto extinguido su contrato de trabajo, y ello porque, como informó el Fiscal, la existencia de otros

El segundo de los Votos particulares[812], discrepante y de mayor alcance, estima que habría de haberse otorgado amparo a la trabajadora recurrente, en la medida en que no puede aceptarse una distinta protección a la mujer embarazada en la ruptura de la relación laboral, en función de sus circunstancias contractuales; el régimen tuitivo previsto en el Estatuto de los Trabajadores, en caso de mujeres embarazadas (art. 55.5 ET), no constituye, por lo demás, un mero plus añadido por el legislador, sino un imperativo constitucional ex art. 14 CE (que contiene un marcado carácter parificador frente a situaciones de inferioridad o desventaja estructural). De este modo, con independencia de cuál haya sido la concreción legislativa de la protección otorgada por el art. 14 CE, los desistimientos contractuales decididos por el empresario durante el período de prueba, respecto de las mujeres embarazadas, disfrutan de una tutela "directa", sin necesidad de una previa intermediación legislativa, ya que aquella nace del contenido esencial del art. 14 CE, cuyas premisas para entenderlo vulnerado son, por una parte, la concurrencia del factor protegido (en este caso, el embarazo, como realidad biológica enlazada al género) y, por otra, la existencia de un perjuicio asociado (en nuestro caso, la extinción del contrato de trabajo), sin que los elementos de legalidad que adjetivan de modo distinto cada instituto jurídico (despido y desistimiento durante el período de prueba) logren disolver la presencia de esta doble premisa. A lo anterior se añade que la doctrina constitucional afirma, de manera constante, que los derechos fundamentales pueden vulnerarse tanto por lesiones intencionales como por lesiones objetivas, no intencionales, debiendo generalizarse ante las mismas una cobertura idéntica.

E. OTROS SUPUESTOS RESEÑABLES

La STC 12 febrero 2007 (RTC 2007/17)[813] analiza la decisión empresarial de dar por terminado el contrato de trabajo de una empleada (no embarazada), durante el período de prueba, habiendo encadenado aquella diversos períodos de incapacidad temporal asociados a embarazos que no alcanzaron finalmente su término. Entre los datos de

supuestos en los que la empresa haya respetado los derechos de otras trabajadoras no puede servir para neutralizar la queja aducida por la recurrente.

[812] Formulado por Fernando Valdés Dal Ré, al que se adhieren Adela Asua Batarrita, Luis Ignacio Ortega Álvarez y Juan Antonio Xiol Ríos.

[813] Comentada por J. I. GARCÍA NINET "Segundo período de prueba, embarazo, abortos y resolución del contrato (despido) por bajo rendimiento durante dichos períodos: suman y siguen las discriminaciones contra las mujeres a causa de sus embarazos", *Tribuna Social*, núm. 196, 2007.

hecho que merecen destacarse, podemos citar: a) que con carácter previo al contrato que se extingue (indefinido con período de prueba fijado en dos meses), la trabajadora había permanecido vinculada a la misma empresa mediante relación laboral especial, a través de un contrato temporal por seis meses que incluía, igualmente, un periodo de prueba que se superó; b) que entre los meses de enero y mayo de 2002, la trabajadora sufrió dos abortos y permaneció en situación de baja médica, por motivos relacionados con el embarazo; c) que antes de que agotara su duración máxima el período de prueba del segundo contrato, la empresa desiste del contrato.

Convalidada la decisión empresarial por el Juzgado de lo Social 2 de Bilbao, recurre la actora en suplicación, solicitando la nulidad de su cese, al entender que la empresa no acredita la concurrencia de causa alguna capaz de destruir la apariencia discriminatoria creada, siendo estimada la petición subsidiaria de improcedencia por la Sala de lo Social del TSJ vasco, que, entre los argumentos utilizados para descartar la nulidad, destaca: que no consta su condición de embarazo en el momento del cese; que consta el trato correcto por parte de la empresa con respecto a otras trabajadoras igualmente embarazadas; que no todas las bajas médicas constan asociadas a embarazos frustrados; que la extinción contractual por bajo rendimiento por causa de enfermedad no constituye vulneración de derecho fundamental alguno. No obstante, la declaración de improcedencia se basa en que el segundo período de prueba debió reputarse ineficaz, al haber superado la trabajadora un período de prueba para funciones idénticas.

El debate llega finalmente al TC, por la vía del recurso de amparo, acogiendo el intérprete constitucional la nulidad del cese, con revocación de todas las resoluciones previas, al entender que, habiendo aportado la demandante un panorama indiciario del que surgía al menos la sospecha razonable de la eventual relación de causa efecto entre las bajas laborales ocasionadas por embarazo y la decisión empresarial de prescindir de sus servicios, no se exigió a la empresa por los órganos jurisdiccionales, en aplicación de la regla de inversión de la carga de la prueba[814], que acreditara que la medida extintiva fuera legítima y ajena al móvil de discriminación que se imputaba. En última instancia, señala el TC, con cita de STJCE 30 junio de 1998 (*Brown*), que "si la

[814] El panorama indiciario aportado por la trabajadora consistía en la coincidencia temporal entre los períodos de incapacidad temporal relacionadas con la gestación y la resolución contractual, de los que se infiere la relación causal, más aún si se tiene en cuenta que la empresa decidió convertir en indefinida su relación laboral precisamente por su satisfactorio rendimiento.

extinción del contrato se encuentra motivada en la disminución del rendimiento, y este último se ha cifrado sin tener en cuenta las ausencias en el trabajo por motivos derivados del estado de gestación, en definitiva el cese obedece a la aparición de riesgos inherentes a tal estado y por lo tanto debe calificarse como fundado esencialmente en el embarazo; concluyendo que tal despido sólo puede afectar a las mujeres y supone una discriminación directa por razón de sexo".

La STS Castilla y León / Valladolid 23 julio 2014 (JUR 2015/222255) considera nulo, por discriminatorio, el cese de una trabajadora en período de prueba en un momento en que la empresa conoce, a través de información indirecta de los servicios médicos de la Mutua colaboradora, que la empresa estaba a punto de iniciar situación de baja médica por riesgo durante el embarazo.

Por lo demás, es perfectamente aplicable a las relaciones laborales en período de prueba, la prohibición de conductas empresariales, relacionadas con el embarazo de la mujer trabajadora, que conlleven vulneración del derecho a la igualdad, tal y como sucede en los supuestos en que se cesa a una trabajadora embarazada al día siguiente de su baja por amenaza de aborto[815], o coincidiendo con baja médica derivada de la interrupción del embarazo[816].

F. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Obviamente, la imposición de la tesis mayoritaria en la disputa jurídica que hemos analizado no ha neutralizado un ápice la fortaleza de los argumentos de la "vencida", de

[815] STSJ Cataluña 26 febrero 2004 (AS 2004/1708) o STSJ Galicia 13-04-2004 (JUR 2004/171543), en la que queda probado que la demandante, el día 26/8/2003, "causó baja por amenaza de aborto", y que ese mismo día la empresa le entregó carta de cese por finalización de contrato pese a que su relación era indefinida desde su inicio, … lo que determina la nulidad del despido en aplicación tanto del art. 14 de la CE, como de lo dispuesto en el art. 55. 5 b) del ET.

[816] STSJ Madrid 31 enero 2006 (AS 2006/1461), en un supuesto de despido, reconocido por la empresa como improcedente, de fecha 13-11-04, de una trabajadora que había comunicado su embarazo en 21-9-04, que no llegó a término por aborto en 5-10-04, con legrado el 9-10-04, y dos nuevas bajas médicas posteriores en 15-10-04 y 10-11-04, en la que permanecía al tiempo de ser cesada; indica el Tribunal que "en el caso examinado, difícilmente puede disociarse el proceso de incapacidad temporal de la demandante y su estado de gestación interrumpida, ni romperse la proximidad que existe entre el embarazo y la medida extintiva impugnada, de tal forma que si la empresa expresamente alude a su incapacidad de soportar las ausencias de la trabajadora debido a sus problemas de salud y éstos, como decimos, están asociados o traen su causa del embarazo, la demandada, con sus propios argumentos, está poniendo de relieve una discriminación por razón de sexo, con la consecuencia que para este acto se impone: la declaración de nulidad".

manera que, manteniendo la firmeza de sus planteamientos, son muchos los autores que vaticina la "futura defunción"[817] de aquella.

A mi juicio, el artículo 55.5.b ET debiera aplicarse, indistintamente, a cualquier extinción contractual afectante a una mujer embarazada (tanto despido como desistimiento durante el período de prueba), al ser el contenido esencial de los derechos fundamentales que, directa e indirectamente, gravitan sobre el estado de gestación, de mayor relevancia que los argumentos que establecen diferencias en la naturaleza jurídica, no debiéndose olvidar la amplitud con la que el Tribunal Supremo ha abordado el concepto de despido.

En este sentido, la protección del principio de no discriminación por embarazo debiera desplegar idéntica energía, no solo en el despido, sino también en el acceso al empleo y en relación a cualquier decisión o circunstancia de trabajo, mucho más si tenemos en cuenta que el modelo de gestión empresarial imperante en nuestro país, atribuyendo equivocadamente un valor negativo al embarazo, condiciona y dificulta el acceso al empleo y su conservación, siendo extremadamente compleja la protección frente a la discriminación, sobre todo, en la fase de acceso al empleo, añadiéndose mayores garantías una vez celebrado y "asentado" el contrato de trabajo y, desde luego, en el momento de la extinción[818]. Desde este punto de vista, mal se compadece con el principio de no discriminación, una interpretación legal que disminuya la protección a la mujer embarazada en el momento más necesario, esto es, aquel durante el cual ni siquiera se requiere alegación de causa para el cese.

A lo anterior debe añadirse que la misma identidad de razón que justifica la tutela reforzada de la trabajadora embarazada una vez superado el período de prueba, se da en

---

[817] J. F. LOUSADA AROCHENA: "Prohibición de despido… (Bibl. cit.), pág. 152, considera que "ninguno de los análisis anteriores (en referencia al parecer mayoritario del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional) justifica interpretar restrictivamente la prohibición de despido de las trabajadores embarazadas excluyendo el desistimiento empresarial durante la vigencia del período de prueba. Y además… eso puede ser contrario a la Directiva 92/85/CEE. Con lo cual la intervención del TJUE podría alterar la doctrina constitucional. Además, la perspectiva de género, que marca el signo de nuestros tiempos… nos lleva a vaticinar la futura defunción de la doctrina constitucional. A su juicio, la fuerza expansiva de la igualdad como aspecto derivado de su dimensión objetiva o institucional para mejorar los derechos subjetivos de las personas a la igualdad de sexos, debiera conducir a una reconfiguración del contenido esencial de la prohibición por discriminación del artículo 14 de la CE, entendida en una clave de género (de manera que)… únicamente la aplicación automática de la prohibición de despido garantiza a las trabajadoras embarazadas que, en la decisión empresarial, no influye ningún perjuicio de género".

[818] Así, I. BAJO GARCÍA: "Embarazo y nulidad…" (Bibl. cit.), pág. 175.

los momentos previos[819], no entendiéndose que en este último caso se exija la demostración del conocimiento por un tercero (el empresario) de un estado de gestación que, por descontado, pertenece a la esfera más íntima de quien debiera ser dueña de la decisión de mantener tal información en su privacidad, más aún cuando su exteriorización en el ámbito laboral puede amenazar la consolidación del contrato de trabajo mediante el transcurso del período de prueba establecido.

En este sentido, es cierto que aplicar la regla de la nulidad objetiva al desistimiento durante el período de prueba implica atacar su condición de extinción no causal; sin embargo, en el otro extremo, obligar a la trabajadora a comunicar al empresario su estado de gestación para poder, de esta forma, obtener una protección reforzada ante una ulterior extinción del contrato, implica, de una parte, atentar contra su intimidad y, de otra, precarizar más su situación durante el tiempo que falte para agotar el período de prueba, facilitando al empresario la toma de decisiones extintivas aparentemente neutras, pero basadas realmente en el hecho del embarazo, participado por la propia trabajadora y que, de otra forma, podría haber permanecido en la esfera de su intimidad.

Por otra parte, la opción por este tratamiento heterogéneo conlleva la exigencia de una carga procesal agravada. En vez de haber igualado a todas las trabajadoras, obviando en este concreto extremo el "matiz" del momento en que se produce el cese (durante el período de prueba), se ha optado por exigir a estas últimas la acreditación del panorama indiciario, resucitando, con ello, todos aquellos inconvenientes que judicialmente se habían declarado contrarios a la intimidad de la trabajadora (comunicación de su estado) y a su derecho a la estabilidad en el empleo (conocimiento empresarial que propicia el cese), situación que se complica aún más desde el momento en que ni siquiera este

[819] Coincidiendo con D. PÉREZ DEL PRADO: "La heterogénea tutela…" (Bibl. cit.), pág. 5, no parece coherente que "ante un mismo bien jurídico protegido, la trabajadora embarazada, la reacción legal y jurisdiccional (sea) plural y dependiente de la modalidad contractual y de las concretas vicisitudes por las que se atraviese", como tampoco es congruente "que se busque el móvil discriminatorio en supuestos (desistimiento empresarial durante el período de prueba) en los que la protección es *per se* menor que en el caso de despido y en los que la prueba es aún mucho más dificultosa. Entiendo que en el centro de la discusión se sitúa una pregunta: si la protección reforzada lo es de la propia maternidad y de las situaciones conectadas a ella, o del principio de no discriminación; si ha de primar el primero, la postura del TC queda muy comprometida.

conocimiento del estado de gestación por el empresario es suficiente, por sí solo, para acreditar aquel panorama discriminatorio[820].

En último término, la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional posee una importancia muy destacable si atendemos a la posibilidad de establecer, por convenio colectivo, duraciones muy dilatadas del período de prueba, riesgo acrecentado con la intervención legislativa singular producida, en este ámbito, en el contrato de trabajo indefinido de apoyo a emprendedores en el que se ha establecido la duración, en todo caso, de un año, con independencia del tipo de prestación de servicios contratada. En todos esos casos, las trabajadoras embarazadas, al menos mientras su estado de gestación no sea notorio, habrán de convivir con temor al desistimiento empresarial durante el período de prueba, riesgo éste que, sin duda, viene a "duplicar" la precariedad laboral inherente a esta nueva modalidad de contratación.

4. DESISTIMIENTO DURANTE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

A. PLANTEAMIENTO GENERAL

Si la finalidad esencial del período de prueba es comprobar la aptitud del trabajador mediante la realización de las experiencias propias del trabajo contratado, parece claro que la imposibilidad temporal de su prestación limitará la posibilidad de verificar aquellas cualidades que el empresario podría considerar imprescindibles para consolidar la relación laboral. Desde esta premisa, todo período de inactividad laboral posterior al momento de la contratación, vendrá a neutralizar aquella "finalidad prospectiva y de

[820] Como dice D. PÉREZ DEL PRADO: "La heterogénea tutela…" (Bibl. cit., pág. 4): "aún constituyendo [el conocimiento empresarial del embarazo] un elemento central, debería añadirse que, siendo necesario, no resulta suficiente para que se produzca la inversión de la carga de la prueba. Antes al contrario, hasta la fecha la doctrina constitucional viene exigiendo la concurrencia de algún otro elemento adicional: «el mero dato del conocimiento por parte de la empresa y posterior despido no puede constituir (conforme a la doctrina expuesta) un indicio de discriminación por razón de sexo» (STC 342/2006, de 11 de diciembre -BOE 16-01-2007, núm. 14-; en el mismo sentido, las SSTC 41/2002, 25 de febrero -BOE 03-04-2002, núm. 80- y 17/2003, de 30 de enero -BOE 05-03-2003, núm. 55-). En particular, y por lo que hace al período de prueba, se entendió que constituían indicios racionales de discriminación el hecho de haber superado previamente otro período de prueba, haber cubierto los objetivos fijados y que la extinción del contrato se produjera inmediatamente después de sucesivas bajas motivadas por embarazos (STC 17/2007, 12 de febrero -BOE 14-03-2007, núm. 63-). En otras ocasiones, sin embargo, las exigencias fueron menores, bien es cierto que había mediado una comunicación expresa del embarazo a la empresa (STC 166/1988, de 26 de septiembre, BOE 14-10-1988, núm. 247). En suma, aun cuando el debate suele centrarse en el hecho del conocimiento empresarial, como elemento imprescindible, puede afirmarse que no es suficiente desde el punto de vista procesal.

experimentación"[821], de donde debiera derivarse, como consecuencia lógica, la interrupción del período de prueba mientras durase aquella situación de inactividad. Y aún, adicionalmente, suprimirse la posibilidad de desistimiento del contrato durante dicha interrupción, sobre la base de que el mismo, aun informal, debiera encontrar su justificación en la constatación efectiva de la falta de cualidades del trabajador (algo que, en principio, es difícil pueda ocurrir mientras el contrato de trabajo se encuentra suspendido y no se desarrollan los cometidos propios del puesto contratado).

Más no es ésta la solución legal, ya que, como es sabido, el artículo 14.3 ET establece que el cómputo del período de prueba no se interrumpe, salvo pacto en contrario, en las suspensiones por incapacidad temporal (tampoco en la de riesgo durante el embarazo, maternidad y adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia natural y paternidad), no encontrándose tampoco ninguna restricción, en ese ni en otros preceptos, al desistimiento, durante dichas situaciones, siempre que se lleve a efecto dentro del marco temporal de duración del período de prueba[822].

De esta forma, durante la suspensión contractual por incapacidad temporal, el período de prueba continúa consumiéndose, sin posibilidad de ampliación posterior a la suspensión, salvo que las partes, de manera individual[823] o colectiva[824], decidan pactar, en sentido contrario, la suspensión y ulterior reanudación de su cómputo, dado el carácter dispositivo y subsidiario de la regulación legal.

---

[821] O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 41, dice que "durante las situaciones de no trabajo parece que debiera producirse una especie de interrupción o suspensión del período de prueba (y de las facultades extintivas), que al dejar de producir efectos reclamaría una ampliación de duración en tanto tiempo como se hubiere interrumpido, y ello porque si no hay prestación efectiva de trabajo, desaparece la posibilidad de estudiar y verificar las cualidades del trabajador, por lo que el período de prueba debiera quedar <desactivado>, descontándose el tiempo de inactividad y añadiéndose luego, una vez reiniciada la actividad laboral. Mas este autor también reconoce que "no hace falta que esté habiendo actividad laboral para que el empresario llegue a tener conocimiento de tales cualidades: aun sin prestación efectiva de trabajo, una determinada conducta del trabajador que evidenciara incumplimiento de sus deberes personales y de buena fe exteriorizará sin duda una falta de adecuación para la empresa que justificaría que ésta pudiera prescindir de sus servicios invocando a tal efecto el período de prueba.

[822] Según STSJ Cataluña 19 noviembre 1997 (AS 1997/3934), solo si media previo acuerdo podrá limitarse la posibilidad de extinguir el contrato durante el período de prueba mientras el contrato se encuentra suspendido.

[823] Este acuerdo no necesita forma escrita [STC 11 mayo 1983 (RTC 1983/4174)] y puede realizarse con posterioridad a la firma del contrato de trabajo [STS 5 noviembre 1986 (RJ 1986/6274)].

[824] La STSJ Comunidad Valenciana 22 abril 1994 (AS 1994/1704) admitió la posibilidad de que el Convenio Colectivo contuviese una cláusula de alargamiento automático del período de prueba en caso de incapacidad temporal, supliendo, con ello, la necesidad de pacto entre las partes.

Y así, durante la suspensión del contrato representada por la incapacidad temporal, nada impide al empresario, como vimos, ejercitar su facultad de desistimiento[825], aprovechando, precisamente, la vigencia del período de prueba durante dicha interrupción.

Sin que tampoco exista, en principio, obstáculo al desistimiento durante la incapacidad temporal, por el hecho de que se haya acordado la suspensión del período de prueba durante la misma, pues, como tiene establecido la Jurisprudencia[826], aun cuando el contrato de trabajo esté suspendido por incapacidad temporal y las partes hayan acordado la interrupción del período de prueba, ello no impide a la empresa acudir al desistimiento si, durante dicho período, verifica la inidoneidad del trabajador, y ello porque, haciendo una interpretación literal del precepto, se aprecia cómo el art. 14.3 ET hace referencia a la "interrupción del cómputo", no a la "interrupción del período de prueba", de manera que los efectos "sustantivos" de aquel (en este caso la verificación de cualidades del empleado y libre extinción del contrato) se mantienen vigentes[827].

B. LÍMITES A LA DECISIÓN EMPRESARIAL

Cosa muy distinta es la calificación que, en cualquiera de estos casos (contrato suspendido por incapacidad temporal con o sin interrupción del cómputo del período de prueba), podría corresponder al desistimiento realizado de manera ilícita.

Y en este ámbito, como es sabido, los límites al desistimiento libre durante el período de prueba vienen conformados, por una parte, por el respeto al principio de no discriminación y la prohibición de vulneración de cualquier derecho fundamental; por otra, por el ejercicio de dicha facultad empresarial de forma ajena al abuso de derecho o al fraude de ley[828]; y, finalmente, por los límites voluntariamente asumidos a través de la autonomía colectiva o individual.

---

[825] Véase STC 94/1984 (RTC 1984/94) y STS 14 julio 1986 (RJ 1986/4125).

[826] STS 12 diciembre 2008 (RJ 2009/257).

[827] Ciertamente esta interpretación "literal" conlleva el riesgo de ampliar la prerrogativa empresarial de desistimiento durante un plazo muy superior al que, inicialmente, se consideró adecuado para proceder a la verificación de las cualidades del trabajador.

[828] El artículo 7 CC establece, con respecto al abuso de derecho, que "(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 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

Sin duda, la mayor casuística judicial se encuentra en el primer escalón (vulneración de derechos fundamentales), y ello porque: a) con respecto al abuso de derecho y al fraude de ley, la amplitud con la que está configurada la prerrogativa empresarial (también del trabajador, pero con una relevancia irrisoria) de libre desistimiento[829], suele impedir que aflore la verdadera voluntad empresarial de acudir a esta figura en elusión de las normas del despido; b) con respecto a las exigencias impuestas por obra de la autonomía de las partes, serán éstas las que delimitarán los supuestos en los que el empresario habrá de acompañar la medida extintiva de cualquier requisito formal, en cuya ausencia desplegará el convenio o acuerdo individual sus consecuencias, lo que limita la litigiosidad.

En este contexto, debemos analizar qué respuesta jurídica merece el desistimiento, durante el período de prueba, del contrato del trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal, y si existen diferencias de tratamiento derivadas de la contingencia, común o profesional, de la citada baja médica; también es interesante analizar si la conducta del empresario en la producción o agravación de la dolencia que determina la incapacidad temporal del empleado tiene relevancia o no.

C. INCAPACIDAD TEMPORAL DERIVADA DE ENFEREMEDAD COMÚN Y VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

a. Cuestiones generales

La cuestión que tiene una respuesta más clara es la atinente a la licitud o no del desistimiento, durante el período de prueba, del contrato del trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal por enfermedad común ¿Vulnera, en sí misma,

medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso". Por su parte, en relación al fraude de ley, el artículo 6.4 C. Civil sostiene que "los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de evitar."

[829] M. A. BALLESTER PASTOR: *El período de prueba* (Bibl. cit.), pág.45, concluye, con acierto, que el artículo 14 ET contiene dos pronunciamientos (sus números 1 y 2) que podríamos considerar, en cierto modo, contradictorios, pues la obligación de realizar las experiencias que constituyen el objeto de la prueba, establecida en el 14.1, se convierte en "inefectiva" en razón a la libertad de desistimiento configurada en el 14.2. De manera que, con base en dichos preceptos, cabrían dos posturas distintas, habiéndose decantado los Tribunales españoles por la descausalización del desistimiento empresarial (no hay que acreditar que el trabajador no reúne las aptitudes requeridas por el puesto de trabajo para justificar el desistimiento durante el período de prueba), con la única limitación del respeto a los derechos fundamentales.

algún derecho fundamental? ¿Constituye un uso abusivo o fraudulento de la institución del desistimiento "desprenderse" de quien se encuentra en situación de baja médica?

Para contestar a la primera cuestión, es suficiente con acudir a la Jurisprudencia existente en el ámbito del despido, pudiendo ya adelantar que nuestros tribunales no consideran que la extinción del contrato del trabajador con contrato suspendido por enfermedad vulnere derecho fundamental alguno. En efecto, los planteamientos jurídicos en favor de la vulneración constitucional, basándose en la eventual infracción del art. 14 CE, pretendían incluir a la enfermedad, bien en el concepto de "discapacidad", bien en el ámbito más genérico representado por "cualquier otra condición o circunstancia personal o social"[830].

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha cerrado filas en torno a dos ideas: a) la mera enfermedad no figura entre los factores de discriminación enunciados en el artículo 14 CE, ni puede equipararse a la discapacidad, pues ésta tiene un carácter permanente y constitutivo de dificultades de integración y segregación social, algo no predicable de la incapacidad temporal; y b) el despido por "mera enfermedad", esto es, desde una "perspectiva funcional de incapacidad para el trabajo", no puede incluirse en la cláusula final genérica de dicho artículo, limitada a aquellos otros posibles factores de discriminación que hayan comportado o puedan comportar marginación social para un determinado grupo de personas.

Así, en relación, como decimos, al despido, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de pronunciarse a este respecto, entre otras, en sus sentencias de 29 de enero de 2001, 23 de septiembre de 2002 y 12 de julio de 2004[831], según las cuales debe rechazarse la existencia de discriminación en el despido durante la baja médica de un trabajador, porque la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable para la empresa, no es un factor de discriminación en el sentido estricto que este término tiene

[830] Art. 14 CE: Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

[831] RJ 2001/2069, RJ 2006/1923 y RJ 2004/7075.

en el inciso final del art. 14 CE aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación[832].

La Jurisprudencia citada sale, además, al paso de planteamientos precedentes en virtud de los cuales podrían entenderse vulnerados, además del art. 14 CE, otros derechos como el de la salud o la garantía de indemnidad.

Con respecto al primero de ellos, es común encontrar en los repertorios judiciales la alegación actora de que la facultad extintiva durante el período de prueba con respecto a trabajadores enfermos y en situación de incapacidad temporal, podría incentivar a éstos a no seguir los tratamientos de salud necesarios, por temor a la pérdida del trabajo, lo que, al menos indirectamente, afectaría a su derecho a la salud, si bien el Tribunal Supremo ha considerado que la protección de la salud, incluso en ese caso, se ve garantizada a través de la normativa de Seguridad Social[833]. Además de que el derecho a la salud no puede considerarse un derecho fundamental, al no formar parte de los incluidos en la Sección 1ª, del Capítulo Segundo del Título I)[834].

Con respecto a la garantía de indemnidad (integrante de la tutela judicial efectiva, ex art. 24 CE), se ha apuntado a su posible vulneración derivada del acto de represalia empresarial que podría suponer el desistimiento durante el período de prueba motivado por el ejercicio, por el trabajador, de su derecho a suspender el contrato de trabajo por enfermedad[835], si bien en este caso sería preciso acreditar tal actuación lesiva.

---

[832] Así lo resume M. IGLESIAS CABRERO, en "Contrato de trabajo. Extinción en período de prueba. No es discriminatoria la decisión empresarial del empresario a raíz de un accidente de trabajo sufrido por el trabajador en período de prueba", *La Ley 10445/2012, de 2-01-2013*, pág. 7, www.diariodigital.es. M. NAVAS-PAREJO ALONSO: "Desistimiento en período de prueba y accidente de trabajo: la criticable prevalencia de la libertad de empresa en supuestos de incumplimiento de medidas preventivas", *Aranzadi Social,* núm. 2, 2013, pág. 5, esto "no obsta a que determinadas enfermedades sí puedan encuadrarse en dicha previsión, como pueden ser las relativas al VIH o sida" del mismo modo que considera que queda abierta la cuestión de la desprotección que se produce en las situaciones en que la IT evoluciona a una discapacidad, algo que se desconoce en el momento de la demanda por despido…".

[833] A. MORENO MÁRQUEZ: "Nulidad del despido en los casos de reincorporación forzada del trabajador en incapacidad temporal: el derecho a la salud en juego", *Aranzadi Social*, núm. 11, 2010 (BIB. 2012/2075).

[834] La misma conclusión podría mantenerse aunque se asocie la salud con otros derechos, sí fundamentales, como la integridad física (art. 15 CE).

[835] Ha sido común la distinción, en sede judicial, entre el desistimiento "durante" la IT y el producido "por causa" de la IT, en el sentido de que, si bien el primero puede responder a una mera conveniencia no motivada por la enfermedad del trabajador, el segundo sí podría considerarse una represalia empresarial, algo mucho más evidente en los casos en que la extinción ha venido precedida de la amenaza empresarial de cese si el trabajador no adelantaba su vuelta al trabajo, pues en éstos, a la indemnidad vulnerada se une

Lo anterior determina que cuando un contrato de trabajo (superado el período de prueba que, en su caso, se hubiera incluido) se extingue durante la incapacidad temporal del trabajador, su calificación no será, a priori, de nulidad, ya que no se ha identificado derecho fundamental alguno vulnerado, pero sí acarreará la de improcedencia, en la medida en que la enfermedad, como hecho determinante de la decisión empresarial, no constituye una causa válida para la extinción contractual, por mucho que la "posición" del empresario se vea "gravada", ante la pérdida de los frutos del trabajo del enfermo durante la vigencia de dicha situación.

Ahora bien, si la decisión extintiva se produce en forma de desistimiento empresarial durante la fase de prueba, hemos de preguntarnos si el esquema es el mismo. Y la respuesta es afirmativa: la doctrina judicial elaborada en torno al despido del trabajador enfermo ha de extenderse al desistimiento durante el período de prueba, pues las reflexiones relativas a la inexistencia de nulidad por vulneración de derechos fundamentales tienen, en el desistimiento, una misma identidad de razón legal y constitucional (al margen de las diferencias formales); si esta vulneración no se aprecia en relación con contratos en su fase más "avanzada", tampoco habrá de contemplarse durante su estadio "inicial".

En efecto, la STS 3 octubre 2008[836] vino a confirmar que el desistimiento contractual durante el período de prueba de un trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal por enfermedad común no implica vulneración de ningún derecho fundamental[837].

---

el riesgo para la integridad física derivado de una reincorporación forzada y precipitada por la conducta empresarial ilícita [véase STSJ Asturias 12 marzo 2010 (Prov 2010/153801)].

[836] STS 3 octubre 2008 (RJ 2009/116).

[837] Conclusión que habrá de completarse con la doctrina comunitaria [STJUE 11 abril 2013 (TJCE 2013/122)], que extiende el mismo régimen de la discapacidad a las patologías crónicas o de muy larga duración. Como resume O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 40, a la vista de esta resolución (asunto HD Danmark), el concepto de "discapacidad" a que se refiere la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27-11-2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, ha de 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 particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pude 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, y si esta limitación es de larga producción.

Con todo, son muchos los autores que discrepan de tan tajante postura del Tribunal Supremo, proponiendo, incluso, un cambio legislativo ante la negativa del Alto Tribunal a considerar argumentos jurídicos que entienden más que suficientes para estimar la nulidad del cese del trabajador en situación de IT[838].

b. Licitud inicial del desistimiento

Ahora bien, si hemos visto que el despido por causa de enfermedad determina la improcedencia de la medida empresarial, por ser una causa ilícita, ¿también determinará la ilegalidad del desistimiento en período de prueba? o ¿excluye aquí, la libertad inherente al desistimiento empresarial, la posibilidad de control judicial más allá del examen de constitucionalidad?

Para poder responder, hemos de partir de que, precisamente, el régimen jurídico del período de prueba garantiza al trabajador los derechos inherentes a cualquier contrato de trabajo, salvo aquellos relacionados con la extinción, que será libre e informal. Desde este punto de vista, la decisión del empresario de prescindir de un trabajador que ha iniciado una situación de baja médica antes de agotarse la duración de su período de prueba, basada, precisamente, en este motivo, podría considerarse una causa razonable, desde una mera perspectiva económica u organizativa.

Ahora bien ¿no está ejercitando el empresario de forma abusiva o fraudulenta el derecho contemplado en el artículo 14.2 ET?[839]

La respuesta de nuestros Tribunales suele ser negativa[840], al priorizar, en el contexto concreto del desistimiento empresarial durante el período de prueba, el derecho de

838 En este sentido, A. GINÈS i FABRELLAS: "La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo", Aranzadi Social, núm. 18, 2010 (BIB. 2009/20250), sostiene, en la última página del comentario, y a modo de conclusión, que "La única alternativa factible para proteger el derecho a la salud en el ámbito de las relaciones laborales es…una reforma legislativa. Es necesaria una modificación legislativa para superar la jurisprudencia del Tribunal Supremo y declarar la nulidad del despido del trabajador con motivo de su enfermedad o estado de salud y alcanzar así una mayor protección del derecho a la salud de los trabajadores. Este cambio legislativo debería comprender dos reformas: a) La inclusión de una nueva causa de discriminación («con motivo de enfermedad, estado de salud o situación de IT») en el artículo 4.2.c) ET bastaría para la declaración de nulidad del despido del trabajador enfermo; b) La introducción de un apartado d) en el artículo 55.5 ET que expresamente declarase la nulidad del despido del trabajador con motivo de su enfermedad, estado de salud o situación de IT.

839 Como indica M. NAVAS-PAREJO ALONSO (Bibl. cit.), pág. 7: "En general, debe mencionarse, que cuando se produce la extinción del contrato de un trabajador en IT, esta decisión queda teñida de duda, ya sea de legalidad o de constitucionalidad".

840 STS 12 julio 2012 (RJ 2012/9598). Para M. NAVAS-PAREJO ALONSO (Bibl. cit.), pág. 11, los argumentos que utiliza esta Sentencia del TS para justificar la validez del cese son más que discutibles,

libertad de empresa, configurándose el desistimiento como un mecanismo ágil para responder eficazmente a la contingencia representada por la incapacidad temporal del empleado a prueba, con respecto del que quedará justificada la extinción contractual desde un punto de vista de gestión empresarial y recursos humanos, al margen, por tanto, del resultado de la experimentación del objeto de la prueba[841].

En efecto, para el Tribunal Supremo, el desistimiento del contrato del trabajador en IT durante el período de prueba puede justificarse, tanto por no frustrar las expectativas de continuidad del trabajador contratado en sustitución del enfermo, como por evitar que la empresa se vea en la obligación de realizar una contratación que, puede pensarse, le obliga a organizarse o a formar a un nuevo sujeto y a realizar un esfuerzo económico superior al que debe realizar si extingue el contrato del trabajador en baja médica.

Con todo, seguimos observando, en la práctica, las reticencias existentes en el empresariado a extinguir contratos de trabajo durante las situaciones de incapacidad temporal, ya estemos ante una relación laboral durante el período de prueba, ya en un momento ulterior, cautela que, sin duda, algo tiene que ver con las "sospechas" de antijuridicidad que suelen acompañar a tal decisión, por lo que es bastante común encontrar supuestos en los que la extinción del contrato se produce una vez finalizada la causa suspensiva, al tiempo de la reincorporación[842].

---

porque la figura contractual a utilizar en ese caso con el trabajador sustituto, es la interinidad, que, por definición, no incluye la expectativa de continuidad, y porque la necesidad de contratación de un nuevo trabajador es una consecuencia inevitable de cualquier situación de IT, de manera que, de seguirse la tesis del TS, sería tanto como considerar adecuada a derecho la extinción contractual de cualquier trabajador que se encuentre en una situación de suspensión con derecho a reserva de puesto de trabajo por el hecho de que el empresario deba contratar un trabajador mediante el contrato de interinidad para sustituirle. Con ello, el tribunal sienta una "peligrosa doctrina" acerca de la preeminencia de los intereses económicos empresariales en casos de suspensión del contrato de trabajo que va más allá de los márgenes de flexibilidad que aporta la regulación del art. 14 ET y que, además, de confirmarse, vaciaría de contenido el propio contrato de interinidad.

[841] Para A. MARTÍN VALVERDE: *El Período de prueba*… (Bibl. cit.), pág. 283: "la valoración empresarial sobre la inadaptación o la aptitud deficiente del trabajador a prueba ha de estar razonablemente fundada, lo que quiere decir que el despido por resultado insatisfactorio de la prueba no se puede producir antes de una comprobación seria de aquellas" […] ya que el desenvolvimiento lógico de la institución lleva a conceder al trabajador un margen temporal para que se acomode al puesto de trabajo y para que verifique y demuestre su valía profesional", de modo que "el dictamen desfavorable sobre la aptitud y/o la adaptación del trabajador a prueba no es jurídicamente admisible cuando el empleador no ha adquirido aún, por falta de tiempo, suficientes elementos de juicio sobre las mismas", constituyendo "abuso de derecho" la extinción precipitada o inconsistente.

[842] Valga, como muestra, la STSJ Cataluña 10 noviembre 2010 (AS 2010/33), que analiza el supuesto de una trabajadora, contratada el 9-08-2008, que sufrió un accidente de trabajo el 17-10-2008, permaneciendo en IT hasta el día 4-12-2008, con reincorporación al trabajo el día 5-12-2008, momento en

En este contexto, deberíamos reflexionar sobre la licitud de una decisión de desistimiento realizada varios meses después de que el trabajador ha dejado de prestar servicios en la empresa y, por tanto, no puede ser objeto de fiscalización en su actividad ¿podemos seguir admitiendo la presunción de corrección de ese cese?

c. Inocuidad de la causa de la incapacidad temporal

Avanzando un poco más, nos preguntamos ¿la misma conclusión de inexistencia de nulidad y abuso de derecho debe mantenerse en el supuesto de que la incapacidad temporal derive de un accidente de trabajo? O ¿el carácter profesional del origen de la dolencia puede dotar a la situación del trabajador de ese "plus" que convierte a la enfermedad en elemento que puede generar segregación o exclusión social?[843].

La respuesta, como cabía esperar, es que la causa originadora de la enfermedad no otorga a ésta una cualidad especial que la incluya en la cláusula final del art 14 CE.

Así se establece en la Sentencia del Tribunal Supremo, dictada en fecha 12 de julio de 2012[844], que confirma la inexistencia de lesión de derechos fundamentales en un supuesto que, además de derivar de contingencia profesional, podría considerarse un caso límite.

En efecto, recogiendo el extracto que del supuesto de hecho realiza SEMPERE NAVARRO[845], se trata de un trabajador que "suscribió contrato de trabajo, con período de prueba de quince días. El mismo día en que se inició la prestación de servicios sufrió un accidente de trabajo, con baja médica y situación de incapacidad temporal. El empresario dio por extinguido el contrato de trabajo por no superar el período de prueba"[846].

---

el que le fue entregada carta de extinción contractual durante el período de prueba. El Tribunal entiende que, descartada la existencia de una actuación discriminatoria, no pueden sino considerar eficaz la decisión empresarial amparada en el art. 14.2 ET. Como antecedente, el mismo Tribunal, en Sentencia de 13 abril 2006 (AS 2006/2823), en un supuesto en el que el recurrente pretendía probar la práctica empresarial de resolver contratos de trabajo por causa de incapacidad temporal, indicaba que "la extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba, aunque se realice después de la reincorporación tras un período de incapacidad temporal, no supone fraude de ley o la conculcación de un derecho fundamental."

[843] M. NAVAS-PAREJO ALONSO (Bibl. cit.), pág. 5.

[844] RJ 2012/9598.

[845] A.V. SEMPERE NAVARRO: "Sobre la terminación…", cit., pág. 5.

[846] Apuntar que el trabajador, albañil de profesión, fue contratado por una empresa que actuaba como subcontratista en la construcción de la plataforma de un tren de alta velocidad, fijándose un período de

Sobre esta base, el citado autor entiende que son dos las cuestiones que deben determinarse: a) si la facultad de desistimiento durante el período de prueba puede ejercitarse lícitamente para finalizar la relación laboral del trabajador que sufre un accidente de trabajo sin que hayan quedado acreditadas circunstancias particulares en la motivación de la decisión empresarial; y b) si el control de legalidad que corresponde al órgano jurisdiccional que enjuicia el litigio puede ir más allá de comprobar que el desistimiento supone, bien un ejercicio abusivo o fraudulento de dicha facultad, bien un acto lesivo de los derechos fundamentales del trabajador.

Para validar la legalidad del desistimiento en este supuesto, el Alto Tribunal parte de que el empresario y el trabajador están obligados a realizar las experiencias que constituyen el objeto de la prueba, lo que significa que, salvo imposibilidad, el desistimiento no puede producirse sin que haya tenido lugar la comprobación, in situ, de la conveniencia del contrato, añadiendo que, en cualquier caso, la decisión no ha de tener motivación antidiscriminatoria. Y así, con respecto a esta segunda circunstancia, el Tribunal se remite a los pronunciamientos previos –antes analizados- en los que la enfermedad, como merma temporal de la salud, no ha sido considerada como factor de discriminación; con respecto a la primera cuestión (la necesidad de experimentación del objeto de la prueba) se acepta, en este caso, su ausencia, porque dichas experiencias han devenido en imposible ejecución[847] por causa del siniestro ocurrido, no imputable a las partes del contrato, sin que se aprecie, tampoco, actuación fraudulenta o abusiva del empresario, en cuanto que, desde un punto de vista de gestión de los recursos humanos de la empresa, la extinción del contrato se antoja razonable[848]. Para el Alto Tribunal, es

---

prueba de 15 días sin establecer la interrupción del mismo por incapacidad temporal, habiendo presentado el trabajador en el momento de su contratación, la documentación acreditativa de su nivel de capacitación y certificados de titulación y experiencia. Accidentándose el mismo día en que inicia el trabajo por un sobreesfuerzo físico, con afectación de la columna dorsolumbar, fue dado de baja por contingencia profesional.

[847] En general [STC 166/1988 (RTC 1988/166) y STC 17/2007 (RTC 2007/17)], se exige que el empresario, antes de desistir del contrato, y "salvo imposibilidad", haya procedido a comprobar, sobre el terreno, las cualidades y aptitudes profesionales (para muchos, también, personales) del trabajador, existiendo, en ese caso, una presunción de "corrección" en el cese. De no llevarse a cabo esta experimentación, el desistimiento puede responder a una motivación fraudulenta. En este contexto, la clave está en la imposibilidad material de haber realizado tales experiencias, por causa no imputable a las partes, circunstancia ésta que hace variar el anterior régimen jurídico, validando el cese empresarial.

[848] La sentencia cuenta con un Voto Particular de la Magistrada Virolés Piñol, que entiende que, ante la falta de acreditación empresarial de que el cese no tiene relación alguna con el accidente de trabajo sufrido por el trabajador, y no acreditándose que responda a una causa real, debió calificarse como despido tácito nulo, con vulneración de derechos fundamentales.

el empresario, como titular del derecho a la libertad de empresa (entendida como un derecho de organización y dirección en el desarrollo de su actividad), el que debe decidir si conviene o no a su legítimo interés contractual el mantenimiento de una determinada relación de trabajo en período de prueba, estando exonerado, durante el mismo, de exteriorizar los motivos de su desistimiento. Con ello se viene a "apartar" al Juez, de la posibilidad de examinar los motivos del desistimiento más allá de los límites antes señalados[849].

Cabría preguntarse, por último, si supone alguna alteración del esquema el hecho de que el accidente laboral determinante de la incapacidad temporal que ha "animado" al empresario a desistir del contrato, se haya producido como consecuencia del incumplimiento por éste de la normativa de prevención de riesgos laborales.

En estos casos, nos encontraríamos con que la "enfermedad" del trabajador que motiva su incapacidad temporal habría sido provocada por el empresario, siendo el trabajador víctima de un accidente de trabajo en el que concurre algún incumplimiento en materia preventiva[850], si bien de ello no deriva, al menos de forma apriorística, una tacha de inconstitucionalidad, además de que la seguridad y salud en el trabajo, debida por el empresario, no deja de ser un principio rector, y no, propiamente, un derecho fundamental[851].

D. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha indicado, una sospecha de ilicitud planea, normalmente, sobre las decisiones de desistimiento del contrato de trabajo producidas durante la situación de

---

[849] M. NAVAS-PAREJO ALONSO (Bibl. cit.), pág. 3, comentando la STS 12 julio 2012 (y citando a SAN MARTÍN MAZZUCCONI) viene a destacar cómo para el TS, "el juez no puede posicionarse en la figura del empresario entrando a valorar la oportunidad de sus decisiones pues no es su papel ni tiene suficiente conocimiento de la empresa para entrar a realizar juicios económico-empresariales. Añadiendo la autora que, "precisamente este tipo de operación siempre ha sido muy criticado en el ámbito laboral y es uno de los cambios que ha pretendido introducir la Ley 3/2012 de reforma laboral, aunque en otros ámbitos que no son el del período de prueba.

[850] Como indica B. AGRA VIFORCOS: La tutela de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos en el desarrollo de su relación laboral", *Pecvnia, 7* (2008), pág. 15, "la posición deudora del empresario, que le fuerza tanto a prevenir efectos negativos del trabajo en la salud de sus subordinados, como a actuar cuando tal aspiración ha fracasado a fin de minorarlos y evitar su repetición futura, fortalece la posición del trabajador…".

[851] S. I. PEDROSA ALQUÉZAR: "Incidencia de los acosos laborales en la salud de la mujer trabajadora", *Revista Centro de Estudios Financieros*, núm. 26, diciembre 2004, pág. 84: "el derecho a la seguridad y salud laboral, en relación con el derecho a la vida e integridad física, puede considerarse, al menos transversalmente, un derecho fundamental en su vertiente individual".

incapacidad temporal, más aún cuando éstas han tenido lugar de manera inmediata al inicio de dicha situación e, incluso, en circunstancias en las que apenas ha habido tiempo para verificar la adecuación del trabajador al puesto contratado.

Pero también es cierto que la posición del empleador, en estos casos, no es sencilla, y ello con independencia de que las partes hayan o no pactado que la incapacidad temporal lleva aparejada la interrupción del período de prueba.

Con todo, es claro que la interrupción lo es del cómputo, no del régimen jurídico aplicable, de manera que el empresario puede, durante la suspensión del contrato, seguir verificando la aptitud del trabajador y desistir del vínculo contractual.

Desistimiento empresarial que, acometido en el marco temporal de la prueba, se presume válido, salvo que encierre una motivación torpe, contraria a derechos fundamentales, o se produzca en fraude de ley o con abuso de derecho.

Es complicado encontrar pronunciamientos judiciales que tachen el desistimiento de abusivo o realizado en fraude de ley, dada la amplitud de motivos que pueden motivarlo, habiéndose dado amplia cobertura a las justificaciones economicistas y de mera gestión empresarial, que consiguen, normalmente, que los desistimientos "a consecuencia" o "por causa" de la incapacidad temporal, se integren, desapareciendo su matiz lesivo, en los desistimientos "durante la situación" de incapacidad temporal, en los que el órgano judicial tiene muy restringida su labor de control.

Por ello, la censura jurídica más recurrente es la que reprueba el carácter discriminatorio de estos ceses, si bien, en este contexto, nuestra Jurisprudencia es muy restrictiva al considerar: a) que la mera enfermedad no es equiparable a la discapacidad; b) que el desistimiento durante la IT no equivale a una represalia por el ejercicio del trabajador de su derecho a suspender el contrato de trabajo (indemnidad), exigiéndose una actuación empresarial cualificadamente lesiva (como la de amenazar con el cese al trabajador que no quisiera forzar la incorporación al trabajo, en perjuicio de su integridad física); c) que el derecho a la seguridad y salud laboral carecen de contenido fundamental.

Así las cosas, superado con facilidad el hándicap de constitucionalidad, predominan en este ámbito los pronunciamientos que consideran legítimo el desistimiento durante el período de prueba de trabajadores en incapacidad temporal, primando el interés

empresarial y el derecho a la libertad de empresa, por encima de otros derechos igualmente merecedores de protección, como la estabilidad en el empleo.

Sin que existan diferencias relevantes en función de cuál haya sido la causa que origina la enfermedad (común o profesional).

Sería, por tanto, recomendable, extender al período de prueba el régimen jurídico que se aplica en los casos de despido durante (o por) la situación de incapacidad temporal, que, de no considerarse nulos, sí se entienden improcedentes, por la ilicitud que conllevan[852], pues solo así podrá contrarrestarse el importante desequilibrio en la relación de trabajo que ha generado una interpretación jurisprudencial excesivamente laxa del precepto estatutario, en un contexto de marcados intereses empresariales.

5. FENÓMENOS INTEREMPRESARIALES

El fenómeno de la transmisión de empresa, "pese a ser un tema clásico y recurrentemente tratado por la ciencia del Derecho del Trabajo, ha brindado desde su primigenia regulación, renovadas e interesantes posibilidades de reflexión y estudio a quienes, desde diversas y complementarias perspectivas, se han aproximado a esta institución clave para la construcción del vigente edificio jurídico-laboral"[853].

Por su parte, como indica FERNÁNDEZ MÁRQUEZ[854], el período de prueba es uno de los ámbitos en que se hace más visible la dificultad de aplicar las categorías clásicas del Derecho del Trabajo, pensado para relaciones de servicio bilaterales, a situaciones cada vez más frecuentes de "trilateralidad" contractual, en la que la posición empresarial aparece desdoblada en dos o más personas distintas, entendiendo comprendidas en este concepto desde las sucesiones o transmisiones de empresas hasta las cesiones, legales o ilegales, de trabajadores, pasando por las situaciones de subcontratación o externalización, cada vez más frecuentes en la práctica empresarial, fenómenos

[852] "Cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido, la calificación aplicable es la de improcedencia" [STSJ Cataluña 10 noviembre 2010 (AS 2010/33), citando las SSTS 2 noviembre 1993 (RJ 1993/8346), 19 enero 1994 (RJ 1994/352), 23 mayo 1996 (RJ 1996/4612) y 30 diciembre 1997 (RJ 1997/447)].

[853] A. V. SEMPERE NAVARRO y F. CAVAS MARTÍNEZ: "Clarooscuros en el nuevo régimen jurídico de la Sucesión de empresa", *Aranzadi Social*, núm. 10/2011, Edición digital, BIB, 2011/1007, comienzan el artículo con esta afirmación.

[854] Op. cit., pág. 76.

interempresariales que generan notables problemas a la hora de poner en funcionamiento las reglas que nuestro ordenamiento dispensa al período de prueba, ideadas para relaciones de tipo bilateral.

A. SUCESIÓN EMPRESARIAL

El cambio en la titularidad, inter vivos o mortis causa, de una empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma, provoca, en aplicación de la normativa estatutaria (art. 44 ET)[855] la sucesión entre ambos empresarios, de manera que el nuevo titular asumirá los derechos y obligaciones, laborales y de Seguridad Social (además de compromisos de pensiones y mejoras voluntarias) que, con respecto a los trabajadores en cuyas relaciones se subroga, detentaba hasta ese momento el anterior titular.

La jurisprudencia actual (por todas, STSJ Madrid 10 febrero 2014, AS 2014/871), que analiza la compleja casuística que ofrece esta materia, desde una tendencia a la expansión "controlada" del término sucesión de empresa, viene reiterando que para que opere la citada sucesión, es preciso que la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria, señalando que, con arreglo a los pronunciamientos de la doctrina judicial comunitaria, la unidad productiva es una noción objetiva que en el contexto del art. 44 ET se define por la idoneidad de un conjunto de elementos patrimoniales pertenecientes a un empresario para ser susceptibles de una explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado. En este ámbito expansivo, se admite la "materialidad" de segregaciones que se corresponden con las correlativas actividades exteriorizadas, transmitidas hacia las empresas que tienen independencia organizativa y funcional, que constituyen en su resultado un conjunto, en cada caso, de medios organizados, explotaciones económicas independientes, capaces de ofrecer bienes y servicios al mercado (con cita de STS 14 febrero 2011, RJ 2011/2734) resaltándose, asimismo, que

[855] Señala el art. 44 ET, en su núm. 1, que "el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente". Detallando su núm. 2 que "a los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria".

la transmisión de la de la propiedad no será obstáculo para que se produzca la sucesión (con cita de STS 27 febrero 2012, RJ 2012/4023), pues basta que lo cedido sea una unidad productiva autónoma, sin que sea obstáculo que el título sea un contrato de arrendamiento, pues para ser empresario no es necesario ser propietario de los bienes fundamentales de la empresa, sino poseer la titularidad del negocio; recordando que la inexistencia de vínculo contractual directo entre el cedente y el cesionario no es relevante en orden a excluir la transmisión, pudiendo producirse la cesión por etapas, a través de la intervención de un tercero (STS 23 octubre 2009, RJ 2009/5734); y en última instancia, que en determinados sectores productivos una entidad económica puede operar sin elementos significativos de activo material o inmaterial, constituyéndose la mano de obra en elemento esencial si se produce una incorporación "significativa" en la nueva empresa por voluntad del nuevo titular.

Desde nuestra perspectiva, la del período de prueba, corresponde analizar la incidencia que en la institución tiene el cambio de titularidad empresarial por la vía de la sucesión, en la medida en que, realmente, surge con esta novación subjetiva un nuevo vínculo jurídico en el que cada una de las partes desconoce, en principio, las características del otro, al no haber participado ninguna de ellas en la materialización de ese vínculo contractual, ni, en la mayoría de los casos, en la decisión de "permitir" su continuidad por la vía de no ejercitar la facultad de desistimiento durante el período de prueba.

Desde este punto de vista, la necesidad del nuevo empresario de conocer las cualidades de quien va a convertirse en su nuevo empleado, así como la adaptación a las eventuales modificaciones en el puesto de trabajo (ampliación de funciones, modificaciones en el sistema productivo, cambios en el organigrama de personal, etc.) permitirían entender lógico el establecimiento de un período de prueba *ad hoc* en esa relación "reiniciada".

Aunque, contrarrestando la anterior evidencia, la necesidad de garantizar el derecho a la estabilidad en el empleo de quien ya superó, en su momento, un período de prueba, acreditando condiciones suficientes para haber consolidado el vínculo laboral, dificultaría, desde el respeto a dicho principio, someter al trabajador, nuevamente, a la precariedad en virtud de la cual, durante un espacio de tiempo determinado, volverá a quedar "en manos" de la mera voluntad discrecional del empresario, situación que, en dicha lógica, podría repetirse cada vez que tuviera lugar una modificación de titularidad empresarial, por cualquiera de los negocios jurídicos que lo permiten.

Hay que tener en cuenta, además, que las decisiones de sucesión empresarial son ajenas a la voluntad del trabajador, quien no participa en las mismas ni debiera, por ello, sufrir las consecuencias[856].

Nada concreta, a este respecto, el art. 44 ET, si bien de su literalidad pareciera desprenderse que entre las obligaciones que conlleva la subrogación en las obligaciones del anterior empresario se encontraría la de mantener el puesto de trabajo sin introducir en el mismo, por la vía de la prueba, la rehabilitación de mecanismos extintivos que habían quedado fuera ya del alcance del empresario sucedido; de esta manera, la vinculación del nuevo titular a la contratación anterior, en este punto, debiera impedir acordar un nuevo período de prueba.

Con todo, es posible que el nuevo empresario pretenda dar un giro al sistema de producción y organización de la empresa que asume, de forma tal que las cualidades del trabajador que fueron suficientes para "consolidar" su puesto de trabajo en las condiciones en que se desarrollaba antes de la sucesión, no sean, por el contrario, las que el nuevo titular considera mínimas para aprobar el mantenimiento de la contratación, surgiendo entonces la duda de si, en estos casos, en los que la superación inicial del período de prueba no es garantía de "profesionalidad" en el nuevo esquema, ha de permitirse al nuevo titular articular el mecanismo de la prueba para que sea él mismo quien, por la vía de la experimentación *ad hoc*, decida la continuidad del trabajador o desista del vínculo subrogado por no superación del período de prueba.

Entiendo, por mucho que desde la política de recursos humanos sea una aspiración legítima del empresario formar el mejor equipo de trabajo, por la vía de incorporar a los que acreditaron, ante él[857], la solvencia deseada, que si se permitiera en los supuestos de sucesión empresarial someter a prueba a toda la plantilla, estaríamos facultando la posibilidad de extinciones no indemnizadas y en masa de trabajadores (todos aquellos que obtuvieran una valoración negativa en la prueba) que, con carácter previo a la

[856] Distinta solución cabría, quizás, si fuese el trabajador quien pudiese "imponer" o instar, a su conveniencia, ese cambio en la figura del empresario, algo que no sucede en la práctica, donde la negociación no abandona el ámbito societario.

[857] Gráficamente, O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…*, cit., pág. 78, indica que el art. 14 ET, interpretado en clave de subrogación, es compatible con entender que las experiencias habidas "materialmente" al servicio del empresario cedente, pueden imputarse "formalmente" al empresario cesionario. De esta forma se salvaría la objeción según la cual no puede el empresario cesionario experimentar de forma directa el objeto del contrato si se le priva de la posibilidad de incorporar, tras la sucesión, un nuevo período de prueba.

sucesión, gozaban, en plenitud, de la protección jurídica representada por la exigencia, en caso de extinción contractual, de acudir la empresa a mecanismos legales basados en la causalidad[858]. Sin que sea, a nuestro juicio, un elemento diferenciador de la postura a adoptar el hecho de que el contrato con la empresa sucedida no hubiese estado sometido a prueba por la propia voluntad de las partes que no consideraron preciso concertarlo[859].

Ahora bien, el mismo argumento utilizado para cuestionar la articulación de un nuevo período de prueba es el que sirve para afirmar, apenas sin dudas, que el nuevo empresario, siempre que el período de prueba permanezca aún vigente en el momento de la sucesión por no haber llegado a su término el plazo acordado entre el trabajador y el empresario sucedido, podrá utilizar la facultad resolutoria *ad nutum* inherente a aquel pacto de prueba. En efecto, fueron el anterior empresario y el mismo trabajador con respecto al que opera la subrogación, quienes decidieron, en su día, pactar un período de prueba cuya duración y otras especificaciones (interrupción durante la IT, requisitos formales para el eventual desistimiento, etc.) establecieron ellos, y no el nuevo empresario. Sin embargo, tal pacto no se extingue, como tampoco lo hace el propio contrato de trabajo, por el hecho de que se modifique la persona de uno de los contratantes (en este caso el empresario), de manera que los términos de dicho acuerdo, siempre que se acomoden a la legalidad, siguen desplegando plenos efectos en la relación laboral recién instaurada, por el tiempo que le reste de vigencia.

---

[858] El argumento, no obstante, parece "debilitarse" en los supuestos conocidos como "sucesión de plantilla" (de aplicación cada vez más frecuente en nuestra Jurisprudencia, desde la asunción por nuestro TS de la doctrina contenida en la STJCE 11 marzo 1997, TJCE 1997/45, Caso Ayse Süzen contra Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice). En efecto, si es la mera voluntad empresarial la que determina la contratación de unos trabajadores, con respecto a los cuales no existía previamente a esta decisión, ninguna obligación subrogatoria o de respeto a situación anterior consolidada, puede parecer excesivo negarle la posibilidad de someter a prueba a este personal, a diferencia de lo que ocurre con el que contrata *ex novo*. No obstante, también es cierto que la contratación, en este caso, vendrá determinada por el valor en sí mismo de ese grupo humano, conocedor de los procedimientos y el tipo de trabajo, de manera que, al margen de motivaciones altruistas absolutamente marginales en el mundo de las relaciones laborales, podemos pensar que, precisamente en estos casos, es el valor de este personal, conocido (y buscado) por el nuevo empresario, el que viciaría de nulidad la inclusión de un período de prueba en el contrato.

[859] Aunque, en teoría, la situación es distinta (en un caso el trabajador ya estuvo sometido y superó, con éxito, el examen al que se le sometió por inclusión en el contrato de un pacto de prueba; mientras que en el segundo caso, el trabajador no ha estado sometido a ningún pacto a prueba ni ha tenido que demostrar su capacidad para evitar la consecuencia del libre desistimiento empresarial), no creemos que tenga relevancia alguna hasta el punto de permitir, en el segundo supuesto, la inclusión de un período de prueba, como si de una relación laboral inicialmente concertada se tratase. Si el trabajador venía prestando sus servicios al momento de la sucesión es porque, a criterio del anterior empleador, mantenía un compromiso laboral merecedor de su confianza, pese a no haber estado formalmente sometido a dicho pacto.

Y es durante ese período de prueba restante, más breve de lo deseable por el nuevo empresario (que habría querido aplicar el más conveniente, a su juicio, dentro de los límites máximos convencionales o legales), donde éste, con arreglo a las exigencias de buena fe y atendiendo a la finalidad legítima del pacto a prueba, habrá de decidir la conveniencia de mantener la relación laboral, aún con las dudas propias de una experiencia mermada, o desistir, quizás de forma apresurada, de mantener el contrato. El empresario ejercitaría, en este último caso, la facultad resolutoria incluida en un contrato del que no fue parte, pero que asume, derivadamente, relevando al anterior contratante en la condición de empresario con asunción de unas condiciones que le vienen impuestas (la consecuencia de no desistir, en la mayoría de los casos, dada la escasa antigüedad que suele mantener el trabajador que conserva aún vigente el período de prueba a la hora de la subrogación, será la de indemnizar ulteriormente al trabajador en caso de no parecerle satisfactoria su prestación laboral).

Con todo, existe un riesgo adicional, acertadamente advertido por la doctrina[860], en los supuestos de sucesión empresarial, consistente en que los empresarios involucrados en la sucesión (tanto el empresario que cesa en la actividad y la transmite, como el nuevo adquirente), utilicen la facultad resolutoria que otorga el período de prueba para "adelgazar" la plantilla, haciendo más atractivo el negocio jurídico para ambos. Hemos dicho que, por regla general, las indemnizaciones de los trabajadores no habrían de ser muy cuantiosas, pero también puede ocurrir que el número de empleados sea muy elevado o que incluso, algunos puestos muy cualificados, sí atesoren cierta antigüedad, lo que, en términos económicos puede ser relevante. En estos casos, si los contratos a prueba se desisten, por el empresario saliente, antes del vencimiento del período probatorio, desaparecerá toda obligación de subrogación para el nuevo titular de la explotación; de otra parte, utilizar la figura del desistimiento por el nuevo empleador sin relación alguna con la experiencia probatoria, con la única finalidad de que los

[860] O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *El período de prueba…* (Bibl. cit.), pág. 79, quien, de forma imaginativa propone una suerte de extinción "causalizada" en estos casos, tanto en el supuesto de cese por el empresario "saliente", como por parte del "entrante". En concreto, para el autor, la libre extinción durante el período de prueba podría quedar "desactivada" con ocasión de las transmisiones empresariales, y no solo respecto de la empresa adquirente, sino también de la cedente, para evitar el fraude de ley que seguramente habría de producirse en otro caso. Pero al ser demasiado drástica dicha medida, propone una solución intermedia, según la cual, en este tipo de situaciones, la decisión de extinción empresarial podría admitirse pero no de modo completamente libre, sino de modo causal, a condición de que el empresario estuviera en disposición de poder demostrar que el cese obedece realmente a la falta de aptitudes del trabajador.

trabajadores transmitidos no consoliden su empleo, es una práctica igualmente fraudulenta, de acreditarse la intencionalidad. En estos casos, debiera poder "afinarse" el control judicial, para corregir los supuestos de fraude o abuso de derecho, habida cuenta del interés oculto que puede guiar estas decisiones.

Con carácter general podemos afirmar que ha sido regla tradicional en nuestra Jurisprudencia considerar contrario a Derecho el establecimiento, en caso de subrogación empresarial, de un nuevo período de prueba respecto al nuevo titular empresarial (STS 18 julio 1986, RJ 1986/4238)[861]. Y los órganos de suplicación siguen aceptando dicha consecuencia distinguiendo, muy claramente, los efectos que despliega una "auténtica" sucesión, de los que se producen en otros supuestos de transmisión de personal, en los que, por muchas que sean las coincidencias, no nos encontremos realmente ante un supuesto de sucesión empresarial. Así:

a) Cuando se ha apreciado existente la sucesión empresarial, se viene negando toda virtualidad al pacto de prueba que se pretenda incorporar al nuevo contrato. En este sentido:

- La STSJ Castilla León/Burgos 3 octubre 2012 (JUR 2012/348108) analiza el supuesto de una trabajadora que había venido prestando sus servicios, como cocinera, para la mercantil ISS SOLUCIONES DE CATERING, S.L, en virtud de contratación temporal condicionada, a su vez, por la contratación administrativa en virtud de la cual, tal empresa se comprometía a prestar a la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Burgos, el servicio de bar-cafetería; finalizada la contrata en 9-03-2012, fue la trabajadora dada de baja en TGSS por dicha empresa, asumiéndose con esa fecha la explotación de la concesión administrativa por la mercantil GESTION HOTELERA ARLAZÓN, S.L, empresa que contrató a la trabajadora con fecha 13-02-2012, incluyendo un período de prueba, vigente el cual, desistió del contrato de la actora por no superación del período de prueba. Desestimada la demanda de despido en la

[861] De forma gráfica, señala el Alto Tribunal, que ese pasar de una a otra empresa conjuntamente importantes elementos materiales y elementos personales de una misma sección, hace visible el cambio de titularidad en una unidad productiva -sección de telares- por lo que opera plenamente en cuanto a dicho personal el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores, suponiendo la celebración de un nuevo contrato de trabajo, con sometimiento a un período de prueba, una renuncia a la estabilidad en el empleo carente de justificación y prohibida por el artículo 3.5 ET.

instancia, por entender el Juzgado de lo Social que no concurría la sucesión empresarial ex. art. 44 ET, por no haberse transmitido elementos materiales, ni en virtud de la doctrina de la "sucesión de plantilla", por no haberse asumido una parte significativa del personal anterior, entiende la Sala que la sucesión procede en aplicación de norma convencional *ad hoc*, de donde concluye que el pacto de prueba insertado en el nuevo contrato es nulo y, con él, injustificado el cese de la trabajadora. El argumento es que la trabajadora venía prestando sus servicios como cocinera desde 1-9-2011 y continua desempeñando igual trabajo en el mismo centro para la nueva adjudicataria del servicio con quien formalizo un nuevo contrato temporal, no teniendo razón de ser el periodo de prueba suscrito en el contrato cuando la trabajadora continua realizando iguales tareas habiendo quedado acreditado su aptitud para el desempeño de las mismas de lo que tenía conocimiento la empresa no teniendo justificación exigir a la trabajadora un nuevo periodo de prueba.

- La misma Sala, en STSJ Castilla León/Burgos 22 mayo 2013 (AS 2013/1541), considera ilícito someter a prueba al trabajador en un caso de sucesión empresarial en la labor de digitalización de historias clínicas; en concreto, el Nuevo Hospital de Burgos concertó, para esta tarea, un contrato de arrendamiento de servicios con la mercantil FIDELIS SERVICIOS INTEGRALES S.L. que, a partir de 9-07-2012, comenzó a desarrollar la labor que, hasta el día anterior, venía acometiendo la mercantil CONSULTORÍA Y GESTIÓN SANITARIA S.L., en las mismas instalaciones, con los mismos medios materiales y personal encargado de impartir las instrucciones a los trabajadores, dándose la circunstancia de que a la nueva empresa había pasado la mayor parte de los trabajadores de la anterior, previa selección de personal por parte de FIDELIS SERVICIOS INTEGRALES S.L. En el contrato laboral suscrito en 9-07-2012 con la actora se fijó, como período de prueba, el máximo legal según convenio, procediendo la nueva empresa a desistir del contrato al poco tiempo de iniciada la actividad, decisión reputada como despido improcedente en la medida en que, existente la sucesión empresarial, la

realización, por la actora, de las mismas labores para la primera mercantil, vino a desvirtuar la finalidad que el art. 14 ET otorga al período de prueba[862].

- En un supuesto de franquicia, la STSJ Madrid 21 mayo 2002 (JUR 2002/286089), consideró existente la subrogación del franquiciador y, consecuentemente, ineficaz la inclusión del período de prueba en el nuevo contrato, una vez finalizado el vínculo de la trabajadora con su franquiciado, con la circunstancia adicional de que el embarazo de la trabajadora en el momento del cese determinó la nulidad del despido (art. 55.5.b ET). En este caso, las peculiaridades que determinaron la solución adelantada son que la franquiciadora no solo formaba y supervisaba al personal que iba a desarrollar el trabajo objeto de la franquicia, sino que también se reservaba el derecho a asistir a la selección de este personal y verificar su cualificación, por lo que no existía razón alguna para la imposición de un nuevo período de prueba.

b) Ahora bien, no siempre será óbice a la inclusión válida de un período de prueba en el contrato de trabajo el hecho de que quien de nuevo se contrata haya desempeñado, aun sin solución de continuidad, idéntico cometido laboral, pese a coincidir enteramente las funciones y el centro de trabajo, si se da la circunstancia de que el empresario es distinto y no se reconoce producida la subrogación. En efecto, cuando no concurre una auténtica sucesión de empresas, la coincidencia entre la prestación de servicios anterior y actual no determina la nulidad de aquel pacto, al ser, efectivamente, el nuevo empresario, un empleador distinto, sin que pueda hablarse, por tanto, del desempeño de las mismas funciones para la "misma empresa". Ilustrando esta afirmación:

- La STSJ Madrid 7 mayo 2012 (JUR 2012/322009), en un supuesto que merece la pena sintetizar: el trabajador había prestado servicios como auxiliar de servicios en una comunidad de propietarios de Madrid, con la que su empresa (EUROTEX) tenía concertados los servicios generales de conserjería; como quiera que la comunidad decidió no renovar con esta empresa el contrato, al

[862] La sentencia trata, por lo demás, una interesante cuestión, que desborda los límites de este trabajo, relativa al convenio de aplicación, en la medida en que el período de prueba se pactó por remisión al límite máximo del convenio, sin una referencia temporal exacta, discutiéndose por las partes la aplicabilidad de normas paccionadas distintas, así como el efecto que la sucesión de empresa producía en cuanto al mantenimiento de los pactos suscritos en virtud del anterior marco convencional.

trabajador se le comunicó el traslado a otro centro, optando éste por rescindir el contrato de trabajo (aunque no se indica, entendemos que se trataría de una resolución indemnizada ex art. 40 ó 41 ET); lo interesante es que la nueva empresa que vino a encargarse del servicio de conserjería en la citada comunidad de propietarios (BARSEVI), se hizo con los servicios de ese mismo trabajador, al que contrató, con carácter indefinido, incluyendo en su contrato un período de prueba de dos meses, durante el cual desistió del contrato por no haber superado el período de prueba. Pese a las singularidades del caso, la Sala madrileña confirma la inexistencia de despido porque, "se trata de dos empresas contratistas de servicios completamente independientes, sin que se haya acreditado la menor relación entre ellas, ni tampoco que la nueva empresa o algún empleado suyo hubiera intervenido en alguna forma en la primera relación laboral del trabajador. Por ello, aunque se trate de un mismo puesto de trabajo, al haber sido contratado nuevamente el demandante por una nueva empresa, se ha de reconocer el derecho de ésta de pactar un período de prueba, pues para ella se trata de una relación laboral completamente nueva y no queda vinculada por la actuación de la anterior empresa", añadiendo que "la sentencia ha rechazado la tesis de la subrogación empresarial".

– En el mismo sentido, la STSJ Madrid 18 julio 2012 (JUR 2012/286265), vuelve a validar la eficacia del pacto de prueba en el segundo contrato, pese a desempeño de idénticas labores previas, precisamente, por no considerar concurrente la sucesión empresarial. En ese caso, la trabajadora, había prestado servicios como tele-operadora para la empresa UNISONO desde 21-10-2010, en el servicio que esta mercantil tenía adjudicado por el cliente Banco Santander consistente en la comercialización de seguros del Grupo Santander. En 28-02-2011, la relación laboral finaliza por terminación de la contrata que servía de soporte a aquella. Una semana más tarde, la actora suscribió contrato de trabajo temporal para la empresa ATENTO, nueva adjudicataria de la contrata mercantil para la prestación del servicio de tele-venta de Seguros de dicha entidad financiera, insertándose en su contrato una cláusula por la que se establecía un período de prueba de 30 días; vigente el mismo, la actora inició situación de incapacidad temporal con fecha 15-03-2011, siendo cesada mediante Burofax de fecha 16-03-2011, decisión que impugnó por el procedimiento del despido,

siendo su petición desestimada al entender la Sala que en ese caso no se cumplen los requisitos legalmente exigidos para la sucesión de empresas con arreglo al art. 44 ET, lo que impide considerar que el pacto de prueba careciera de justificación, siendo por el contrario perfectamente válido, dado que se trataría aquí de dos empresas distintas, con lo que el supuesto quedaría fuera del contemplado en art. 14 ET y en la regulación convencional de aplicación.

– En un supuesto ciertamente límite, la STSJ Murcia 6 junio 2005 (JUR 2005/154896), no otorgó amparo a una trabajadora despedida, pese a que, de las circunstancias reflejadas en la propia sentencia, la conclusión podría haber sido bien distinta; en concreto, la trabajadora prestaba servicios como operaria de almacén hortofrutícola para una empresa, HORTOPACHECO, que mantenía contrato de arrendamiento de la nave en la que aquella trabajaba, con la titular KANES FOOD IBERIA. Rescindido el contrato con la primera por baja voluntaria en 30-09-2004, comienza a trabajar, sin solución de continuidad (1-10-2004), para la segunda empresa, realizando idéntico cometido, pero en otra nave, también propiedad de ésta, situada en la misma finca. La nueva mercantil, que incluye en este contrato un período de prueba de tres meses, hace uso de la facultad de desistimiento y extingue el contrato de trabajo. El Tribunal murciano valida la extinción, no considerando vulnerado el art. 14 ET, ya que la trabajadora no había desempeñado la misma actividad en la empresa con anterioridad a la contratación a prueba, sino que efectivamente aquélla había llevado a cabo la misma actividad laboral, pero en diferentes empresas, por lo que al cesar de manera voluntaria en la empresa HORTOPACHECO, se extinguió la relación laboral con esta empresa, y la posterior contratación a prueba por la empresa KANES FOOD IBERIA, se ajustó a la legalidad vigente, concretamente al artículo referido, por lo que el desistimiento de esta última, dando por finalizada la relación laboral por no superación del período de prueba, no provoca un despido improcedente sino una extinción del contrato de trabajo[863].

[863] Entiendo que el dato de que la trabajadora curse su baja voluntaria en la empresa para suscribir al día siguiente nueva relación laboral con otra mercantil, que curiosamente es la dueña de las fincas en las que antes y ahora prestará servicios la actora es un elemento suficiente para considerar que la contratación estaba acordada con carácter previo a la baja voluntaria, conociendo el nuevo empresario las aptitudes

Con respecto a la posibilidad de establecer un nuevo período de prueba en los supuestos de sucesión de contratas o concesiones[864], la posición de nuestros tribunales está algo más dividida. En efecto, los trabajadores, en este caso, dejan de prestar sus servicios para el empresario "saliente" y pasan a desarrollar su actividad en el entorno del nuevo titular, empresario "entrante", que asume la explotación de la actividad, haciéndose cargo, derivadamente, de una parte o la totalidad de aquellos trabajadores.

La posición de nuevo empresario con respecto a los trabajadores vinculados a aquella contrata cuya gestión dejó de acometer el anterior, puede asumirse, como sabemos, por diversas vías: contrato entre ambas mercantiles, inclusión de dicha consecuencia en pliego de condiciones *ad hoc*, imposición en convenio colectivo o, en fin, como consecuencia de la propia actuación empresarial asumiendo, por propia voluntad[865], a un volumen significativo de la plantilla del anterior empresario.

En tales circunstancias, los tribunales parecen diferenciar dos situaciones distintas[866]:

a) La primera de ellas, es el supuesto en que el nuevo empresario contratista asume un vínculo laboral con respecto a los trabajadores del anterior, en virtud de lo

---

profesionales de la trabajadora. Con este dato, sin necesidad de entender formalmente producida la subrogación sí se podría haber declarado la nulidad del período de prueba, por conocimiento previo de las cualidades del trabajador que elimina la necesidad del pacto de prueba.

[864] J. GIL PLANA, "La subrogación empresarial en las contratas y subcontratas (II)", *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 157/2013, Civitas, 2013, Edición Digital, BIB. 2013/210, hace un recorrido por los diferentes pronunciamientos del Tribunal Supremo de los últimos años, en materia de contratas y subcontratas, dando cuenta de la recepción íntegra que ha realizado nuestra Jurisprudencia de la doctrina judicial comunitaria, de la que se desprende, más que una valoración global, una "valoración en cascada", dado que los primeros indicios que se tienen en cuenta son el grado de similitud entre las actividades ejercidas antes y después de la transmisión, y, sobre todo, el relativo al tipo de actividad objeto de transmisión, porque según sea la actividad traspasada, la valoración se centrará en el indicio del traspaso de trabajadores o en el indicio de transferencia de activos materiales. De tal forma que si la actividad que se traspasa es intensiva en mano de obra, es decir, que el desarrollo de la misma descansa fundamentalmente en ella, el indicio fundamental y determinante será la constatación de si se ha producido o no la subrogación en los contratos de los trabajadores -transmisión de personal- y en qué porcentajes, relativizándose la transmisión de bienes materiales; mientras que si la actividad traspasada es intensiva en bienes, esto es, requiere para su efectivo desarrollo un importante conjunto de activos materiales o inmateriales, el indicio predominante que se ha de tener en cuenta en la valoración global es sí se ha verificado o no traspaso de bienes, perdiendo significación la posible existencia de transmisión de personal, ya que se ha descartado la existencia de sucesión empresarial cuando en un cambio de contratista en una actividad intensiva en bienes materiales el nuevo contratista se había subrogado en más de la mitad de la plantilla del antiguo adjudicatario pero no se había producido transferencia de bienes materiales.

[865] E interés empresarial, a buen seguro.

[866] *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 3ª ed. (Dir. J. CRUZ VILLALON y otros), op. cit., pág. 200.

estipulado en el convenio colectivo de aplicación o en el pliego de condiciones que rigen la contratación empresarial.

En estos casos (STSJ Aragón 29 mayo 2007, AS 2007/2983), se suele imponer la declaración de nulidad del pacto de prueba que se incluya en el nuevo contrato, en aplicación del párrafo tercero del artículo 14.1 ET, conforme a una interpretación "extensiva" del concepto de empresario, coherente con la doctrina jurisprudencial unificadora en STS 18 enero 2005 (RJ 2005/2425) y 25 noviembre 2005 (RJ 2005/5925), referido al objeto de la actividad empresarial, no a distintas personalidades jurídicas, de tal forma que, en casos como el presente en el que los trabajadores pasan a prestar servicios sucesivamente para distintas concesionarias y siempre por razón de los trabajos que realizan, carece de justificación la actuación empresarial, que impuso un período de prueba a quien previamente había acreditado suficientemente su aptitud por el ejercicio precedente de iguales tareas, aptitud conocida además por la nueva adjudicataria. De manera que, cabe afirmar, en el caso de sucesivas contratas y sucesivas contrataciones de los mismos trabajadores por razón de imponerlo así, bien la norma convencional, bien el pliego de condiciones, concurren las condiciones que sustancialmente explican la prohibición (o declaración de nulidad) del pacto sobre período de prueba (art. 14.1, párrafo tercero, ET), cuales son la probada aptitud del trabajador y conocimiento de ello por el empresario; y, en segundo lugar, que la cláusula contractual estableciendo en el caso el período de prueba respondía a una finalidad diferente a la propia finalidad de la norma que lo regula (art. 14 ET), pues 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.

En el mismo sentido, la STSJ Castilla León/Burgos 3 octubre 2012 (JUR 2012/348108).

b) Distinto es el supuesto en el que, sin mediar la previa voluntad de los negociadores colectivos, vía convenio, o la decisión del titular cuya actividad externaliza, en forma de pliego de condiciones, es el empresario quien decide hacerse cargo de los trabajadores que, hasta ese momento, mantenían vínculo con la empresa anterior o lo habían resuelto coetáneamente al cese en la actividad.

En este caso, algunos Tribunales se inclinan por validar la inclusión del período prueba en el nuevo contrato, acudiendo, a sensu contrario, a la regla estatutaria que impide someter a prueba a quien ha desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa; se dice, así, en STSJ Madrid 20 junio 2005 (JUR 2006/68333), que el período de prueba incluido en el contrato de la trabajadora es válido, pues la nueva empresa no ha procedido a su contratación forzada por ninguna norma convencional o disposición *ad hoc* reguladora de la contratación administrativa. En concreto, se trataba de una trabajadora que prestaba sus servicios como limpiadora directamente para un Ayuntamiento, y no para la empresa saliente concesionaria del servicio de limpieza, de manera que la nueva concesionaria, EULEN, no venía obligada a subrogarse en su relación laboral, por lo que debe entenderse que el período de prueba pactado en el nuevo contrato es eficaz.

En el mismo sentido, la STSJ Comunidad Valenciana 21 marzo 2002 (AS 2003/359), mantiene la vigencia del nuevo período de prueba y, con él, la validez del desistimiento empresarial, en un supuesto en el que la concesión para la actividad contra incendios, fue otorgada a una sociedad que continuó con la totalidad de los trabajadores de la anterior sociedad, sin que, al efecto, existiese norma convencional que impusiera la obligación de la nueva adjudicataria de subrogarse en las obligaciones laborales de la anterior, ni tampoco venía exigido ello en el pliego de condiciones redactado por la Generalitat Valenciana, no pudiendo afirmarse, tampoco, que la nueva adjudicataria conociera en qué forma prestaban sus servicios aquellos que fueron contratados, fin primordial del período de prueba. Y si no conocía la forma en que los mismos desarrollaban el trabajo encomendado, la suscripción de un período de prueba no puede decirse que fuera fraudulento.

Otras Salas de suplicación, por el contrario, no admiten la imposición del nuevo pacto de prueba, ni siquiera en estos casos, en atención a diversos argumentos, pudiendo destacarse la postura de STSJ Extremadura 18 septiembre 2008 (AS 2008/2509), la STSJ Cataluña 9 febrero 2006 (AS 2006/2043)[867], la STSJ Islas

[867] Para la Sala, aun cuando estemos ante un supuesto en que se dé cobertura formal al cambio de empresario a través de una nueva contratación de la trabajadora, lo cierto es que la obligación de subrogación nacía de la propia adquisición del servicio y, por tanto, desde la perspectiva de la trabajadora,

Baleares 22 junio 2011 (JUR 2011/325620)[868] ó la STSJ Castilla León/Valladolid 14 diciembre 2011 (AS 2011/3090), entre otras muchas, que insisten (como esta última citada) en la idea de que, "no puede confundirse el que el convenio colectivo (o el pliego de condiciones) no haga obligatoria la subrogación en los contratos de los trabajadores, con que la misma quede prohibida y se excluya por ello la sucesión de empresa". Postura que, desde la implantación paulatina de la conocida doctrina de la "sucesión de plantillas", es cada vez más unánime, porque "el convenio puede obligar a la asunción de la plantilla de la contratista anterior o no, pero, a efectos legales, cuando dicha asunción se produce (de forma obligatoria o voluntaria), en las actividades caracterizadas por depender esencialmente de la aportación de mano de obra, existe sucesión de empresas a efectos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores"[869].

B. CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

Cuando se produce el denominado fenómeno interpositorio en virtud del cual se sitúa en la posición formal de empresario quien no lo es realmente, por ser otro el que se apropia de los frutos de un trabajo que organiza, dirige y retribuye, nos encontramos ante una cesión ilícita o ilegal[870] de trabajadores, en la medida en que nuestro ordenamiento ha restringido la cesión de mano de obra al ámbito de las ETTs.

---

su relación laboral se ha mantenido de modo ininterrumpido desde el inicio de su prestación en el centro de trabajo en cuestión, lo que impide que pudiera someterse a la trabajadora a un período de prueba, no sólo porque tenía acreditada experiencia en la prestación, sino porque la novación empresarial no podía alterar, en detrimento de la trabajadora, las condiciones de la misma.

[868] En similar sentido, entiende la Sala insular que "declarada la subrogación empresarial, aun cuando estemos ante un cambio formal de empresario a través de una nueva contratación de la trabajadora, la relación laboral de ésta se ha mantenido de modo interrumpido desde el inicio de su prestación en el centro de trabajo".

[869] Lo que obliga, necesariamente, a revisar las conclusiones de la Doctrina, que, a la vista de resoluciones judiciales anteriores a la consolidación de la doctrina de la sucesión de plantillas, entendían que, en caso de no operar la subrogación convencional, cuando se producía la sustitución de empresas concesionarias de servicios, sin transmisión al nuevo adjudicatario de la infraestructura o los elementos patrimoniales fundamentales para la prestación del servicio, la introducción de una cláusula de prueba en el contrato suscrito con un trabajador que perteneció a la anterior concesionaria resultaba eficaz (Comentario realizado por A.L. DE VAL TENA, a la STS Comunidad Valenciana 14 diciembre 1995, AS 1995/4541).

[870] Según establece el art. 43 ET (núm. 1), la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas, entendiéndose (núm. 2) que se incurre en "cesión ilegal" de trabajadores cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición

La existencia de este tráfico ilícito no parece determinar, por sí mismo, la invalidez de las cláusulas contractuales válidamente suscritas, de modo que, ante un supuesto de cesión ilegal, ha de analizarse si los términos del pacto de prueba siguen siendo válidos; asimismo deberá determinarse, a la vista de la doble condición (formal y material) de los empresarios implicados, a quién corresponde, en su caso, la titularidad en el derecho a desistir del contrato durante el período de prueba, así como la posibilidad, por el que no lo concertó, de utilizarlo para extinguir *ad nutum* el contrato de trabajo; debiendo determinarse, por último, si la facultad resolutoria inherente al pacto de prueba es compatible con la consecuencia, aparejada a la cesión ilegal, de adquisición, por el trabajador cedido, de la condición indefinida.

En los supuestos de cesión ilegal, el trabajador que se sabe empleado de la empresa con la que formalmente no mantiene vínculo alguno, pretenderá el reconocimiento de esta situación con el consiguiente efecto de pasar, con carácter indefinido, a formar parte de la plantilla de ésta. En estas circunstancias, si el período de prueba se agotó en la empresa cedente, no debiera caber su incorporación en la relación que se inicie en la cesionaria.

Por lo demás, si se permitiera al empresario cesionario establecer un nuevo período de prueba donde ya lo hizo el cedente o donde aquel consideró preferible no utilizarlo, estaríamos protegiendo la postura del incumplidor, permitiendo que el "mismo" empresario (pues lo ha sido inicialmente, de forma material y, tras la declaración de cesión ilegal, concurriendo en el mismo también el carácter formal) reutilice (a modo de desistimiento acausal) un instrumento para el que sólo se ha previsto una "aplicación". A la misma conclusión llegamos si se le permitiese "utilizar" el período no consumido del período de prueba pactado con el empresario cedente, para desistir del contrato una vez declarada la cesión ilegal; sería la mejor forma de permitirle burlar las consecuencias de la ilegalidad cometida, en su condición de copartícipe con la mercantil cedente.

---

de empresario. La consecuencia de la cesión ilegal, para los empresarios, cedente y cesionario (núm. 3), es la atribución de responsabilidad solidaria en las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos. Por su parte, (núm. 4), los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria.

Además, ¿qué sentido tiene reconocer al trabajador que fue objeto del tráfico prohibido, la condición de trabajador indefinido de la mercantil cesionaria si se le permite a ésta desistir, sin mayores consecuencias, del contrato una vez verificado el fraude? No parece lógico que se premie a los infractores con el derecho al doble experimento, esto es, dando efectividad al que se atribuyó indebidamente a la empresa cedente (que bien pudo haber hecho uso del mismo, desistiendo del contrato), y el que se pretendería otorgar, a posteriori, a la que, en la sombra, realizaba la función de empresario, y sólo lo hará también formalmente una vez desvelado el fraude[871].

No obstante, la única referencia localizada en unificación de doctrina no mantiene, en absoluto, dicha conclusión. Es la STS 30 mayo 2006 (RJ 2006/3350), según la cual, prescindiendo (como la propia Sala advierte) de toda cuestión atinente a la realidad de las experiencias en el período de prueba y quienes las tuvieron a su cargo, en cuanto a la subsistencia de lo previsto en el art. 14 ET en los supuestos declarados de cesión ilegal, procede establecer como premisa general que, al igual que la cesión lo es por responder a un caso de interposición, de igual modo opera la ejecución de la totalidad de las cláusulas del contrato. Dichas cláusulas no devienen nulas salvo las que resulten incompatibles con las consecuencias de la cesión. De este modo, lo convenido acerca de antigüedad, categoría y salario subsiste, siendo irrelevante que fuera la empresa cedente la que atribuyó la categoría y ordenó los cometidos aunque fuera inicialmente, lo mismo ocurre con la antigüedad y el salario a menos que, como se ha indicado, las consecuencias de la declaración de cesión ilegal, como la fijeza y en su caso, la incidencia de un convenio de empresa pudiera alterar los parámetros que afectan al contrato y en el último caso ello dependería de la opción ejercitada por el trabajador[872].

---

[871] Como indica M.C. BALLESTER PASTOR: *El período de prueba* (Bibl. cit.), pág. 61, en la actualidad, la opción del trabajador para consolidar el contrato por tiempo indefinido en la cedente o la cesionaria de la cesión ilegal se realiza sin que sea necesario el transcurso de plazo alguno, a diferencia de lo que sucedía antes de la reforma, donde el art. 43.3 ET configuraba su derecho a optar por pertenecer a la plantilla de una u otra empresa, siempre y cuando hubiera transcurrido un plazo equivalente al que legalmente se hubiera establecido para la prueba.

[872] D. I. TOBÍA GARCÍA: "Acción de reclamación de cantidad por pretendida cesión ilegal de trabajadores, falta de acción e inexistencia de cesión", *Anuario Laboral para Abogados* 2007, La Ley, 1ª edición, abril 2008, pg. 381: la situación de cesión ilegal no conlleva la nulidad automática de todas las cláusulas del contrato del trabajador cedido sino únicamente de aquellas que resulten incompatibles con las consecuencias de la cesión, por lo que, consecuentemente, es compatible la vigencia del período de prueba y la cesión ilegal de tal modo que la declaración judicial de esta cesión no es obstáculo para que la cesionaria decida la extinción contractual por no superación de ese período probatorio.

En la reciente STSJ País Vasco 4 marzo 2014 (AS 2014/1590), que analiza un interesante supuesto de sucesión de empresas en caso de contratas y de cesión ilegal con la empresa principal, la Sala estima el recurso de suplicación de los demandantes y declara despido improcedente la decisión empresarial que el Juzgado de lo Social 2 de Vitoria validó como lícita extinción durante el período de prueba[873].

C. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

Según reza el "retocado" art. 1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio[874], son empresas de trabajo temporal aquellas cuya actividad fundamental consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados, pudiendo éstas, además, actuar como agencias de colocación cuando cumplan los requisitos establecidos en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, y su normativa de desarrollo y desarrollar actividades de formación para la cualificación profesional conforme a la normativa específica de aplicación, así como de asesoramiento y consultoría de recursos humanos.

En esencia, si prescindimos de las nuevas atribuciones, el esquema tradicional no ha variado: la ETT desarrolla su actividad económica a través de personal que contrata para ceder, a su vez, a terceras empresas, auténticas receptoras de esos servicios. Al margen del personal "propio", esto es, aquel que la propia organización de la ET precisa para colocarse en condiciones de actuar en el mercado, la ETT demanda, para desarrollar el objeto propio de su actividad económica, la contratación del personal que cederá a las empresas usuarias con las que previamente haya concertado el correspondiente contrato de puesta a disposición[875]. No obstante, entre la ETT y el trabajador contratado para ser objeto de cesión, se establece un auténtico vínculo

[873] En el caso de autos, la consecuencia de dicha cesión ilegal para los demandantes es darles la oportunidad de que elijan en qué empresa quieren la readmisión (de darse ésta), a fin de que sea la escogida la que elija entre la misma o la indemnización, estimando preciso la Sala aplicar analógicamente el plazo de cinco días del art. 56.1ET, y estimar que, caso de no ejercitarse, se ha elegido seguir con el empresario real.

[874] En adelante, LETT, norma afectada por la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que ha introducido importantes modificaciones en este ámbito, con el objetivo fundamental de adaptarlo a lo dispuesto en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

[875] Regulado en el art. 6 LETT y cuyo contenido viene explicitado en el art. 15 del RD 417/2015, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las empresas de trabajo temporal.

jurídico-laboral, siendo la ETT la única empleadora de éste, con independencia del ámbito exteriorizado de la prestación de servicios.

Como explica DE VAL TENA[876], las empresas de trabajo temporal cuentan en su plantilla, por una parte, con trabajadores "estructurales" o "interinos", esto es, aquellos que prestan servicios directamente para la empresa de trabajo temporal, desarrollando todas las tareas administrativas y de gestión, así como la comercialización de sus servicios; por otra, con trabajadores "en misión", es decir, aquellos que desarrollan su actividad en el seno de la empresa usuaria, si bien, debe recalcarse, el trabajador de la empresa de trabajo temporal es trabajador sólo de ésta, y no de la que utiliza su actividad para satisfacer sus necesidades de mano de obra eventual.

Según el art. 6 LETT, el contrato de puesta a disposición, que habrá de formalizarse por escrito en los términos que reglamentariamente se establezcan, es el celebrado entre la ETT y la empresa usuaria teniendo por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en esta última, a cuyo poder de dirección quedará sometido aquél, pudiendo celebrarse este tipo de contratos en los mismos supuestos en que la empresa usuaria podría acudir a la contratación temporal del art. 15 ET o a la formativa del art. 11 ET.

Por su parte, el art. 10 LETT fija los términos del contrato de trabajo que ha de establecerse entre la ETT y el trabajador que será cedido a la empresa usuaria, explicitando que el mismo habrá de formalizarse por escrito, pudiendo concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición[877]. En desarrollo reglamentario del precepto, el art. 16 RD 417/2015, de 29 de mayo, exige, como contenido mínimo del contrato y coincidente con lo establecido para el contrato de puesta a disposición: la identificación de las partes contratantes, la identificación de la empresa usuaria, la causa del contrato de puesta a disposición, el contenido de la prestación laboral, la información sobre seguridad y salud en el trabajo, la duración prevista del contrato, el lugar y horario de trabajo, la remuneración convenida, así como el convenio colectivo aplicable en la ETT y en la

[876] A.L. de VAL TENA: *Pacto de prueba…*, op. cit., pág. 102.

[877] El propio precepto establece la posibilidad de celebrar un contrato de trabajo para la cobertura de varios contratos de puesta a disposición sucesivos con empresas usuarias diferentes, siempre que tales contratos de puesta a disposición estén plenamente determinados en el momento de la firma del contrato de trabajo y respondan en todos los casos a un supuesto de contratación eventual de los contemplados en el art. 15.1. b ET.

empresa usuaria (contiene además requisitos adicionales para el supuesto de los contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje).

Las facultades de dirección y control sobre estos trabajadores cedidos, esenciales a la hora de valorar las experiencias propias del objeto del contrato mientras éste se encuentra en fase de prueba no corresponden, pues, al empresario (la ETT), sino al receptor de los servicios del trabajador cedido o empresa usuaria, y ello con independencia de que la facultad disciplinaria, precisamente por su condición de auténtico empresario, recae en la ETT (art. 58 ET).

Pues bien, en materia de prueba, no existen en la regulación de las ETT referencias singulares que tengan en cuenta, por una parte el carácter triangular de esta relación y, por otra, la naturaleza generalmente muy breve y reiterativa de los contratos de puesta a disposición, de manera que, en virtud de la DA 1ª LETT ("en todo lo no previsto en la presente Ley se aplicará la legislación laboral y de seguridad social a las relaciones existentes entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador, y entre éste y la empresa usuaria"), habrá de acudirse a la normativa laboral común representada por el art. 14 ET.

Hemos de afirmar, aunque resulta obvio, que tanto los trabajadores que han sido denominados "estructurales", como los llamados "en misión", son empleados de la ETT y, como tales, pueden ser sometidos a un período probatorio en el que se experimente el objeto del contrato y se pueda decidir la conveniencia, por las partes, de mantener, consolidándolo, el vínculo contractual. Con respecto al primer tipo de trabajadores, el esquema general en materia de prueba es perfectamente válido, sin que existan diferencias que aconsejen desmarcar a este personal de las normas estatutarias. En efecto, el empleado de la ETT que desarrolla labores de administración, gestión, comerciales, etc., para ésta, exteriorizará sus habilidades, durante la ejecución del contrato, del mismo modo que el trabajador de cualquier otra empresa, siendo perceptible dicha labor, así como sus cualidades personales, por el empresario que recibe directamente los frutos de su labor.

Las dudas en el operador jurídico surgen, con claridad, al aceptar que la contratación de mano de obra para ser cedida a tercero no admite su encaje en el vínculo sinalagmático común establecido entre un trabajador y la (única) empresa que, desplegando sobre aquel sus facultades de dirección y control, recibe su prestación de servicios.

Si la "esencia" de la prueba es, tanto la obligación de experimentación directa, como la atribución de la facultad extintiva a los propios contratantes, de manera que ambos se aseguren el conocimiento del otro antes de asumir los riesgos de consolidar una relación laboral "a ciegas", pronto se observa que ni una ni otra cosa sucede realmente en el transcurso del contrato del empleado puesto a disposición de la usuaria; el trabajador no experimenta con su empresario, sino con quien no tiene atribuida tal condición; y el empresario no puede alcanzar un convencimiento directo sobre el que basar su decisión extintiva durante la prueba, sino indirecto, de modo que la facultad extintiva, como prerrogativa que permite desistir del contrato por la valoración insatisfactoria de la prueba, aun formalmente salvaguardada, no será plena[878].

Y es que, en efecto, en materia de prueba, quien valora las aptitudes o capacidades del trabajador es la empresa usuaria, es decir, aquella que, en virtud de lo dispuesto en el art. 15.1 LETT, detenta las facultades de dirección y control de la actividad del trabajador cedido ("Cuando los trabajadores desarrollen tareas en el ámbito de la empresa usuaria, de acuerdo con lo previsto en esta norma, las facultades de dirección y control de la actividad laboral serán ejercidas por aquélla durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito"). Por el contrario, quien mantiene la potestad de decidir si aquel trabajador cedido supera o no el período de prueba, es la propia ETT.

Parece claro, que en estas circunstancias, si el titular de la ETT desiste del contrato de trabajo durante la prueba, como resultado de una experimentación negativa de la misma atribuible al trabajador cedido, es porque confía en el criterio y las razones del empleador usuario (su cliente), a quien, por otra parte, no impondrá la permanencia en su centro de trabajo de un trabajador rechazado por éste. Repárese en que, en ningún momento ha articulado el legislador regla alguna en virtud de la cual pueda "causalizarse" en estos supuestos la extinción, no existiendo obligación por la ETT de

[878] A nivel teórico, es clara la diferencia, en este caso, entre la figura "contractualista" del empresario, como parte que formalmente suscribe el contrato de trabajo (posición ocupada en nuestro caso por la ETT), y la dimensión "comunitarista" de aquel, esto es, la de quien integra organizativamente al trabajador y recibe las prestación de servicios del mismo (en este caso, la empresa usuaria). Obsérvese que en este ámbito, la configuración como empresario de ambos, vendría aceptada en el art. 7.2. LETT, que establece: "Si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido" (de forma que se admite la transmutación en la condición de empresario, y la consiguiente vinculación del empleado cedido con la empresa usuaria, ahora sí "en plenitud", sin mediar negocio jurídico alguno entre las partes).

consignar, menos aún de forma escrita, los criterios, provenientes del empresario receptor[879] del trabajo, por los que se desiste *ad nutum* durante la prueba.

Ha de hacer, pues, la ETT una "apuesta" de legalidad, confiando en la prudencia del tercero en la valoración de las cualidades del trabajador. La decisión, propia, vendrá, en este caso condicionada por la valoración de la usuaria ("experimentación indirecta"), sin que sea presumible que al trabajador se le dé la oportunidad, por parte de la ETT, de contradecir la conclusión negativa a la que haya podido llegar la empresa receptora de sus servicios. De esta forma, la posición del trabajador está doblemente en peligro; por una parte, la relación de clientela que mantiene la ETT con la usuaria hará que el empresario se vea forzado dar por finalizada dicha prestación, con la consecuencia de cesar al trabajador, por no superar el período de prueba, o "rescatarlo", para ser cedido a otra usuaria (en el improbable supuesto de que considere que sigue siendo válido pese a las indicaciones de la última de estas empresas); por otra parte, no podrá demostrar su valía, por medio de una eficaz ejecución del contrato, porque tales resultados no pueden ser apreciados por quien adoptará finalmente la decisión extintiva.

Ahí reside el principal problema; la forma en la que han de relacionarse, en este ámbito, ETT y empresa usuaria, puede dar lugar a disfunciones importantes ¿qué ocurre si la empresa usuaria no está convencida de las aptitudes del trabajador y, por el contrario, la ETT no considera suficientes sus argumentos para desistir del contrato? ¿tiene que aceptar la empresa usuaria a un trabajador de cuyo contrato habría desistido de ser ella empresa principal? En la práctica, entiendo que será suficiente con la comunicación de la usuaria a la ETT de su disgusto con el trabajador cedido para que por aquella se proceda al desistimiento del contrato. Con todo, la relación triangular inherente a este tipo de contratación, hace de ésta una cuestión enormemente sugerente, pues de admitirse, sin más, como motivo para desistir del contrato, la disconformidad del cliente

[879] Es muy común, en estos casos de desistimiento por la ETT como consecuencia de la valoración negativa del trabajador por el empresario usuario, que se apueste por la aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 15.2 LETT, previsto para la facultad sancionadora de la ETT, precepto en virtud del cual, sin perjuicio del ejercicio por la empresa de trabajo temporal de la facultad disciplinaria atribuida por el art. 58 ET, cuando una empresa usuaria considere que por parte del trabajador se hubiere producido un incumplimiento contractual lo pondrá en conocimiento de la empresa de trabajo temporal a fin de que por ésta se adopten las medidas sancionadoras correspondientes. De esta forma, el empresario usuario, informaría a la ETT del devenir de la prueba, participándole aquellas circunstancias y experiencias negativas que servirán para conformar la voluntad extintiva en quien únicamente tiene atribuida dicha potestad, la ETT.

(no basado, claro, en ninguna causa disciplinaria) se validaría la decisión de un tercero, que no es el empleador.

Por ello, es frecuente la estipulación por parte de la ETT y empresa usuaria, de condiciones de aceptación del trabajador cedido, cuya virtualidad se limita, obviamente, al terreno mercantil; en virtud de dichas estipulaciones, es usual que el criterio de la empresa usuaria vincule a la ETT en el sentido de provocar el cese en la prestación de servicios del trabajador cedido en las instalaciones de la mercantil usuaria, si bien ello obviamente no equivaldrá a la extinción del contrato laboral entre el trabajador y la ETT, de modo que dicha disconformidad mostrada por la usuaria (que ya ha tenido una consecuencia en el ámbito mercantil aparejada a las condiciones pactadas entre las empresas, insertas en el contrato de puesta a disposición), traducida al terreno laboral, puede suponer: a) que el empresario obvie las consideraciones del usuario y mantenga el vínculo con su empleado, destinándolo a otra empresa usuaria[880]; b) que el vínculo contractual aún esté en su fase de prueba, en cuyo caso, el empresario podrá optar por desistir del contrato, en el entendimiento de que la decisión no viene motivada por la aplicación automática de la citada estipulación mercantil, sino por la comunicación previa, por la usuaria, del resultado negativo de la prestación de servicios del trabajador cedido; c) que el vínculo de prueba no se encuentre vigente, en cuyo caso, cualquier decisión extintiva habrá de ajustarse a las exigencias de causalidad.

En materia de duración del período de prueba, por los motivos apuntados, son de aplicación a estos contratos las reglas generales del art. 14 ET, que, en defecto de convenio colectivo, establece los plazos máximos ya conocidos. No obstante, la singularidad de los contratos de puesta a disposición reclamaría una regulación específica en este punto, que no ha sido abordada por el legislador[881], pues parecen, los estatutarios, plazos excesivamente amplios si reparamos en que los trabajadores en misión van a ser puestos a disposición, generalmente, por períodos de muy escasa

[880] Lo que sucederá en el supuesto de que el contrato de trabajo con la ETT sea indefinido o eventual para la puesta a disposición, sucesiva, en varias empresas usuarias (art. 10.3 LETT).

[881] El Anteproyecto de LETT presentado al Consejo Económico y Social en 16-03-1993 (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 4-01-1994) sí concretaba la duración del período de prueba ajustándola a la propia duración del contrato, atendiendo, además, al carácter indefinido o temporal del mismo, de manera que para la contratación indefinida se establecía una remisión al art. 14 ET, mientras que, en la temporal, se establecía un período de prueba máximo de 2 días, para contratos inferiores a un mes, 4 días, para los contratos que oscilen entre uno y dos meses, y 6 días para los contratos superiores a dos meses.

duración. Lo anterior significa abrir la puerta a un uso abusivo representado por la coincidencia de la duración del contrato de trabajo del empleado puesto a disposición y la del período de prueba insertado en dicho contrato, posibilidad que debiera determinar, en los negociadores colectivos, la voluntad de ajustar la duración máxima del período de prueba en atención a la propia vida del contrato de puesta a disposición, lo que, por desgracia, no siempre ocurre.

En este sentido, sin poder descender ahora a ámbitos de aplicación distintos del estatal, podemos observar cómo, en esta materia, el V Convenio Colectivo estatal de empresas de trabajo temporal[882], establece, en su art. 19 ("Período de prueba"), que: (1) *Podrá concertarse por escrito un período de prueba entre las empresas de trabajo temporal y los trabajadores contratados, tanto si se trata de personal de estructura como de personal de puesta a disposición para prestar servicios en una empresa usuaria;* (2) *El período de prueba para el personal de estructura será el correspondiente al nivel profesional del trabajador contratado (Nivel 1: 15 días laborables, Nivel 2: 1 mes, Nivel 3: 3 meses, Nivel 4 a 7: 6 meses). En el caso del personal en misión, la duración del período de prueba no podrá exceder de cuatro meses para los técnicos titulados, ni de 45 días para los demás trabajadores, excepto para los no cualificados cuyo período de prueba no excederá de 15 días laborables. 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.* (3) *Quedará suprimido el período de prueba para aquellos trabajadores que fueran contratados por segunda o más veces para desempeñar el mismo puesto de trabajo y en la misma empresa usuaria, siempre que las citadas contrataciones fueran efectuadas dentro de un período de doce meses.* (4) *Para los trabajadores contratados por tiempo indefinido los períodos de prueba serán los dispuestos en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores.*

Lo más destacable de la norma negociada es que, en relación a los trabajadores contratados para su puesta a disposición, el tiempo máximo de prueba queda reducido a la mitad del tiempo de vigencia del contrato, si éste es igual o inferior a la duración

[882] Resolución 23 enero 2008, BOE 8 febrero 2008, RCL 2008/334.

máxima del período de prueba previsto con carácter general, estableciéndose, de esta forma, una limitación a la libre facultad de desistimiento, que nunca coincidirá con la extensión limitada del contrato.

Con respecto a la posibilidad de establecer nuevos pactos de prueba cada vez que el trabajador es objeto de contrato de trabajo para ser cedido a una nueva empresa usuaria, parece claro que habrá que estar al ámbito concreto de la contratación, al tipo de funciones realizadas y, en su caso, al tiempo transcurrido desde la última puesta a disposición. En efecto, encontrándonos ante una misma ETT que contrata, de manera recurrente, al mismo empleado para desarrollar los mismos cometidos en la misma empresa usuaria, no tendría sentido imponer al trabajador un período de prueba cada vez que comenzase su actividad en virtud del nuevo contrato. Siendo distinta la empresa cedida, es claro que la conclusión podría ser distinta, pues, pese a conservarse la identidad en la figura del empleador, las cualidades y aptitudes del empleado no habrían sido objeto de experimentación previa por el destinatario de los servicios, la nueva empresa usuaria, lo que permitiría establecer un nuevo período de prueba. Conclusión igualmente válida si, repitiéndose la empresa receptora de sus servicios, éstos variasen significativamente con respecto a la anterior contratación. Y, en fin, el transcurso de un periodo de tiempo considerable desde la anterior experiencia laboral, pese a tratarse de la misma empresa e idénticos cometidos, no debiera impedir, al igual que sucede en la contratación ordinaria, someter a prueba la relación laboral reiniciada.

Este es, por descontado, uno de los temas más dudosos, sobre todo cuando pretendemos negar a la ETT la posibilidad de incluir un período de prueba en el contrato que vinculará por vez primera al trabajador con una determinada empresa usuaria, posibilidad que únicamente puede aceptarse si partimos de que la norma estatutaria (art. 14.1.4º ET) resalta la identidad previa en cuanto a las "funciones", no tanto la titularidad de la contraparte del vínculo contractual, prevaleciendo, de esta forma, la consideración conceptual del empresario como sujeto receptor de la prestación de servicios del trabajador; desde este punto de vista, lo relevante no es el tiempo de vinculación con la ETT o la cantidad de contratos suscritos ente ésta y el trabajador, sino el contenido de las funciones que han de realizarse en la nueva empresa usuaria. Desde esta perspectiva, los únicos supuestos en que se prohibiría la realización de

períodos de prueba sucesivos serían aquellos en los que el trabajador hubiera sido contratado para realizar las mismas funciones en la misma empresa usuaria[883].

Para DE VAL TENA[884], quedaría justificado un nuevo pacto de prueba cada vez que la empresa de trabajo temporal celebre un contrato de puesta a disposición con diferente empresa usuaria, aunque el trabajador cedido hubiera pertenecido a la plantilla de la empresa cedente con anterioridad, porque rara vez coincidirán con exactitud las funciones, y si en abstracto fueran idénticas, probablemente la estructura organizativa y el proceso de producción de la empresa cliente introducirá modificaciones que diferenciarán la ejecución de aquellas funciones. Por ello, para este autor, el requisito de haber "desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa" se debe entender referido a la empresa usuaria, en la medida en que no se desempeña función alguna en la empresa de trabajo temporal; sólo entendiéndose así cobra sentido la interdicción legal, sin que resulte abusivo concertar un pacto de prueba cuando se vuelva a contratar al mismo trabajador para prestar servicios cambiando de empresa cliente.

Siendo ésta, precisamente, la interpretación que acogen las partes negociadoras del V Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal, al señalar que "*quedará suprimido el período de prueba para aquellos trabajadores que fueran contratados por segunda o más veces para desempeñar el mismo puesto de trabajo y en la misma empresa usuaria, siempre que las citadas contrataciones fueran efectuadas dentro de un período de doce meses*"[885].

Para poder defender la postura contraria, habríamos de alinearnos con la tesis "contractualista" y partir de que el verdadero empresario del trabajador cedido es la ETT, empresa ésta con quien únicamente se ha concertado el contrato de trabajo y estipulado el período de prueba; por tanto, si aun en distintas empresas el trabajador ya ha desarrollado satisfactoriamente la actividad que ahora va a ser objeto de cesión a

---

[883] C. CHACARTEGUI JÁVEGA: *Empresas de Trabajo Temporal y Contrato de Trabajo*, 2000, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 103.

[884] *Ibidem*, pág. 105.

[885] Una aplicación interesada, por parte de la empresa, de los términos del convenio colectivo (combinando medidamente los plazos, las empresas usuarias y las funciones encomendadas), podría conseguir mantener a prueba de manera indefinida a sus trabajadores, haciendo inservible, para ellos, la regla del art. 14.1.4º ET, por lo que sería deseable que el Legislador introdujese alguna regla específica en esta materia.

distinto usuario, no cabría, ex art. 14.1.4º ET incluir un nuevo período de prueba, debiendo la ETT acarrear con el riesgo de que el empleado pueda ser rechazado por determinada empresa usuaria. Esta solución no debe sorprender si atendemos a que en multitud de relaciones de trabajo en las que no se da el fenómeno interpositorio, también depende de un tercero mostrar la satisfacción con el empleado ajeno a su plantilla, sin que ello determine que estos trabajadores tengan que estar de forma permanente bajo examen de su aptitud. Piénsese, por ejemplo, en todas las empresas de servicios, de vigilancia, limpieza, etc., en las que la prestación de servicios se desarrolla fuera del control directo del empresario, siendo la valoración del servicio ajena al mismo, de manera que en caso de resultado insatisfactorio, el empresario habrá de asumir el riesgo de una eventual rescisión o no renovación del contrato mercantil por parte del cliente.

Al menos, en este ámbito, las exigencias formales introducidas por el RD 417/2015, de 29 de mayo en los contratos suscritos entre la ETT y el trabador cedido (art. 16), pueden otorgar un cierto grado de certidumbre, a la hora de comparar la identidad entre las prestaciones anterior y actual, en la medida en que la norma requiere, como contenido mínimo del contrato (art. 16), entre otros elementos, la identificación de la causa del contrato de puesta a disposición, así como del contenido de la prestación laboral, lugar de trabajo, etc., lo que podrá servir de módulo de comparación, si bien que completado con los datos de la experiencia laboral concreta[886].

Como conclusión de cierre, en el supuesto en que la empresa usuaria "fidelizase", por su propia conveniencia, al trabajador cedido, incorporándolo a su plantilla, mediante contratación directa, una vez finalizado el contrato de puesta a disposición (y extinguido igualmente el de trabajo entre la ETT y el trabajador) aprovechando su conocimiento previo mientras estuvo cedido por la ETT, parece lógica la imposibilidad de establecer en ese contrato, con independencia de su carácter temporal o indefinido, un período de prueba, pues ello iría en contra del espíritu que inspira al art. 14 ET. En efecto, aunque

[886] Del mismo modo, el art. 16.5 LETT, establece que "cuando el trabajador haya sido contratado por tiempo indefinido por la empresa de trabajo temporal se le deberá entregar, cada vez que vaya a prestar servicios en una empresa usuaria, la correspondiente orden de servicio, en la que se indicará: a) Identificación de la empresa usuaria en la que ha de prestar servicios, especificando el número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social; b) Causa del contrato de puesta a disposición; c) Contenido de la prestación laboral; d) Información a que se refiere el artículo 2 del Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero; e) Lugar y horario de trabajo.

el empresario, al menos formalmente, es distinto, lo cierto es que las funciones contratadas serían las mismas con respecto a las cuales ya habría acreditado su aptitud, a través de un tipo de contratación que, además, ha permitido al ahora nuevo empresario un conocimiento exhaustivo de la persona del trabajador, por lo que en este caso sería de aplicación plena la Jurisprudencia contenida, entre otras, en STSJ Madrid 22 junio 2012 (AS 2012/25699), según la cual, con cita de STS 25 noviembre 2005 (RJ 2006/5925)[887], carece de justificación la actuación empresarial, que impuso un período de prueba a quien previamente había acreditado suficientemente su aptitud por el ejercicio precedente de iguales tareas, aptitud conocida además por la empresa,. concurriendo, pues, las condiciones que sustancialmente explican la prohibición (o declaración de nulidad) del pacto sobre período de prueba, cuales son la probada aptitud del trabajador y conocimiento de ello por el empresario; dándose la circunstancia adicional de que la cláusula contractual estableciendo el período de prueba respondería a una finalidad diferente a la propia finalidad de la norma que lo regula.

De forma expresa, la STSJ Cataluña 6 febrero 2006 (AS 2006/1914), aborda el supuesto de una trabajadora, contratada temporalmente y despedida en período de prueba después de que hubiera prestado servicios en la empresa mediante un contrato de puesta a disposición a través de ETT. La Sala confirma la improcedencia del despido efectuado por la actual empleadora porque la cláusula que regulaba el período de prueba es nula de conformidad con lo que dispone el artículo 14.1 ET, pues el trabajador había desempeñado con anterioridad esas mismas funciones en la empresa bajo otra modalidad contractual, por lo que el contrato, con la segunda empresa es indefinido desde el inicio. Con anterioridad, la STSJ Cataluña 20 septiembre 2004 (AS 2004/2878) ya había indicado que, en relación a la prestación de servicios a través de una empresa de trabajo temporal, la conclusión a la que ha de llegarse, a la hora de analizar la controvertida validez del pacto de prueba, no puede alejarse de lo que constituye aquella finalidad esencial del mismo, de modo que lo decisivo es que el empleador desconozca las aptitudes y cualidades del trabajador que emplea, desconocimiento que no puede ser invocado cuando ese mismo trabajador ya ha desempeñado tareas idénticas dentro de la organización de la empresa, aunque formalmente estuviera empleado por una empresa

[887] En el mismo sentido, STS 18 enero 2005 (RJ 2005/2425).

de trabajo temporal[888]. Y aún antes, la STSJ País Vasco 8 octubre 1996 (AS 1996/3710), ya se había inclinado por idéntica tesis, en un supuesto en que apareció probado que el empresario con el que el actor concertó el contrato de trabajo, de cuya extinción durante el período de prueba ahora se trata, ya había recibido sus servicios laborales mediante una prestación de servicios anterior (a través de la ETT), de donde deduce la Sala que la empresa ya podía tener formado un concepto de las cualidades del trabajador, sin necesidad de pactar un nuevo período de prueba, de forma que el período de prueba es nulo, ya que, "si (el empleado) era hábil, no es preciso período de prueba y si no lo era y lo contrató, asumió tal riesgo que no le era desconocido por la contratación anterior".

En todo caso, apostamos claramente por la imposibilidad de establecer un nuevo pacto de prueba en el supuesto concreto contemplado por el art. 7.2. LETT, esto es, aquel en que, finalizado el plazo de puesta a disposición, el trabajador continúa prestando servicios en la empresa usuaria, considerándose por ello al mismo vinculado a ésta por un contrato indefinido; en ese caso, hay que resaltar dos cosas: si la empresa usuaria facilita la continuidad del trabajador sin título habilitante es porque aprecia positivamente su concurso, de donde deviene ilógico el pacto de prueba; por otra parte, si se permitiese al empresario introducir tal pacto, con la consiguiente facultad extintiva *ad nutum*, se estaría privando de contenido al "ganado" carácter indefinido.

Por último, y en cuanto a las dudas sobre la antigüedad atribuible al trabajador contratado directamente, y sin solución de continuidad, por la que hasta ese momento era empresa usuaria (lo que tiene una indudable relevancia, a la hora de valorar la posible rescisión *ad nutum* del contrato, de permitirse en él un nuevo pacto de prueba), podemos hacer referencia a los pronunciamientos favorables a su cómputo incluidos, entre otras, en SSTS 4 julio 2006 (RJ 2006/6419), 17 enero 2008 (RJ 2008/240), 3 noviembre 2008 (RJ 2008/6094), 15 enero 2009 (RJ 2009/2568) y 11 mayo 2009 (RJ 2009/4547). Recientemente podemos reseñar, en el ámbito colectivo, la SAN 19 enero 2012 (AS 2012/174), para la cual, existe un cuerpo amplio y consolidado de

[888] Insiste la Sala en que "las particularidades que se dan en la relación laboral de los trabajadores en misión incluyen la nota característica de ser la usuaria quien percibe de modo directo la prestación de servicios y quien, asimismo, está en contacto con el trabajador, que ha pasado a incorporarse al desarrollo de la actividad que la misma organiza. Por tanto, difícilmente puede aducirse que ese mismo trabajador, una vez contratado directamente, y de modo inmediato en el tiempo, para el mismo o similar puesto pueda constituir una incógnita necesitada de experimentación".

jurisprudencia según el cual los tiempos de prestación de servicios en misión seguidos sin solución de continuidad por la contratación directa en la empresa usuaria han de computarse para el cálculo de las indemnizaciones por despido[889]. En el mismo sentido se pronuncia STSJ Madrid 30 enero 2013 (AS 2013/1078).

D. RECAPITULACIÓN

En el cada vez más amplio concepto legal de sucesión empresarial, cuyo carácter extensivo promueve, además, la Jurisprudencia al entenderlo operativo en supuestos de incorporación voluntaria de trabajadores provenientes del anterior titular empresarial, sin precisar norma, legal o convencional, ni pacto o clausulado que lo imponga, tiene una notable incidencia la institución del período de prueba, en la medida en que, operada la subrogación y situado, por tanto, el empresario en la posición del antiguo empleador, intentará reclamar la posibilidad de experimentar, por sí mismo, con los trabajadores recién incorporados, el objeto del contrato de trabajo, antes de decidir si consolida, con respecto a ellos, el vínculo contractual, exigencia esta que encuentra el incontestable obstáculo de la estabilidad en el empleo ganada por los trabajadores que, o bien superaron la fase de prueba con el anterior empleador, o bien fueron eximidos de la misma pero acreditaron su profesionalidad mediante su propio mantenimiento en la ejecución duradera de su contrato.

En estas condiciones, la Jurisprudencia considera unánimemente que el respeto, forzado, de los derechos de los trabajadores subrogados impide al nuevo empresario someter a prueba la nueva relación laboral, en la medida en que no se ha producido propiamente la extinción de la misma, sino tan solo una modificación subjetiva que no elimina la validez de los pactos previos ni las consecuencias de su cumplimiento (en este caso la consolidación de las relaciones laborales en las que se haya agotado el período de prueba fijado o haya transcurrido el plazo máximo normativamente impuesto para su establecimiento).

---

[889] La Sentencia vino a estimar demanda de conflicto colectivo interpuesta por CCOO (a la que se adhirió UGT), declarando, en consecuencia, el derecho de los trabajadores contratados a través de ETT para realizar funciones de teleoperador, que posteriormente pasaron, sin solución de continuidad, a integrarse en la plantilla de la mercantil EUROCEN, a que le sean reconocidos dichos períodos, como trabajadores cedidos, para el cómputo de antigüedad a efectos indemnizatorios, además de para la promoción profesional y percibo de retribuciones aparejadas a aquella. No obstante, la Sentencia ha sido casada por STS 23 diciembre 2013 (RJ 2014/1251), por apreciar la inadecuación del procedimiento empleado, estando pendiente de nueva resolución en la instancia, una vez se completen las demandas con los datos necesarios para la resolución del supuesto.

Sí parece posible, en cambio, la utilización por el nuevo titular, del derecho "adquirido" del anterior, a decidir la extinción *ad nutum* del contrato durante el tiempo que reste al mismo por superar el período de prueba inserto, si bien en este caso, las posibilidades de utilización abusiva del período de prueba son incuestionables, en la medida en que, con motivo del negocio en virtud del cual se vaya a producir la sucesión entre empresarios, puede favorecer a ambos "aligerar" la plantilla mediante el desistimiento por el saliente de las relaciones a prueba o por el recurso, apresurado, por el entrante, al mismo mecanismo extintivo, posibilidad esta última que, en alguna ocasión podría quedar justificada si el tiempo de verificación del nuevo empresario es muy limitado y elevada la antigüedad del trabajador (piénsese en un contrato de apoyo a emprendedores o un contrato ordinario de un profesional de alta cualificación con quien se pactó un período de prueba amplio).

Con todo, nuestros Tribunales también parecen coincidir en la negación de virtualidad a la inclusión de un nuevo periodo de prueba cuando el fenómeno sucesorio se ha reconocido como existente, en cualquiera de sus modalidades, validando, en cambio, el nuevo pacto de prueba cuando, pese a ser idéntico el cometido del trabajador y el ámbito en que va a desarrollarlo (mismo centro de trabajo, mismos elementos productivos, etc…) se ha descartado la existencia de auténtica subrogación entre el nuevo empresario y el anterior titular.

En el concreto ámbito de las contratas y concesiones, existe una regla en nuestra jurisprudencia, no tan general como la anterior, según la cual, cuando la sucesión entre contratistas viene impuesta por norma convencional o pliego de condiciones que rigieron la contratación, la estipulación de un nuevo pacto de prueba es nula; por el contrario, si la posición de empresario entrante no vino condicionada por aquellas normas, algunos Tribunales han admitido la validez de la nueva experimentación, por éste querida, mediante la estipulación de un nuevo período de prueba. No obstante, la posición no es unánime y además, aparece muy matizada desde que la doctrina de la sucesión de plantillas se ha consolidado en nuestra jurisprudencia, de manera que en muchos supuestos (aquellos en que el nuevo titular asuma una parte significativa de la plantilla de la anterior contratista), se declarará concurrente la sucesión empresarial y, con ella, la aparejada consecuencia de anular los pactos de prueba instaurados tras ella.

En el contexto de la cesión ilegal de trabajadores, se mantiene el esquema general según el cual el empresario cesionario no podrá implantar en la relación que habrá de

formalizar, previa declaración del fraude contractual, un nuevo período de prueba si se agotó su posibilidad durante la vigencia de la prestación de servicios para el empresario aparente. La mayor dificultad estriba aquí en aceptar la validez que la Jurisprudencia ha otorgado a la facultad del cesionario de utilizar el mecanismo extintivo *ad nutum* en aquellos supuestos en los que el pacto de prueba, que expresamente se considera válido, estuviese aún vigente, por no haberse agotado en su integridad el pactado con empresario cedente. El argumento, lógico, de que las cláusulas contractuales que sean compatibles con la cesión no devienen nulas, no parece plenamente convincente, pues entraña la consecuencia de premiar al empresario que ha infringido la normativa de contratación (aunque, por descontado, la nulidad por vulneración de derechos fundamentales se activaría automáticamente si se entendiese que el desistimiento no guarda relación con la experiencia probatoria y sí con la reclamación por cesión ilegal).

Con respecto a las Empresas de Trabajo Temporal, las singularidades propias del vínculo "trilateral" que se establece entre la ETT, el trabajador que se va a poner a disposición, y la empresa usuaria, así como la relación existente entre el contrato de trabajo que suscriben los dos primeros y el contrato de puesta a disposición formalizado por las dos últimas, determinan la insuficiencia del régimen estatutario del art. 14 para dar respuesta a los distintos interrogantes que se plantean (dudas que no surgen con respecto al denominado trabajador de la "estructura" de la ETT).

En efecto, la experimentación propia de la prueba no se acomete por el trabajador y la ETT, sino entre aquel y la empresa usuaria que, si bien dirige y controla su actividad, no tiene capacidad extintiva, al igual que carece de potestad sancionadora, de manera que el resultado de la experimentación "indirecta" que el cliente de la ETT transmita a ésta será el argumento que justifique el eventual desistimiento del contrato durante dicha fase inicial; el empresario formalizará un cese decidido por quien no detenta dicha condición con respecto al trabajador cedido; sin que en este punto, exista norma alguna que prevea "causalizar" la decisión empresarial o garantizar la participación del trabajador cedido. Es más, el vínculo mercantil entre ETT y empresa usuaria primará, normalmente, sobre la aspiración legítima del trabajador puesto a disposición por acreditar su capacidad.

En cuanto la duración del contrato, parece claro que las previsiones del art. 14 ET no se acomodan bien a la figura del trabajador cedido, caracterizada por la recurrencia y brevedad de su contratación, si bien el legislador no ha dispuesto regla alguna de

proporcionalidad, siendo los negociadores colectivos quienes han de evitar dicha disfunción. Así se ha hecho a nivel estatal (también en otros ámbitos), reduciendo, con respecto a los trabajadores contratados para su puesta a disposición, el tiempo máximo de prueba, que queda establecido en la mitad del tiempo de vigencia del contrato, si éste es igual o inferior a la duración máxima del período de prueba previsto con carácter general.

Las dudas acerca de la inclusión de un período de prueba en cada uno de los contratos de trabajo a través de los cuales vaya a ser el trabajador cedido no son fácilmente resolubles. En efecto, la regla general que impide someter a prueba a quien previamente desempeñó las mismas funciones en la empresa ha de interpretarse en un escenario al que se añade un tercer interviniente, la empresa usuaria, lo que obligará a tener en cuenta, entre otros elementos, el ámbito concreto de la contratación, las empresas implicadas, las funciones desempeñadas previamente (no identificables con la categoría profesional) o el tiempo transcurrido, en su caso, desde la última puesta a disposición. Sin que exista una solución válida, sino dos posiciones que se apoyan, una en la concepción contractualista del empresario (el empresario es la ETT, por lo que si se han desarrollado las funciones para ésta previamente no cabe un nuevo período de prueba cada vez que se contrata al trabajador para cederlo a una nueva usuaria), y otra en la mayor relevancia que tiene la recepción de los servicios y la integración del trabajador en el ámbito de organización del empresario efectivo (la empresa usuaria, cuyo ámbito estricto es el que ha de valorarse para anular el período de prueba sólo en los contratos que impliquen la reiteración de funciones). En este ámbito, la negociación colectiva a nivel estatal ha optado por la segunda opción, limitando el período de prueba sólo cuando se repite empresa usuaria y mismas funciones, dentro, además, de un marco temporal delimitado.

Por último, en el supuesto de contratación directa por parte de la empresa usuaria de aquel trabajador que mantuvo vínculo previo con ella a través de la cesión por ETT, parece prohibido, por nuestros tribunales, el establecimiento de un nuevo período, pues la finalidad del mismo sería, en ese caso, inexistente, al preexistir el conocimiento pleno, por el nuevo empresario, de las cualidades del trabajador. Si la incorporación a la empresa usuaria se realiza, por el contrario, por superación del tiempo máximo de puesta a disposición, tampoco parece admisible la fijación de un nuevo período de

prueba, pues sería incoherente reconocer, en ese caso, el carácter indefinido de la relación y, a su vez, permitir el desistimiento libre al nuevo empresario.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La regulación legal del período de prueba sigue siendo, veinte años después de su modificación más relevante, claramente insuficiente, limitándose, a grandes rasgos, a cimentar la institución sobre los siguientes pilares: a) su carácter facultativo y la exigencia de compromiso expreso para su constitución; b) la formalidad de su establecimiento, por escrito; c) el carácter referencial de unos plazos máximos (que operan sólo en defecto de convenio) acomodados al tipo de trabajador (técnicos titulados y resto de trabajadores), tamaño de la empresa (mayor o menor de 25 trabajadores) y duración del contrato (mayor o menor a seis meses); d) la compulsión a los contratantes en cuanto a la realización de las experiencias propias del contrato; e) la prohibición de imponer un período de prueba a quien previamente desempeñó idénticas funciones en la empresa; f) el reconocimiento al trabajador del catálogo íntegro de derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo durante la prueba; g) la libertad en la resolución contractual como única excepción a los derechos anteriormente afirmados; h) la adquisición de plenos efectos por el contrato, individualizadamente el cómputo de la antigüedad, como consecuencia aparejada al transcurso de la prueba; i) la no interrupción del período de prueba, salvo pacto expreso, en las situaciones suspensivas del contrato que el precepto define.

No es, desde luego, prioridad de nuestro legislador colmar la multitud de lagunas interpretativas que se generan en el día a día de esta institución, tan clásica como débilmente regulada, como tampoco parece su intención remediar las incoherencias que contiene, entre las que destaca la de obligar a los contratantes a que experimenten el objeto de la prueba y no aparejar consecuencia alguna al incumplimiento de dicha exigencia.

Por lo demás, la normativa se demuestra más evidentemente deficitaria cuanto más singular es el ámbito en el que han de aplicarse unos mismos preceptos estatutarios (ejemplo paradigmático de ello es el contrato de los trabajadores puestos a disposición en las Empresas de Trabajo Temporal, situados en las antípodas del contrato de trabajo indefinido y ordinario alrededor del cual se gestó la institución probatoria).

SEGUNDA. El Legislador, no obstante, puede escudar su falta de actividad regulatoria en la delegación natural a los convenios colectivos, muy reforzados en este ámbito,

sobre todo en cuanto a la posibilidad de establecimiento, sin límites, de la duración del período de prueba, aspecto angular de la institución.

TERCERA. Aunque la cercanía de los negociadores colectivos con la realidad que han de regular permitiría un ajuste equilibrado de la institución, podemos concluir que la negociación colectiva no viene proporcionando fórmulas imaginativas en la reglamentación del período de prueba, conformándose, en la mayoría de los casos, cuando no con una remisión en bloque al Estatuto de los Trabajadores, con determinar la duración máxima de aquél en función de los diferentes grupos o categorías de trabajadores. En materia de duración de la prueba, el convenio colectivo está llamado a sustituir a la ley, no a complementarla. Es una habilitación capital pero, seguramente, desaprovechada.

Hemos podido analizar que, por regla general, los negociadores colectivos no establecen plazos muy superiores a los límites marcados por el ET, a excepción de algunos sectores altamente cualificados o especializados (precisamente aquellos que mayor litigiosidad generan al tildarse de abusivos, con ocasión del desistimiento empresarial que se impugna). Y es precisamente en estos casos en los que nuestros Tribunales han de restringir los excesos negociales cuando su recepción ulterior en el contrato de trabajo no encuentra justificación, de manera que la validez apriorística de la duración regulada decae ante la constatación de una utilización casuística abusiva.

Más allá de utilizar o no esta habilitación plena en cuanto a la duración, pocas peculiaridades encontramos en la normación convencional del período de prueba, lo que consideramos lamentable, pues desaprovechan los negociadores colectivos la posibilidad de ajustar, en este ámbito, los intereses legítimos de empresarios y trabajadores, y suprimir aquellas cláusulas que, introducidas por pura inercia, limitan efectivamente derechos de los trabajadores, a los que se somete, en muchas ocasiones, y durante más tiempo del que debieran, a la realidad laboral más precaria: aquella que no precisa causa para ser resuelta.

Por lo demás, cabe destacar la inclusión en algunos textos negociados de cláusulas que, de facto, vienen a limitar derechos de los trabajadores durante la fase de prueba (en el ámbito electoral, en mejoras voluntarias, etc.), actuación de los negociadores que viene a contradecir el principio general de mantenimiento de todos los derechos y

obligaciones laborales, a excepción de los derivados de la resolución contractual, que propugna el precepto estatutario.

Se echa en falta, por lo demás, reglas que ajusten la prueba al carácter o modalidad del contrato (a tiempo parcial, fijo discontinuo, etc.) o a las circunstancias de la actividad y, sobre todo, preceptos que actúen de "cortafuegos" a la vulneración de derechos fundamentales, indiscutiblemente presente en gran parte de extinciones durante la fase probatoria.

CUARTA. La intervención de los contratantes individuales se limita, por su parte, a la decisión de incorporar o no el pacto de prueba en el contrato. No obstante, esta facultad bilateral y consensuada que, en el plano teórico, resulta de capital importancia, queda "desmerecida" por una práctica en la que la intervención de la empresa se limita a poner a disposición del trabajador el contrato confeccionado por la asesoría, y la del trabajador, a decidir si firma o no el mismo; lógicamente la inclusión en el contrato del pacto de prueba, no suele ser obstáculo a la prestación del consentimiento por el trabajador, como tampoco será común que éste condicione su firma a la eliminación de la cláusula ya incorporada. Con todo, y aun en este ámbito de libertad "restringida", el sometimiento o no del vínculo laboral a un período de prueba dependerá, incondicionalmente, de la incorporación inicial al mismo de una cláusula de prueba.

Junto a la inclusión del pacto y su duración, los contratos únicamente suelen añadir el efecto interruptivo del período de prueba en ciertas situaciones suspensivas. No existe, pues, con carácter general, una intervención relevante del trabajador a la hora de decidir someter o no a prueba el contrato, y en qué términos, más allá de la "adhesión" al régimen que figura en el documento que firma. Ahora bien, la falta de inclusión del pacto de prueba no podrá ser suplida por previsiones imperativas del convenio colectivo (al ser necesario el compromiso expreso de las partes), aunque hemos observado lo común que es la introducción en los convenios colectivos de cláusulas que someten necesariamente a prueba la relación laboral, cláusulas que carecen totalmente de validez.

QUINTA. Partiendo, pues, de la insuficiencia regulatoria (legal y convencional) y de la escasa intervención dispositiva de los contratantes, se antoja esencial en la configuración del contenido del período de prueba, el papel de nuestros Tribunales, convirtiéndose éstos, a través de la doctrina emanada de sus Sentencias, en

complemento insustituible para los aplicadores del Derecho. La doctrina judicial viene, así, a dar respuesta a las cuestiones que la figura analizada va propiciando en cada momento, respuesta que, como hemos intentado demostrar, no sólo comparte la evolución propia de su contexto temporal, sino que actúa como auténtico vector transformador de la institución.

SEXTA. Paradójica conclusión, a la vez que indiscutiblemente realista, es la constatación de que el sustento o soporte básico de la institución, representado por la necesaria experimentación, por los contratantes, de la relación de trabajo, sobre la que decidir el mantenimiento o no del vínculo contractual, no se acompaña de medidas legislativas que lo hagan operativo. En efecto, se ha considerado pacíficamente la conveniencia de que las partes, durante un período determinado, y sin verse "obligados" a acudir de forma irregular a la contratación temporal, puedan experimentar el objeto del contrato, de forma que, desplegando la diligencia precisa, puedan contar con elementos de juicio suficientes para decidir libremente la continuidad del vínculo y, con él, su consolidación como contrato indefinido o causal o, en otro sentido, su finalización sin las consecuencias negativas apuntadas

Sin embargo, no se encuentra tal experimentación durante la prueba, en el capítulo de derechos y obligaciones que, con carácter general, reconoce el Estatuto de los Trabajadores; puede justificarse dicha ausencia por su inclusión dentro del marco regulatorio propio de la prueba, si bien la inexistencia de consecuencias ante su incumplimiento la privan de virtualidad. Y es que, el reconocimiento, inmediatamente después de la necesidad experimental, de la facultad de desistimiento libre, viene a desvirtuar la obligación anteriormente introducida aún en sus inespecíficos términos, pues se faculta a las partes a desvincularse del contrato suscrito sin necesidad de alegar la causa y mucho menos acreditar el resultado del experimento al que fueron compelidas, extremo éste que, sin embargo, ha sido asumido sin fisuras por nuestros Tribunales.

La respuesta a la aparente incongruencia que supone exigir una experimentación para luego permitir un desistimiento totalmente libre y desvinculado de ésta, quizás se encuentre en una inconfesada caracterización fiduciaria del contrato de trabajo por el legislador, que le habría llevado a flexibilizar el desistimiento, sin exigencia de causa, precisamente por la relevancia que se otorgaría en dicha decisión extintiva a las

circunstancias personales del trabajador, no directamente relacionadas con sus cualidades o habilidades profesionales, sino con una apreciación de sus condiciones personales por parte del empleador, siempre difícil de dotar de contenido objetivable. Por lo demás, la Doctrina tampoco ha prestado demasiado interés al contenido "experimental" de la prueba, centrándose, en cambio, en el análisis de su naturaleza jurídica, las condiciones para el establecimiento del pacto, los límites y duración, y, sobre todo, su régimen extintivo.

SÉPTIMA. Aunque no existe una postura judicial uniforme, ni siquiera una tendencia clara en el tratamiento generalizado de los distintos aspectos del período de prueba, sí podemos aventurarnos en extraer, del análisis de los distintos pronunciamientos judiciales, algunas consideraciones relevantes, tales como:

El rigor formalista en el establecimiento del período de prueba; el compromiso expreso de las partes es insustituible, así como la exigencia de forma escrita del pacto (salvo acreditada actuación obstruccionista). El momento ha de coincidir necesariamente con el comienzo de la actividad, siendo nulo el que se incorpore tardíamente.

La flexibilización de reglas estatutarias cuya finalidad originaria era proteger al contratante más débil en el momento, además, de mayor precariedad, llegando a "suavizar" la contundencia de aquellas, que dejan de ser el impedimento a la discrecionalidad empresarial que pretendían ser en su origen. El paradigma es la nulidad del período de prueba cuando media contratación previa del trabajador o conocimiento de sus cualidades. En este caso, nuestros tribunales sostienen, mayoritariamente, entre otras cosas: que superar un proceso selectivo previo, o realizar cursos de formación en la misma empresa, no impide incluir un pacto de prueba en el contrato ulterior; que la Administración Pública puede, como cualquier entidad privada, operar el desistimiento acausal (pese a la complejidad de combinar discrecionalidad extintiva, por una parte, y "legalidad" consustancial al actuar administrativo, por otra, en un contexto, además, de respeto a los principios que rigen el acceso al empleo público), sin que pueda interferir el Tribunal calificador del concurso; que un cambio relevante en las funciones encomendadas puede permitir un nuevo pacto de prueba; que el transcurso de tiempo considerable entre dos contrataciones permitiría establecer un nuevo período de prueba, lo mismo que sucede si la previa fue de corta duración; que la "aceptación" del

trabajador por el empresario cedente o sucedido no impide al cedido o sucesor articular el desistimiento durante el tiempo de prueba que restase al primero; etc.

La práctica inexistencia de pronunciamientos que sancionen o aparejen consecuencia alguna a la falta de experimentación del contrato por los contratantes durante la prueba.

La adopción de un posicionamiento garantista ceñida casi exclusivamente al ámbito de los derechos fundamentales, con las dificultades que derivan de conjugar el panorama de indicios y la facultad resolutoria *ad nutum*.

La falta de consenso sobre cuándo la duración del período de prueba puede considerarse abusiva por excesiva.

OCTAVA. En esta materia, como en muchos otros ámbitos, hay que destacar la evolución de la figura analizada que viene representada por la reiteración de posiciones judiciales novedosas; en efecto, "anunciado" un criterio nuevo, audaz, original, por un órgano jurisdiccional, será el "seguimiento" que del mismo realicen los diferentes órganos jurisdiccionales lo que determinará que el criterio se convierta en tendencia, marcando el rumbo de la institución probatoria. Ejemplos varios se contienen en este trabajo.

NOVENA. Desde el punto de vista constitucional, hemos observado que cuanta mayor relevancia adquiere el tema tratado, mayor es el nivel técnico de las aportaciones de nuestros Magistrados y mayor el desencuentro doctrinal; ello permite vislumbrar cambios, o al menos no descartarlos, en función de la composición de mayorías en el máximo intérprete constitucional, algo que enriquece el debate y alienta a quienes, desde posturas argumentales de igual o mayor solvencia, mantienen su criterio "confinado" en Votos particulares.

En este sentido, son varias las materias que siguen "enredadas" en esta pugna constitucional, pese a la aparente solidez de la posición mayoritaria; entre ellas: a) la imposibilidad de aplicar la regla de la nulidad objetiva al desistimiento durante el período de prueba en supuestos de trabajadoras embarazadas; b) la preocupante validación de los supuestos de desistimiento durante y/o por causa de la incapacidad temporal del trabajador, supuestos sobre los que planea, normalmente, una sospecha de ilicitud, sobre todo cuando se producen de manera inmediata al inicio de dicha situación e, incluso, en circunstancias en las que apenas ha habido tiempo para verificar la

adecuación del trabajador al puesto contratado; c) la negación de vulneración del derecho a la igualdad y la "asumida" limitación del derecho a la negociación colectiva que supone el establecimiento de un período de prueba fijo de un año en el contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores, privando, además, a los negociadores colectivos de la posibilidad de modificar o modalizar su duración.

DÉCIMA. El período de prueba es una figura jurídica que nunca ha perdido su "actualidad" y que además, podemos afirmar, se ha puesto de "moda" gracias a la intervención legislativa y judicial.

Nos referimos, en el primer caso, a la regulación del contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores, que ha supuesto, no una revolución, pero sí una reconsideración, desde su esencia, del propio período de prueba, si bien -hay que reconocerlo- en el ámbito estricto de esta novedosa modalidad contractual. Ahora bien, hasta qué punto la finalidad *ad hoc* de este período de prueba puede trasladarse, siquiera parcialmente, al período de prueba "común". El riesgo existe, desde luego, y, en mi opinión debieran adoptarse medidas drásticas para prevenir el "contagio" de una finalidad (constatar la viabilidad económica del puesto contratado) que, cuestionada incluso en el propio marco para el que nació, no tendría encaje alguno fuera de él.

En cuanto al impulso actualizador de nuestros tribunales, son recurrentes los pronunciamientos que, cada cierto tiempo, activan la llama de esta institución, y la devuelven a la mesa de trabajo de los autores, que la impulsan de nuevo a la palestra del debate y las propuestas.

Entre otros, la posibilidad de que el período de prueba pueda tener la misma duración que el propio contrato de trabajo en el que se inserta; la no desactivación de la facultad extintiva durante el tiempo en que el período de prueba está interrumpido por causa suspensiva; la validez, asimismo, del período de prueba aunque se prestaran idénticos cometidos con anterioridad, si la relación anterior dista mucho de la nueva o su duración fue breve; la validez de un nuevo período de prueba en el contrato de trabajo, tras desistimiento del anterior por no superación del allí fijado, si no se supera globalmente el máximo temporal fijado en el convenio colectivo; la eficacia del desistimiento "basado" en la mera enfermedad o accidente del trabajador, en aplicación de una lógica estricta de productividad empresarial; etc. Tales decisiones y otras muchas que vendrán, que en muchos casos conforman ya doctrina unificada, han venido precedidas de

intensos debates doctrinales y pugna entre órganos jurisdiccionales que han mantenido de plena actualidad la institución analizada, pretexto éste adicional en la elección del tema tratado.

UNDÉCIMA. No es tan apreciable en esta institución la "politización" que, si se me permite, sí se ha apreciado en muchas otras figuras jurídicas de nuestro Derecho Laboral (el despido, principalmente), de manera que, pese a sucederse en el gobierno de la Nación posturas políticas de diverso signo, ello no ha tenido un reflejo claro en el ámbito legislativo; la redacción del artículo 14 ET incorporada por RDLegislativo 1/1995 apenas ha variado, encontrándose "cómodos" nuestros legisladores con una regulación apenas detallada; en efecto, el precepto estatutario no contempla más que cimientos sobre los que la intervención del legislador podría conseguir la construcción más vanguardista, pero también la más austera.

En este sentido, dotar de contenido a la experimentación de la prueba, introducir una cierta causalidad o control en el desistimiento, garantizar su formalidad, etc., son acciones perfectamente posibles, que acercarían la institución al trabajador y a su legítima aspiración por un empleo estable; del mismo modo que eliminar o suavizar la propia formalidad del pacto, las restricciones por contrataciones anteriores, etc., son actuaciones igualmente factibles que acercarían la figura analizada al interés empresarial. Sin embargo, al menos en el contexto común, no parece que exista propósito de modificar la institución, bastando con el papel integrador de la Jurisprudencia que, en ningún caso parece dispuesta a descompensar la tensión inevitable entre el principio de estabilidad en el empleo y la libertad empresarial en la contratación del personal.

DUODÉCIMA. En efecto, las numerosas sentencias analizadas en este trabajo evidencian la fricción continua entre el período de prueba y su "antagonista natural", el principio de estabilidad en el empleo, pugna que no puede inclinarse decididamente hacia ninguno de ellos pues su mantenimiento es consustancial a la existencia misma tanto de aquella figura como de este principio jurídico; por ello, las medidas tendentes a favorecer a una de estas realidades implica de forma automática una merma de su contraria; no puede encorsetarse el período de prueba con rígidas exigencias formales y exigencias de causalidad en el desistimiento, sin hacerle perder su ausencia; pero tampoco puede despreciarse la razón de ser de la prueba (la experimentación del

contrato con vistas a decidir acertadamente la continuidad del vínculo laboral recién suscrito) para facilitar, en todo caso, la extinción contractual, pues en ese caso la fase de prueba sería un mero apunte retórico.

DÉCIMOTERCERA. Con respecto a la funcionalidad "teórica" del instituto probatorio, es incuestionable que la comprobación de las características del trabajador al que se contrata y el conocimiento del ámbito en que éste va a desarrollar su trabajo, es lo que dota al período de prueba de su razón de ser, manteniéndose aun actualmente, si bien que con menor fuerza que antaño, la discusión doctrinal acerca de si estas características del trabajador necesitadas de verificación, son sólo las "profesionales" o también las relacionadas con los aspectos de su "personalidad", debate que consideramos claramente decantado hacia la segunda de las posturas.

En el mismo terreno de análisis teórico, y como mero apunte o posicionamiento, si se me permite, en la pugna entre posturas monistas o dualistas, coincido en la dificultad de concebir el contrato a prueba como una fase distinta y ulterior del contrato de trabajo mismo, en la que prevalezca la experimentación sobre la propia prestación laboral y su consiguiente retribución, sobre todo si partimos de la aceptación legal (y convencional) de amplísimos períodos de prueba durante los que es difícil defender que no exista, de manera protagonista, una verdadera prestación de servicios, al igual que ocurre con aquellas actividades de complejidad menor en las que, sin duda, primará el contenido laboral sobre el de verificación. Por lo demás, la subjetividad del acto de desistimiento difícilmente casa, en nuestra opinión, con la concepción de la prueba como pacto sujeto a condición resolutoria.

DECIMOCUARTA. En cuanto al "uso" que del período de prueba realiza el empresariado, no cabe otra conclusión, creemos, a la vista de las cientos de sentencias analizadas, que la de apuntar cómo, en demasiadas ocasiones, existe una utilidad "real", que se impone a la "teórica", y que consiste en aprovechar las "facilidades" de la institución probatoria para desistir, sin consecuencias, de la relación contractual iniciada, antes del transcurso de aquella fase. En efecto, no sólo se constata el general establecimiento en los contratos de trabajo del plazo máximo permitido por los convenios, sino que se observa, en muchas ocasiones, el recurso al desistimiento para dar por finalizado el contrato aunque la decisión poco o nada tenga que ver con el resultado de la experimentación; en este terreno, salvo alegación de vulneración de

derechos fundamentales, no existen muchas posibilidades de invalidar la decisión empresarial, al poder invocarse la naturaleza acausal del acto extintivo.

Son mínimos, por otra parte, los supuestos en los que se considera improcedente el desistimiento que debiera haberse articulado como despido improcedente o basado en causas objetivas, siendo nuestros Tribunales excesivamente permisivos al validar actos de desistimiento empresarial que realmente obedecían (y por ello exigían una formalidad concreta en la extinción) a motivos disciplinarios o a causas relacionadas con la organización o producción empresariales en sus ámbitos tanto individual como colectivo.

Lo más censurable, con todo, de este uso desviado del período de prueba, no es solo el recurso, de manera impropia, a una institución que debiera ajustarse a la mera experimentación del contrato y al desistimiento en caso de obtener un resultado negativo de aquella, sino el mantenimiento que se produce, durante la fase de prueba (que, como se ha visto, puede ser muy prolongada), de una situación precarizada y desconectada de las reglas generales de protección de la estabilidad en el empleo, que dociliza al trabajador en beneficio del interés empresarial.

DECIMOQUINTA. La práctica totalidad de los litigios que nuestros Tribunales resuelven en este ámbito parten de una previa decisión de desistimiento empresarial cuya impugnación busca la invalidación del pacto de prueba, por ineficaz o abusivo, como requisito indispensable para la declaración de la ilegalidad del acto extintivo. No encontramos procesos "declarativos" con pretensiones ajenas a la impugnación del acto extintivo; en efecto, la inclusión de un pacto de prueba incorrecto, la estipulación de una duración superior a la legal o convencional, el incumplimiento del deber de experimento, etc., no son circunstancias que se discutan de manera autónoma, sino siempre al hilo de la extinción del contrato de trabajo.

DECIMOSEXTA. En el otro gran apéndice de nuestro ordenamiento laboral, la Seguridad Social, la mayoría de procesos judiciales tiene que ver con la prestación de desempleo, precisamente por la facilidad que, para desvincularse del contrato, ofrece el período de prueba, tanto a empresario como a trabajador. En la mayoría de supuestos, la sombra del fraude en el acceso a las prestaciones, se proyecta indistintamente sobre trabajador y empresario que, con su actitud connivente, pueden situar de manera ficticia al primero en situación legal de desempleo, procediendo a un cese durante la fase

probatoria que, además, no viene gravado por consecuencia indemnizatoria alguna. Y así, aunque la normativa de Seguridad Social ha ido detectando e intentando corregir los supuestos más comunes de fraude en el acceso a la prestación por desempleo, no ha impedido, desde luego, que las partes sigan "utilizando" las posibilidades del período de prueba para procurarse una prestación indebida, algo que, por desgracia, es más habitual cuanto mayor es la desesperación de aquellos que no tienen la posibilidad de desarrollar un trabajo estable y dignamente remunerado o, en ocasiones, trabajo alguno.

DECIMOSÉPTIMA. La legalidad no cuestionada de nuestro período de prueba, en los términos que establece el art. 14 ET, ha hecho que nuestros Tribunales hayan resuelto los procesos en esta materia aplicando, de forma autosuficiente, el Derecho interno sin apenas plantearse la concurrencia de nuestro ordenamiento con normas que trascienden nuestras fronteras. Ha sido la regulación del controvertido contrato indefinido de apoyo a los emprendedores el que ha revelado al operador jurídico la existencia de una normativa internacional y comunitaria cuya consulta no fue antes precisa y que, actualmente, se reputa de consulta obligada.

DECIMOCTAVA. Precisamente en el ámbito del contrato de emprendedores asistimos a una auténtica pugna entre ordenamientos que reclaman su aplicabilidad. En efecto, la gran cantidad de sentencias de Tribunales ordinarios abrazando soluciones "externas" para corregir los posibles excesos del legislador nacional, las discrepancias indisimuladas entre los propios Magistrados del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, plasmadas en Votos Particulares, y la "neutralidad" hasta la fecha demostrada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha dejado abierta una vía suficientemente amplia para que se puedan mantener posiciones decididamente enfrentadas a la doctrina del máximo intérprete constitucional (como, de hecho se está produciendo en la actualidad). La pregunta es si podrá el control de "convencionalidad" a la vista de los instrumentos internacionales y comunitarios (Convenio 158 OIT, Carta Social Europea, Directiva 1999/70, Carta de los Derechos Fundamentales de la UE) imponerse a la validación "constitucionalidad" del período de prueba de un año introducido en esta modalidad contractual. Con todo, la apertura del debate trasciende incluso la propia modalidad señalada y nos debiera obligar a revisar si los planteamientos judiciales que en el ámbito ordinario damos por válidos respetan el contenido de las citadas normas comunitarias e internacionales.

DECIMONOVENA. En cuanto a las diferentes relaciones laborales especiales, hemos apreciado el acierto en la no aplicación del régimen común de la prueba en alguna de ellas, más no en todas.

VIGÉSIMA. En lo que respecta al empleo público, son evidentes los problemas que en materia probatoria, se producen, al conjugar los principios básicos de la legislación laboral, con los de organización y funcionamiento propios de la Administración Pública, incluidas las reglas de selección y promoción del personal. En efecto, la facultad de libre selección, contratación y decisión de mantenimiento del trabajador por superación, en su caso, de la fase probatoria que pudiera establecerse, típicas de la lógica empresarial, no se extienden, en plenitud, al ámbito público, al venir la Administración condicionada por su actuación necesariamente "reglada", de modo que sus decisiones de contratación y gestión de personal deben someterse a las pautas legal y reglamentariamente establecidas, y muy especialmente a los criterios de mérito y capacidad y a los principios de igualdad y no discriminación, legalidad, interés general e interdicción de la arbitrariedad, por lo que la empleadora pública, no sólo ha de eliminar cualquier discriminación, sino que debe garantizar la mayor igualdad, lo que impide la contratación discrecional y exige, a su vez, la concurrencia de razones objetivas y motivadas en la decisión extintiva, marco en el que no encuentra fácil acomodo el régimen común del período de prueba.

VIGÉSIMOPRIMERA. Más que con una conclusión, podemos terminar con una reflexión a modo de resumen de lo dicho: el rasgo definitorio del período de prueba es la facultad atribuida a las partes de resolver el contrato de trabajo durante el transcurso del tiempo establecido en un pacto *ad hoc*, sin precisarse forma expresa ni manifestación de causa, al ser dicha libertad resolutoria *ad nutum* (que es bilateral pero que realmente a quien más interesa es al empresario, dada la facultad de dimisión que el trabajador conserva durante toda la vida del contrato) una decisión extintiva no asimilable al despido, por más que doctrinalmente, en prevención de comportamientos arbitrarios o abusivos, se haya abogado por vincular la extinción del contrato durante la prueba con el resultado de la experimentación inicial del mismo. De esta forma, los motivos del cese no adquieren relevancia, limitándose el posible control judicial a los supuestos de abuso de derecho o vulneración de derechos fundamentales, conclusión ésta acorde con una concepción fiduciaria del contrato de trabajo y de respeto a ultranza de la libertad de empresa, difícil de contrarrestar desde posiciones jurídicas que

preponderen la estabilidad en el empleo, también (o sobre todo) durante la fase inicial del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

AGRA VIFORCOS, Beatriz, "La tutela de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos en el desarrollo de su relación laboral", *Pecunia*. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 7, 2008, págs. 1-24.

AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, "El fraude de ley en el acceso a las prestaciones por desempleo: la sucesión de contratos". Comentario a la STSJ País Vasco, de 25 enero 2005 (AS 2005, 989), *Aranzadi Social*, núm. 2, 2005, págs. 2573-2579.

ALARCÓN CASTELLANOS, Mª. del Mar, "La resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante el período de prueba: desistimiento o despido nulo", *Aranzadi Social*, núm. 2, 2005, págs. 1-4.

ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, *Los representantes de los trabajadores en la jurisprudencial laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

ALFONSO MELLADO, Carlos Luis, *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral, Valencia, 1994.

ALONSO OLEA, Manuel, *El despido*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

ALONSO OLEA, Manuel, "Sobre el despido en período de prueba; y sobre el respeto a los hechos probados jurisdiccionales" [Comentario a STC 94/1984], en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, II, 1984, ref. 127.

ALONSO OLEA, Manuel, "Resolución de contrato de trabajo en período de prueba y discriminación por razón de embarazo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 36, 1988, págs. 617-620.

ALONSO OLEA, Manuel y BARREIRO GONZÁLEZ, Germán, *El Estatuto de los trabajadores. Texto actualizado. Jurisprudencia. Comentario*, Civitas, Madrid, 1991 (3ª ed.).

ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, Mª Emilia, *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1997.

ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, Mª Emilia, *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2005.

ALZAGA RUIZ, Icíar, "Garantía de indemnidad del trabajador y extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba", *Aranzadi Social*, núm. 5, 2004, págs. 481-485.

ALZAGA RUIZ, Icíar, Baviera Puig, Inmaculada, Romeral Hernández, Josefa, "La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos", en *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*/coord. por Angel Arias Domínguez; Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), volumen 2 *El contrato de* trabajo, Aranzadi (Grandes Tratados), 2011.

APARICIO ALDANA, Rebeca Karina, "Período de prueba y discriminación", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9, 2014, págs. 1-6, (BIB 2014/76).

ARAMENDI SÁNCHEZ, José Pablo, "El despido de la trabajadora embarazada. Un análisis de la STS de la Sala IV, de 19 de julio de 2006 (JUR 2006, 251059)", *Aranzadi Social*, núm. 13, 2006, págs. 905-914.

ARBONÉS LAPENA, Hilda Irene, "Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional y voto particular de 21 de julio de 2014", *Lawyerpress*, 28 de julio de 2014, http://www.lawyerpress.cop./news/2014_08/2807_14_004.html#.U9YFxF30nnw.facebook.

ARETA MARTÍNEZ, María- MARÍN MORAL, Isabel, "La relación laboral especial del personal residente en formación en ciencias de la salud", en *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*/coord. por Angel Arias Domínguez; Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), volumen 2 *El contrato de* trabajo, Aranzadi (Grandes Tratados), 2011, págs. 435-525.

ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, "La Reforma Laboral de 2012 (V): El período de prueba en el nuevo contrato de apoyo a emprendedores", *Social Laboral*, 23 de marzo de 2012.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A., SEMPERE NAVARRO, A.V., CARDENAL CARRO, M. (Coord.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*/coord. por Angel Arias Domínguez; Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), volumen 2 *El contrato de* trabajo, Aranzadi (Grandes Tratados), 2011.

BADIOLA SÁNCHEZ, Ana María, "Un repaso al despido nulo por embarazo y maternidad de la trabajadora", *Justicia Laboral*, núm. 34, 2008, págs. 33-53.

BAJO GARCÍA, Irene, "Embarazo y nulidad objetiva de la extinción del contrato durante el período de prueba", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 36, 2014, págs. 174-188.

PASTOR, Mª Amparo, *El período de prueba*, Tirant lo Blanch, Colección laboral, Valencia, 1995.

BALLESTER PASTOR, Inmaculada, *El contrato eventual por circunstancias de la producción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

BALLESTER PASTOR, Inmaculada, "El contrato eventual por circunstancias de la producción", en *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2010.

BALLESTER PASTOR, Inmaculada, "Inestabilidad e intermediación laboral desde 2010 a 2014: riesgos asumidos a costa de activar el empleo", en *El Derecho del Trabajo y la crisis económica*, Atelier, 2014.

BARREIRO GONZÁLEZ, Germán, "El período de prueba" en *Comentario las Leyes Laborales. Estatuto de los Trabajadores*, t. IV, Edersa, Madrid, 1983.

BAYLOS, Antonio, "Humillados y ofendidos", http://baylos.blogspot.com.es, 16 de julio de 2014.

BAYLOS, Antonio, "Contra la reforma laboral día a día" http://baylos.blogspot.com.es/2014/12 contra-la-reforma-laboral-dia-dia.html?spref=fb&m=1 (consultado el 26/12/2014), 5 págs.

BAYLOS GRAU, Antonio, "España vulnera la carta social europea" (http://baylos.blogspot.com.es/2015/01/espana-vulnera-la-carta-social-europea.html?spref=fb&m=1), 23 de enero de 2015.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, "Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores: argumentos para la inconstitucionalidad del período de prueba", *Revista Española de Derecho del Trabajo* 158 (enero-marzo 2013), págs. 199-218.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, ¿Indemnización por despido versus compensación por daños y perjuicios? *Aranzadi Social*, núm. 5, 2013, págs. 83-110.

BERTOMEU CURTO, José Francisco, "La regulación del período de prueba en España y Francia: Una perspectiva comparada de Acuerdo con las fuentes del Derecho del Trabajo nacional e internacional", Comunicación presentada a las XXVI Jornadas Catalanas de Derecho Social, Barcelona, 19 y 20 de febrero de 2015, http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/comunicacions/any-2015/.

BLANCHAR, Clara, "Una jueza declara ilegal el período de prueba de un año sin indemnización", *El País* (Cataluña), 3 de diciembre de 2013. Disponible en: http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/12/03/catalunya/1386075667_472927.html

BLASCO JOVER, Carolina, "El contrato indefinido de apoyo a emprendedores: balance de situación", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 176, págs. 81-102.

BOLTAINA BOSCH, Xavier, "El período de prueba en los contratos de trabajo en las Administraciones Públicas: órgano competente para establecer la superación o no del mismo: comentario de la STSJ de Madrid, de 7 de febrero de 2007 (AS 2007, 2322)", *Aranzadi social*, núm. 3, 2007, págs. 3066-3071.

BOLTAINA BOSCH, Xavier, *El personal laboral de las Corporaciones locales después del Estatuto básico del empleado público*, Diputación de Barcelona, *Estudios de Relaciones Laborales* (5), Barcelona, 2010.

BRAVO SANTAMARÍA, Susana, CANO GALÁN, Yolanda, "La relación laboral especial de personas con discapacidad en centros especiales de empleo: (análisis del RD 1368/1985, de 17 de julio), en *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*/coord. por Angel Arias Domínguez; Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), volumen 2 *El contrato de* trabajo, Aranzadi (Grandes Tratados), 2011.

BUENDÍA JIMÉNEZ, José Antonio, GARCÍA RODRÍGUEZ, Bernardo, OLARTE ENCABO Sofía, "La relación laboral especial de los abogados Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades en despachos de abogados (individuales, colectivos y multiprofesionales), en *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*/coord. por Angel Arias Domínguez; Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), volumen 2 *El contrato de* trabajo, Aranzadi (Grandes Tratados), 2011.

CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, José Mª, "Período de prueba. Extinción de contrato de trabajadora embarazada", *Diario La Ley*, nº 8198, 25 de noviembre de 2013 (www.diariolaley.es).

CARDENAL CARRO, Miguel, *Deporte y Derecho: las relaciones laborales en el deporte profesional*, Ediciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1996.

CARDENAL CARRO, Miguel, "A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta (I), *Aranzadi Social*, núm. 9, 2000, pag. 7.

CARDENAL CARRO, Miguel, "Las relaciones laborales en el deporte profesional", en *La reforma del régimen jurídico del deporte* (Coord. Millán Garrido, A.), Reus (Col. Jurídica General-Congresos), 2010.

CARRASCO DURÁN, Manuel, "La jurisprudencia constitucional sobre discriminación por embarazo en el ámbito de las relaciones laborales", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 875, 2013, págs. 44-46.

CARRILLO Marc, CRUZ VILLALÓN, Jesús, "El período de prueba de un año vulnera la Carta Social Europea de 1961", *El País*, 18 de agosto de 2014.

CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, "Régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal", *Documentación Laboral*, núm. 44, 1994.

CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, *Contratos laborales temporales. Guía legal, jurisprudencial y práctica* (en colaboración con BARREIRO GONZALEZ y FERNANDEZ DOMINGUEZ), La Ley, Madrid, 1993.

CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, "Introducción: Presentación y valoración global del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral", en *La reforma laboral de 2012. Comentario al Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral* (Coord. Faustino Cavas Martínez), Laborum, Murcia, 2012.

CORDERO GORDILLO, Vanessa, "La extinción del contrato de las trabajadoras embarazadas durante el período de prueba. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2011", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 28, 2012, págs. 307-325.

CRUZ VILLALÓN, Jesús, HERNÁNDEZ BEJARANO, Macarena, RODRÍGUEZ RAMOS VELASCO, Patrocinio, SEPÚLVEDA GÓMEZ, María, "Empresario", *Justicia Laboral*, núm. 53/2013, BIB 2013/13024.

CUENCA ALARCÓN, Miguel, "El carácter necesariamente escrito del pacto de período de prueba (Comentario a la STS 5 de octubre de 2001), *Relaciones laborales*, núm. 2, 2002, págs. 587-592.

CHACARTEGUI, JÁVEGA, Consuelo, *Empresas de Trabajo Temporal y Contrato de Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

CHARRUTTI GARCÉN, Marìa del Luján, "Período de prueba", en *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad socia (*coords.: Antonio Pedro Baylos Grau, Candy Florencio Thomé, Rodrigo García Schwarz y María Emilia Casas Baamonde), 2014, págs. 1649-1654.

DÍAZ MORA, José Manuel, "La extinción del contrato de trabajadora embarazada: ¿nulidad objetiva o causal?", *Información Laboral*, núm. 12, 2003, págs. 1-11 (BIB 2013/50972).

DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, Manuel, "Pretensiones indemnizatorias de daños y perjuicios por los empresarios frente a sus trabajadores: (reflexión sobre su procedencia y exposición sistemática de pronunciamiento del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia)", *Aranzadi Social*, núm. 21, 2009, págs. 107-126.

DÍAZ DE LA ROSA, Angélica, "Régimen jurídico del socio a prueba, en las sociedades cooperativas", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 12 (2008), págs. 269-282.

DIÉGUEZ CUERVO, Gonzalo y CABEZA PEREIRO, Jaime, *Derecho del Trabajo*, Marcial Pons, Madrid, 2003 (2ª ed.).

DURÁN LÓPEZ, Federico, "El período de prueba", *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1988.

ELORZA GUERRERO, Fernando, "Despido y prueba de la discriminación indirecta por razón de sexo", *Temas Laborales*, núm. 103, 2010, págs. 247-257.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo José, "Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la reforma", *Relaciones laborales*, núm. 1, 1997, págs. 205-261.

ESCUDERO ALONSO, Luis José, "Comentario de Jurisprudencia Social. Periodo de prueba y Convenio Colectivo", Consell obert: Recull informatiu del Consell General de Col·legis de Graduats Socials de Catalunya, núm. 28, 2008, págs. 24-25.

FERNÁNDEZ DOCAMPO, M. Belén, "Los derechos de información de los representantes legales de los trabajadores: carácter instrumental y contenido insuficiente", *Aranzad*i *Social*, núm. 1, 2006, págs.. 3214-3219 (BIB. 2000/700).

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Carlos, "La importancia de la sentencia del Pleno del TC de 16 de julio de 2014, *Boletín Laboral*, 24 de julio de 2014.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda (Coordinadora), *La negociación colectiva en la industria del papel y el sector de artes gráficas*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2008.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, Óscar, *El período de prueba en el Contrato de trabajo: Notas para un balance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

FERNÁNDEZ PROL, Francisca, "El período de prueba: incidencia de su regularización en la negociación colectiva a los efectos de mejorar la igualdad de sexos", en Lousada Arochena, José Fernando (Coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, págs. 95-123.

FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier, MEGINO FERNÁNDEZ, Diego, GIL PLANA, Juan, "Relación laboral especial de los penados desarrollada en instituciones penitenciarias", en *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*/coord. por Angel Arias Domínguez; Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), volumen 2 *El contrato de* trabajo, Aranzadi (Grandes Tratados), 2011.

GALA DURÁN, Carolina y BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi (Dirs.), *Derecho del Trabajo*, Huygens Editorial, Barcelona, 2011.

GALIANA MORENO, Jesús M., SEMPERE NAVARRO, Antonio V., *Legislación Laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, 2014 (22ª ed.).

GARCÍA BLASCO, Juan, PEDROSA ALQUÉZAR, Sonia Isabel, "La extinción en el periodo de prueba", en *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2014, págs. 371-384.

GARCÍA GONZÁLEZ, Raúl Luis, "Pacto de no competencia post-contractual, período de prueba e interés industrial", *Diario La Ley*, núm. 7314, 2010.

GARCÍA MURCIA, Joaquín, "El deporte como trabajo: la relación laboral especial de los deportistas profesionales", *Aranzadi Social*, Vol. 3, núm. 1 (abr), 2010, págs. 103-117.

GARCÍA NINET, José Ignacio, "Segundo periodo de prueba, embarazos, abortos y resolución del contrato (despido) por bajo rendimiento durante dichos periodos:suman y siguen las discriminaciones contra las mujeres a causa de sus embarazos", *Tribuna Social*, núm. 196, 2007, págs. 5-12.

GARCÍA NINET, José Ignacio y Vicente Palacio, Mª Arántzazu, *Derecho del Trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014 (8ª ed.).

GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, *Manual de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 (2ª ed.).

GARCÍA RODRÍGUEZ, Bernardo, "Maternidad frustrada y despido consumado", BIB 2008/1464, *Aranzadi Social*, núm. 7, 2008, 2008, págs. 79-80.

Gil Plana, Juan, "La subrogación empresarial en las contratas y subcontratas (II), *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 157, 2013.

GARCÍA RUBIO, María Amparo, "El periodo de prueba", en *Contratación laboral y tipos de contrato: criterios jurisprudenciales* (coord. por José María Goerlich Peset), Lex Nova, 2010, págs. 79-132.

GINÉS I FABRELLA, Anna, "La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo", *Aranzadi Social*, núm. 18, 2010 (BIB. 2009/20250).

GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco Antonio, "El período de prueba", en *Vademécum de contratación laboral* (coord. por Miguel Cardenal Carro), 2001, págs. 41-51.

GONZÁLEZ PÉREZ, Feliciano, *El Estatuto laboral del artista de espectáculos públicos*, Universidad de Extremadura, Servicio de Publicaciones, 1981.

GONZÁLEZ DEL RÍO, José Mª, "Nulidad del pacto sobre el período de prueba: una interpretación teleológica del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997)", *Aranzadi Social*, núm. 4, 2005, págs. 81-86.

GONZÁLEZ DEL RÍO, José Mª, "Nulidad del período de prueba cuando la aptitud del trabajador ha sido acreditada en contrato anterior con otra empresa y el nuevo empresario es conocedor de dicha aptitud. Comentario a la STSJ de Canarias, de 17 de marzo de 2008 (AS 2006, 2427)", *Aranzadi Social*, núm. 3, 2006, págs. 3038-3042.

GONZÁLEZ VELASCO, Jesús, VIVES USANO, María Paz, "Extinción ilegal en periodo de prueba: ¿hay opción de readmisión? ¿Hasta cuándo llegan los salarios de tramitación?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 322, 2010, págs. 97-102.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *La protección por maternidad*, Tirant lo Blach, Valencia, 1997.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, "Sobre la eficacia de los convenios colectivos una vez agotada su vigencia" (y II)", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2014, págs. 231-244.

HERNÁNDEZ BEJARANO, ESPERANZA MACARENA, "El período de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores: un ejemplo de vulneración de la Carta Social Europea. Sentencia nº 412/13 del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona, de 19 de noviembre de 2013", *Temas Laborales*, núm. 144, 2014, págs. 227-243.

IGARTÚA MIRÓ, María Teresa, "Crítica a un nuevo Derecho del Trabajo al servicio de la flexibilidad y subordinado al crecimiento, la competitividad y el empleo", *Revista de Derecho Social y Empresa*, núm. 2 [Monográfico. Siglo XXI: ¿Derecho del trabajo versus derecho del empleo?"], diciembre 2014, págs. 115-148.

IGLESIAS CABERO, Manuel, "Tratamiento jurisprudencial de período de prueba en el contrato de trabajo", *Actualidad laboral*, núm. 1, 1987, págs. 129-145.

IGLESIAS CABERO, Manuel, *Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección: Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto*, Civitas, Madrid, 1991.

IGLESIAS CABERO, Manuel, "Contrato de trabajo, extinción en periodo de prueba: no es discriminatoria la decisión empresarial del empresario a raíz de un accidente de trabajo sufrido por el trabajador en periodo de prueba", *Diario La Ley*, núm. 7993, 2013.

INDA ERREA, Mabel, "La validez del período de prueba del segundo contrato", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2014, págs. 21-22 (BIB 2014/862).

INDA ERREA, Mabel, "El período de prueba de un año del contrato de apoyo a emprendedores vulnera la Carta Social Europea", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2014, págs. 23-24, (BIB 2014/112).

IRURZUN UGALDE, Koldo, *La negociación colectiva en el deporte profesional*, Vitoria-Gasteiz: Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2005.

LANZAS, Juan Antonio de, "El contrato indefinido de apoyo a emprendedores y su período de prueba", *Aranzadi Social*, núm. 8, 2013 (BIB 2013/2379).

LARRAZABAL ASTIGARRAGA, Eider, "¿Es constitucional el período de prueba establecido en el contrato de trabajo de apoyo a emprendedores? Comentario al auto de 21 de enero de 2014 del TSJPV", en *Revista de Derecho Social*, núm. 65, págs. 167-180.

LASAOSA IRIGOYEN, Elena, "Extinción del contrato de trabajadora embarazada durante el período de prueba y nulidad objetiva", *Aranzadi Social*, núm. 196, 2014, págs. 1-6 (BIB 2014/75).

LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, "La duración del período de prueba a debate", Análisis Gómez Acebo & Pombo, septiembre 2014, págs. 1-5.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando (Coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Colección Informes y estudios, Serie Relaciones Laborales Núm. 85 Ministerio de Trabajo e Inmigración Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2008.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando, "Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y periodo de prueba", *Revista de Derecho Social*, núm. 63, 2013, págs. 143-154.

LUJÁN ALCARAZ, José, "Duración del período de prueba y concurrencia de convenios colectivos", *Aranzadi Social*, núm. 3, 1997 (BIB 1997/851).

LUJÁN ALCARAZ, José, GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco Antonio y RÍOS MESTRE, José María, "Medidas para el fomento de la contratación indefinida y la creación de empleo", en *La reforma laboral de 2012: análisis del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral* (coord. por CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, 2012), Laborum, Murcia, págs. 71-109.

LUJÁN ALCARAZ, José, GONZÁLEZ MÉNDEZ, Amelia, "Contratos temporales de fomento del empleo: personas con discapacidad o en situación de exclusión social. Contrato de fomento de la contratación indefinida, en *Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* (coord. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, ALMUDÍ CID, José Manuel y MARTÍNEZ LAGO, Miguel Ángel, en *Los contratos de trabajo* XV, Aranzadi, 2014, págs. 451-491.

LLANO SÁNCHEZ, Mónica, "El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar", *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2012, pág. 1.

LLEÓ CASANOVA, Beatriz, "El período de prueba (I)", *Actualidad Laboral*, núm. 8, 2008.

MARÍN CORREA, José María, "Período de prueba y límite legal de duración: legalidad y racionalidad", *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2002, págs. 1865-1867.

MARÍN MARÍN, José, FONTES BASTOS, María Dolores, *Prontuario jurídico del trabajo doméstico asalariado y guía de buenas prácticas*, Murcia Acoge, Murcia, 2007.

MARTÍN HERNÁNDEZ, Mª Luisa, "El contrato de apoyo a emprendedores. Las continuas dudas sobre la conformidad de la configuración jurídica del contrato de duración indefinida de apoyo a los emprendedores s los vigentes principios básicos del Derecho del Trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 172, 2015, págs. 271-284.

MARTÍN VALVERDE, Antonio, *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Montecorvo, Madrid, 1976.

MARTÍN VALVERDE, Antonio, "Nulidad objetiva del despido de mujer embarazada: alcance de la doctrina constitucional y bases para una revisión crítica (Análisis de la STC 173/2013), *Actualidad Laboral*, núm. 4, 2014.

MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2014 (23ª ed.).

MARTÍNEZ AMENEDO, Eva, "El período de prueba: Fundamentos y dudas recientes", *Foro Laboral*, 25 de enero de 2014, https://evaamenedo.wordpress.com/2014/01/25/el-periodo-de-prueba-fundamentos-y-dudas-frecuentes/.

MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, PALOMINO SAURINA, Pilar, "La relación del personal al servicio del hogar familiar", en *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*/coord. por Angel Arias Domínguez; Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), volumen 2 *El contrato de* trabajo, Aranzadi (Grandes Tratados), 2011.

MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Período de prueba y contrato de trabajo en empresa pública", *Aranzadi Social*, vol. I (BIB 1999/604).

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz, "Período de prueba", en García Murcia (dir.), *Condiciones de empleo y trabajo en la negociación colectiva. Estudios de los Convenios colectivos de sector (1994-1996)*, CES, Madrid, 1998, págs. 56-80.

MERCADER UGUINA, Jesús R. *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014 (7ª ed.).

MOLERO MANGLANO, C., SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M., LÓPEZ ÁLVAREZ, M. y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., *Manual de Derecho del Trabajo*, Aranzadi, 2011, 11ª ed.

MOLINER TAMBORERO, Gonzalo, "Derecho laboral individual. Período de prueba. Trabajadora embarazada. Tiene los derechos de una trabajadora a no ser discriminada por razón de su sexo pero no se le aplican las previsiones que sobre nulidad objetiva rigen para el despido", *Diario La Ley*, núm. 7727, 2011.

MONEREO PÉREZ, José Luis, *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 1992.

MONEREO PÉREZ, José Luis, "Nuevos contenidos de la negociación colectiva y límites legales a los mismos, con particular atención a la jubilación obligatoria y al periodo de prueba", *Temas Laborales*, núm. 120, 2013, págs. 439-482.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, "No renovación de contrato por embarazo de la trabajadora" [Comentario a STC 173/1994], en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, XII, 1994, ref. 859.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, "Artículo 14. Período de prueba", *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 157-161.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2014 (34ª ed.).

MONTOYA MELGAR, Alfredo, "Los trabajadores ante la Constitución", *El Mundo*, 5 de agosto de 2014.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, "El espíritu de las leyes laborales", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164, 2014, págs. 11-17.

MORENO MÁRQUEZ, Ana María, "Nulidad del despido en los casos de reincorporación del trabajador en incapacidad temporal: el derecho a la salud en juego", *Aranzadi Social*, núm. 11, 2010, págs. 117-127.

NAVAS-PAREJO ALONSO, Marta, "Desistimiento en período de prueba y accidente de trabajo: la criticable prevalencia de la libertad de empresa en supuestos de incumplimiento de medidas preventivas", *Aranzadi Social*, núm. 2, 2013, págs. 47-65.

OLARTE ENCABO, Sofía, "La ilegalidad internacional del periodo de prueba de un año del contrato de apoyo a emprendedores (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona, de 19 de noviembre de 2013, núm. 412/2013)", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 370, 2014, págs. 173-176.

OLLO LURI, Mª Pilar, "Me pagas lo pactado aunque no supere la prueba", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2009, págs. 71-72.

PALACIOS, Cristina, "La finalidad del período de prueba a la luz de la sentencia del TC sobre la reforma laboral", http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/periodo_de_prueba-reforma_labora_11_73.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, "El debate parlamentario del Proyecto de Ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación", *Revista de Trabajo*, núm. 100, 1990, págs. 567-585.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Derecho Sindical Español*, Tecnos, Madrid, 1999 (5ª ed.).

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2008 (16ª ed.).

PALOMINO SAURINA, Pilar, "La Relación Laboral Especial de Penados en Instituciones Penitenciarias: cuestiones cruciales", *Aranzadi Social*, núm. 5, 2006, págs. 587-602.

PALOMINO SAURINA, Pilar, "La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar", *Información Laboral*, núm. 5, 2012, págs. 23-34 (BIB. 2013/51952).

PASCUAL ALLÉN, María del Carmen, "Forma, período de prueba y duración del contrato de trabajo", en *La reforma del mercado laboral*, Fernando Valdés Dal-Ré (dir.), 1994, págs. 61-98.

PEDROSA ALQUÉZAR, Sonia Isabel, "La incidencia de los acosos laborales en la salud de la mujer trabajadora", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 261, 2004, págs. 81-108.

PENDÁS GARCÍA, Benigno, "Configuración legal, doctrinal y jurisprudencial del período de prueba", *Documentación laboral*, núm. 35, 1991, págs. 31-60.

PÉREZ CAMPOS, Ana Isabel, RIVAS VALLEJO, María Pilar, RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo, "Administraciones Públicas", en *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*/coord. por Angel Arias Domínguez; Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), volumen 2 *El contrato de* trabajo, Aranzadi (Grandes Tratados), 2011.

PÉREZ DEL PRADO, Daniel, "La heterogénea tutela antidiscriminatoria de la trabajadora embarazada. La STC 173/2013 y la delimitación de los ámbitos de menor protección", *Información Laboral*, núm. 1, 2014, págs. 1-4 (BIB 2014/597).

PÉREZ REY. Joaquín, "Un nuevo golpe al contrato estrella de la reforma laboral", www.nuevatribuna.es/articulo/economia-social/nuevo-golpe-contrato-estrella-reforma-laboral/20141215144650110378.html.

PIQUERAS PIQUERAS, Carmen, "El período de prueba: pasado y presente de una institución jurídico laboral clásica", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 70, 1995, págs. 249-280.

PIQUERAS PIQUERAS, Mª del Carmen, *La extinción del contrato durante el período de prueba como despido*, Ibidem, Móstoles, 1995.

POQUET CATALÁ, Raquel, "El despido de la trabajadora embarazada durante el período de prueba", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 165, 2014, págs. 23-49, y en www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download.../download.php?id., 22 págs.

QUESADA SEGURA, Rosa, *El contrato de servicio doméstico*, La Ley, 1991.

QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda, "Extinción de trabajo durante el período de prueba y lesión de derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164, 2014, págs. 335-354.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel, SALA FRANCO, Tomás, "La relación laboral especial del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares", en *Comentarios a las Leyes Laborales*, Tomo II, EDERSA, Madrid, 1987.

RAMO HERRANDO, María José, "El cese por desistimiento en la alta dirección del sector público tras la Reforma de 2012", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 368, 2013, págs. 1-31.

RAMOS MARTÍN, Nuria Elena, "La tutela de la trabajadora embarazada en la reciente jurisprudencia comunitaria", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 37, 2002.

REQUENA AGUILAR, Ana, "Las sentencias judiciales han limitado la aplicación de la reforma laboral", *eldiario.es*, http://www.eldiario.es/economia/sentencias-marcado-paso-reforma-laboral_0_355915206.html

REQUENA AGUILAR, Ana, "El Consejo de Europa critica a España por tener un salario mínimo insuficiente", http://www.eldiario.es/economia/UE-Espana-Carta -Social-Europea_0_348565585.html

RIVERO LAMAS, Juan, "Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 11/1994 (una aproximación interpretativa)", *Documentación laboral*, núm. 43, 1994, págs. 35-92.

RODRÍGUEZ COPÉ, María Luisa, "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*, núm. 2, 2002, págs. 635-642.

RODRÍGUEZ COPÉ, María Luisa, "Inaplicación de la nulidad objetiva en los casos de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba de la trabajadora embarazada: la ¿evolución? de la jurisprudencia constitucional", *Temas Laborales*, núm. 123, 2014, págs. 185-196.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, "Temporalidad y negociación colectiva en el deporte profesional", *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 19, 2007, págs. 61-77.

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel, "Naturaleza jurídica del período de prueba", en *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, tomo III, volumen 3º, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, "Interés de la Defensa Nacional y trabajadores al servicio de la Administración Militar", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 51, 1992, págs. 127-140.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, "El período de prueba (art. 14)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, (Ejemplar dedicado a: *El Estatuto de los trabajadores Veinte años después*), págs. 465-48.

ROJO TORRECILLA, Eduardo, "El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Sobre la ilegalidad el período de prueba en contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores y la importancia de la normativa internacional. Nota a la sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona de 19 de noviembre", 2013, 6 págs, http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/12/dobre-la-ilegalidad-elperiodo-de.html?m=1.

ROJO TORRECILLA, Eduardo, "Unas notas sobre la contratación laboral en las Administraciones Públicas: el requisito de la causalidad y los efectos de la irregularidad, 15 de abril de 2014 (blog del autor: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/04/unas-notas-sobre-la-contratacion_15.html)la-carta-social-europea.html).

ROJO TORRECILLA, Eduardo, "Mejor leer la sentencia íntegra que el resumen periodístico. Sobre el período de prueba de una año en la reforma laboral de 2012 y la sentencia del TJUE de 5 de febrero", 7 de febrero de 2003 (blog del autor: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/02/mejor-leer-la-sentencia-integra-que-el.html?m=1.

ROJO TORRECILLA, Eduardo, "Las claves de la Reforma Laboral", *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 900, 2015, págs. 2-3 (BIB 2015/533).

ROLDÁN MARTÍNEZ, Aránzazu, "Validez del período de prueba suscrito tras la realización de colaboraciones para la misma empresa bajo contratos mercantiles", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 269-270, 2005, págs. 181-192.

ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, "Uso y abuso del período de prueba: límites temporales y sustantivos a la luz de la jurisprudencia reciente", *Tribuna Social*, núm. 226, 2009, págs. 31-47.

ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, "El impacto del convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar", *Aranzadi Social*, Vol. 6, núm. 7, 2013, págs. 57-91.

ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, "Límite temporal al período de prueba tras las Reformas laborales", Comunicación presentada a las XXVI Jornadas Catalanas de Derecho Social, Barcelona, 19 y 20 de febrero de 2015, http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/comunicacions/any-2015/.

RON LATAS, Ricardo Pedro, "Algunos supuestos de calificación del desistimiento empresarial durante el período de prueba como despido disciplinario**,** *Actualidad laboral*, núm. 17, 1998, págs. 331-342.

RUANO ALBERTOS, Sara, "Interrupción del período de prueba por incapacidad temporal: efectos. (Comentarios de la STS 12 dic. 2008)", *Tribuna Social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 224-225, 2009, págs. 51-57.

RUBIO GIL, Mª Ángeles, "El proceso de socialización en la empresa: inducción y ajuste persona-puesto de trabajo durante el período de prueba", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 279, 2006, págs. 143-174.

RUBIO SÁNCHEZ, F., GARCÍA SILVERO, E., GONZÁLEZ DEL RÍO, J. M., SCHEIDER SALVADORES, C., "La relación laboral especial de los deportistas profesionales", en *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*/coord. por Angel Arias Domínguez; Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), volumen 2 *El contrato de* trabajo, Aranzadi (Grandes Tratados), 2011.

SÁEZ LARA, Carmen, Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas, CES, Madrid, 1994.

SAGARDOY Y BENGOECHEA, Juan Antonio, ALONSO OLEA, MANUEL, GUERRERO OSTOLAZA, José María, *El contrato de trabajo del deportista profesional*, Civitas, Madrid, 1991.

SAGARDOY Y BENGOECHEA, Juan Antonio, Del Valle Villar, J. M. y Gil y Gil, J. L., *Prontuario de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2006 (8ª ed.).

SALA FRANCO, Tomás, *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Bilbao, Deusto, 1990.

SALA FRANCO, Tomás, *La reforma del mercado de trabajo*, CIS, Valencia, 1994.

SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, "El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional", *Revista de Derecho Social*, núm. 62, 2013, págs. 93-122.

SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, "Incumplimiento por España de los Tratados internacionales: Carta social europea y período de prueba (a propósito de la SJS Nº 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013)", *Revista de Derecho Social*, núm. 64, 2013, págs. 119-134.

SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen "De nuevo sobre el período de prueba tras la doctrina del Tribunal Constitucional: el necesario respeto a las normas internacionales" (A propósito de la SJS nº 3 de Barcelona de 5 de noviembre de 2014), *Revista de Derecho Social*, núm. 68, 2014, págs. 145-163.

SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, "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", *Lex social: Revista de los derechos sociales*, núm. 2, 2014, págs. 29-56.

SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, "La Carta Social Europea: herramienta eficaz de defensa de los derechos sociales en tiempos convulsos. Una nota", https://rm.coe,int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016801eac96.

SALIDO BANÚS, José Luis, Gelpí Jorba, José Ignacio, "Representantes de comercio laborales: régimen jurídico y su diferenciación con otras figuras afines", en *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*/coord. por Angel Arias Domínguez; Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), volumen 2 *El contrato de* trabajo, Aranzadi (Grandes Tratados), 2011.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, *La relación laboral del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares, (Coordenadas y peculiaridades de su régimen jurídico)*, Universidad de Murcia, Murcia, 1996.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, *Los permisos retribuidos del trabajador*, Aranzadi, 1999.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, "Período de prueba y extinción del contrato de trabajo", en VV.AA.: *Estudios de Jurisprudencia Social de Galicia*, (Coordinadores J. GARATE CASTRO y J. CABEZA PEREIRO), Fundación Alfredo Brañas, Santiago de Compostela, 2000.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, "Indicios de discriminación en el desistimiento de período de prueba ilegal" (Comentario a la STC 17/2007, de 12 de febrero) en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social* [Elenco y estudio de las sentencias del Tribunal Constitucional (2007)], tomo XXV, Civitas, Madrid, 2008.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, CONDE COLMENERO, Pilar, LASAOSA IRIGOYEN, Elena, "Personal Civil no funcionario al servicio de Establecimientos militares", en *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*/coord. por Angel Arias Domínguez; Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), volumen 2 *El contrato de* trabajo, Aranzadi (Grandes Tratados), 2011.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen y GONZÁLEZ FORNOS, María.: "La relación laboral del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares" (capítulo 22), en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.): *Contratos (civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias)*, tomo XV: Los contratos de trabajo (Coord.: A.V. Sempere Navarro), págs. 1131-1166, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, "Alta dirección laboral en el sector público. La nueva relación laboral especial <con peculiaridades> de alta dirección en el empleo público tras el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la Reforma del mercado de trabajo (…)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 155, 2012, (BIB. 2012/2802).

SEGUIDO GUADAMILLAS, Javier, "Trabajador socio-cooperativista que presta efectivamente servicios en otra empresa. No superación del período de prueba -despido-cesión ilegal de trabajadores ¿responsabilidad de la empresa cedente y cesionaria? *Aranzadi Social*, núm. 519, 2000 (BIB 2000/2038).

SEMPERE NAVARRO, Antonio V., "Resolución del vínculo laboral y período de prueba", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 6, 1981, págs. 243-256.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V., "Ocho preguntas sobre relaciones laborales especiales", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 746, 2008.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V., "El Tribunal Supremo perfila los pactos de no competencia post-contractual", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2009 (BIB 2009/645).

SEMPERE NAVARRO, Antonio V., "Retoques jurisprudenciales al período de prueba", BIB 2009/637, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 776, 2009, págs. 69-70.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V., "Desistir de la prueba sin que esta exista", Avance de Jurisprudencia Social Unificada, septiembre a diciembre de 2008, *Aranzadi Social*, núm. 21, 2008 (BIB 2009/3093).

SEMPERE NAVARRO, Antonio V., "Panorama de actualidad", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7, 2009 (BIB 2009/725).

SEMPERE NAVARRO, Antonio V., "Sobre la terminación empresarial del contrato durante el período de prueba", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2013, págs. 11-22.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V., "Cuatro certezas y múltiples dudas", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 890, 2014 (BIB 2014/3330).

SEMPERE NAVARRO, Antonio V., "Los contratos de trabajo", en Tomo XV de la Enciclopedia *Contratos Civiles, Mercantiles, Públicos, Laborales e Internacionales con sus Implicaciones Tributarias*, Dirigida por Mariano Yzquierdo Tolsada, Aranzadi, 2014.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V., "El TJUE y el TC examinan el contrato de apoyo a emprendedores", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 901, 2015, 2015, pág. 2.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V., CARDENAL CARRO, Miguel, *Los contratos temporales ordinarios en el ordenamiento laboral*, La Ley, 1996.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y otros, "Comentario al artículo 208 de la Ley General de la Seguridad Social. Situación de desempleo (II)", *Códigos con Jurisprudencia, Ley General de la Seguridad Social*, Aranzadi 2008 (BIB 2008/241).

SEMPERE NAVARRO, Antonio V.-CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, "Claroscuros en el nuevo régimen jurídico de la Sucesión de empresa", *Aranzadi Social*, núm. 10, 2011, (BIB 2011/1007).

SEVERIN CONCHA; Juan Pablo, "Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 173/2013, de 10 de octubre de 2013 [BOE nº 267, de 7-XI-2013]: nulidad de decisión extintiva en período de prueba de contrato de trabajadora embarazada", *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 2, núm. 1, 2014, págs. 368-370.

TALÉNS VISCONTI, Eduardo Enrique, "Extinción del contrato de una trabajadora embarazada durante el periodo de prueba. Comentario a la STC (Pleno) 173/2013 de 10 de octubre (RTC 2013, 173)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014, págs. 480-489.

TOBÍA GARCÍA, David-Isaac, "Acción de reclamación de cantidad por pretendida cesión ilegal de trabajadores, falta de acción e inexistencia de cesión", *Anuario Laboral para abogados*, 2007, La Ley, págs. 381 ss.

TODOLÍ SIGNES, Adrián, "Glosa judicial. Límites a la duración del periodo de prueba: (comentario a la STS de 20 de julio de 2011. Rec. Ud. 152/2010)", *Actualidad laboral* núm. 4, 2012, pág. 2.

TOROLLO GONZÁLEZ, Francisco, "Extinción del contrato en periodo de prueba", Estudios sobre el despido: Homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Volumen 19, 1996, págs. 325-352.

TRUJILLO PONS, Francisco, "A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 10 de noviembre: recurso 61/2009, sobre la no nulidad del despido de una embarazada durante el periodo de prueba porque la empresa conocía su estado cuando la contrató", *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 239, 2010, págs. 84-89.

TUSET DEL PINO, Pedro, "Marco regulador y funciones de los equipos multiprofesionales en la relación laboral de carácter especial de los trabajadores minusválidos en centros especiales de empleo: (comentario a la sentencia en unificación de doctrina del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 2001)", *Información laboral*, núm. 14 (2002), págs. 29-39.

VAL TENA, Ángel *Luis de, "Pacto de prueba y contrato de trabajo",* Civitas (Estudios de Derecho Laboral), Madrid, 1998.

VAL TENA, Ángel Luis de, "La duración del período de prueba: límites. Comentario a la STSJ de Madrid, de 28 de noviembre de 2003 (AS 2004, 2287)", *Aranzadi Social,* núm. 3, 2004, págs. 2806-2809.

VAL TENA, Ángel Luis del, "Sobre la duración (abusiva) del período de prueba: contratación temporal y contratación indefinida", *Aranzadi Social,* núm. 5, 2008, págs. 25-31.

VAL TENA, Á. del, ALCÁZAR ORTIZ, S. ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C., "La relación laboral especial del personal de alta dirección", en *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*/coord. por Angel Arias Domínguez; Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), volumen 2 *El contrato de* trabajo, Aranzadi (Grandes Tratados), 2011.

VAL TENA, Ángel Luis del, "Sobre la duración (abusiva) del período de prueba: contratación temporal y contratación indefinida", *Aranzadi Social,* núm. 5, 2008, págs. 25-31, BIB 2008/986.

VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa, "Política de empleo y periodo de prueba de un año: crítica desde la doble perspectiva constitucional e internacional", *Temas Laborales,* núm. 129, 2015, págs. 79-106.

VICENTE PACHÉS, Fernando de, "El contrato de trabajo en prácticas tras la Ley 35/ 2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo", *Aranzadi Social*, núm. 20, 2011, págs. 89-124.

VICENTE PALACIO, Arántzazu, "La contratación temporal", en AA.VV, *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Comares, Granada, 2011.

VICENTE PALACIO, Arántzazu, RUANO ALBERTOS, Sara, "El trabajador: concepto y capacidad", en AA.VV (Dir. A.V. Sempere Navarro; Coord: P. Charro Baena), *Régimen general del contrato de trabajo*, Aranzadi (Cizur Menor) 2010.

VICENTE PALACIO, Arántzazu "Evolución y tendencias en el contenido de la negociación colectiva: mínimo y posible, normativo y obligacional", en *Perspectivas de Evolución de la Negociación Colectiva en el Marco Comparado Europeo*, Cinca, Madrid, 2015.

ANEXOS

1. RELACIÓN DE SENTENCIAS EXAMINADAS

A. CUESTIONES GENERALES

a. DELIMITACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA

SENTENCIAS Y AUTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 22 julio 1981 (RTC 1981/229)
- STC 27 enero 1994 (RTC 1994/20)
- STC 5 junio 2003 (RTC 2003/109)
- ATC 12 febrero 2014 (RTC 2014/43)
- STC 22 enero 2015 (RTC 2015/8)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS 3 diciembre 1987 (RJ 1987/8821)
- STSJ 27 julio 2001 (AS 2001/1918)
- STSJ Madrid 20 marzo 2009 (JUR 2009/260696)

SENTENCIAS Y AUTOS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Aragón 18 noviembre 1992 (AS 1992/5792)

b. REGULACIÓN

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJCE (Gran Sala) 15 enero 2014 (TJCE 2014/6)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS 25 mayo 2012(RJ 2012/7032)

SENTENCIAS Y AUTOS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Comunidad Valenciana, Sala Cont. Adm. 8 marzo 2011 (JUR 2011/191434)

c. DERECHOS Y OBLIGACIONES DURANTE LA PRUEBA

SENTENCIAS Y AUTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- ATC 28 septiembre 1999 (RTC 1999/229)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS 27 octubre 2000 (RJ 2000/9677)

SENTENCIAS Y AUTOS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Madrid 4 noviembre 1999 (AS 1999/7365)
- STJ Andalucía / Málaga 22 marzo 2002 (AS 2002/2643)
- STSJ Islas Canarias / Las Palmas 23 diciembre 2003 (JUR 2004/7887)
- STSJ Murcia 10 junio 2003 (JUR 2003/178176)
- STSJ Murcia 6 julio 2004 (JUR 2004/211261)
- STSJ Aragón 21 julio 2004 (JUR 2004/256155)
- STSJ Castilla La Mancha 485/2004 (JUR 2004/135313)
- STSJ Castilla León / Burgos 13 diciembre 2005 (AS 2006/59)
- STSJ Andalucía / Málaga 12 abril 2007 (AS 2007/3318)
- STSJ Islas Baleares 23 mayo 2008 (JUR 2008/310170)
- STSJ Islas Baleares 25 octubre 2012 (JUR 2013/2696)
- STSJ Cataluña 18 marzo 2015 (JUR 2015/113790)
- STSJ Madrid 20 marzo 2015 (JUR 2015/119638)
- STSJ Castilla León / Valladolid 3 junio 2015 (JUR 2015/155730)

d. EFECTOS DE LA SUPERACIÓN

SENTENCIAS Y AUTOS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Comunidad Valenciana 9 julio 1992 (AS 1992/3946)
- STSJ Castilla La Mancha 19 octubre 2004 (AS 2004/2973)
- STSJ Cataluña 10 junio 2005 (AS 2005/1601)
- STSJ La Rioja 14 julio 2006 (AS 2006/2480
- STSJ 16 julio 2010 (JUR 2010/303093)
- STSJ Madrid 19 septiembre 2012 (AS 2012/2939
- STSJ Andalucía / Granada 18 abril 2013 (JUR 2013/234517)
- STSJ Castila La Mancha 28 octubre 2014 (JUR 2015/23962)
- STSJ Andalucía / Granada 27 noviembre 2014 (JUR 2015/49373)
- SJSJ 7 Murcia 12 febrero 2015 (JUR 2015/168412)

e. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC (Pleno) 22 enero 2015 (RTC /2015)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS 5 octubre 2011 (RJ 2011/9590)

SENTENCIAS Y AUTOS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STS Asturias 21 octubre 1994 (AS 1994/3718)
- STSJ Canarias 16 enero 1996 (AS 1996/146)
- STSJ Andalucía / Granada 9 julio 2014 (JUR 2014/277327)
- STSJ Asturias 13 marzo 2015 (JUR 2015/90424)

B. DURACIÓN

a. REGLAS GENERALES

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS 3 mayo 1983 (RJ 1983/2332)
- STS 17 enero 1985 (RJ 1986/67)
- STS 20 diciembre 1985 (RJ 1985/6159)
- STS 19 octubre 1987 (RJ 1987/7071)
- STS 18 febrero 1988(RJ 1988/5486)
- STS 12 julio 1988 (y RJ 1988/5805)
- STS 19 junio 1990 (RJ 1990/5486)
- STS 14 febrero 1991 (RJ 1991/837)
- STS 15 noviembre 1991 (AS 1991/6437)
- STS 5 octubre 2001 (RJ 2001/9590)
- STS 29 diciembre 2004 (RJ 2005/2309)
- STS 18 enero 2005 (RJ 2005/2425)
- STS 25 noviembre 2005 (RJ 2006/5925)
- STS 12 noviembre 2007 (RJ. 2008/701)
- STS 4 marzo 2008 (RJ 2008/3482)
- STS 4 marzo 2008 (RJ 2008/701)
- STS 23 octubre 2008 (RJ 2008/6970)
- STS 12 diciembre 2008 (RJ 2009/257)
- STS 20 julio 2011 (RJ 2011/6680)
- STS 3 diciembre 2013 (RJ 2014/1191)

- STS de 20 enero de 2014 (RJ 2014/981)
- STS 23 enero 2014 (RJ 2014/1279)

SENTENCIAS Y AUTOS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Navarra 10 enero 1991 (AS 1991/225)
- STSJ Cataluña 17 enero 1992 (AS 1992/296)
- STSJ Cataluña 7 junio 1993 (AS 1993/2963)
- STSJ Baleares 20 diciembre 1993 (AS 1993/5353)
- STSJ Canarias Tenerife 30 diciembre 1993 (AS 1993/5236)
- STSJ Comunidad Valenciana 11 junio 1996 (AS 19976/2409)
- STSJ País Vasco 8 octubre 1996 (AS 1996/3710)
- STSJ Islas Canarias / Las Palmas 1 octubre 1997 (AS 1997/5027)
- STSJ Islas Canarias / Las Palmas 31 octubre 1997 (AS 1997/5027)
- STSJ Madrid 29 junio 1998 (AS 1998/5554)
- STSJ Galicia 25 septiembre 1998 (AS 1998/6328)
- STSJ Castilla León / Burgos 11 enero 1999 (AS 1999/5578)
- STSJ Castilla León / Burgos 11 enero 1999 (AS 1999/5578)
- STSJ Valencia 18 mayo 2000 (AS 2000/1949)
- SSTSJ Comunidad Valenciana 18 enero 2001 (JUR 2001/165029)
- STSJ Madrid 30 noviembre 2001 (JUR 2002/43877)
- STSJ Madrid 5 diciembre 2001 (JUR 2002\56629)
- STSJ Asturias 12 julio 2002 (AS 2002/2291)
- STSJ Comunidad Valenciana 14 febrero 2003 (AS 2003/2915)
- STSJ Cataluña 15 julio 2003 (JUR 2003\213356)
- STSJ Madrid 28 noviembre 2003 (RJ 2004/2287)
- STSJ Valencia 11 marzo 2004 (AS 2004/1709)
- STSJ País Vasco 5 abril 2004 (AS 2005/810)
- STSJ Castilla León/Valladolid 21 febrero 2005 (AS 2005/132)
- STSJ Andalucía/Granada 14 septiembre 2005 (JUR 2007/190269)
- STSJ Canarias 23 diciembre 2005 (AS 2006/586)
- STSJ Canarias 16 marzo 2006 (AS 2006/2427)

- STSJ Castilla La Mancha 30 noviembre 2006 (AS 2006/3944)
- STSJ Castilla La Mancha 1 diciembre 2006 (AS 2007/47)
- STSJ Extremadura 27 diciembre 2006 (AS 2006/419)
- STSJ Madrid 7 febrero 2007 (AS 2007/2322)
- STS 12 noviembre 2007 (RJ 2008/3482)
- STSJ Madrid 26 diciembre 2007 (AS 2008/612)
- STSJ Madrid 9 junio 2008 (AS 2008/2000)
- STSJ Extremadura 18 septiembre 2008 (AS 2008/2509)
- STSJ La Rioja 23 octubre 2008 (RJ 2008/6970)
- STSJ Madrid 28 diciembre 2008 (AS 2008/1081)
- STSJ Cataluña 2 abril 2009 (AS 2009/2071)
- STSJ Comunidad Valenciana 8 julio 2009 (AS 2009/2327)
- STSJ Cataluña 18 septiembre 2009(JUR 2009/41517)
- STSJ Asturias 13 noviembre 2009 (AS 2009/2637)
- STSJ Madrid 30 noviembre 2009 (AS 2010/461)
- STSJ Comunidad Valenciana 8 junio 2011 (AS 2011/2304)
- STSJ Madrid 9 diciembre 2011 (AS 201173139)
- STSJ Castilla y León/Valladolid 14 diciembre 2011 (AS 2011/3090)
- STSJ Madrid 7 mayo 2012 (JUR 2012/322009)
- STSJ Madrid 18 de julio 2012 (JUR 2012/286265)
- STSJ Cataluña 11 octubre 2012 (AS 2012/3003)
- STSJ Comunidad Valenciana 23 octubre 2012 (RJ 1923/2012)
- STSJ Aragón 29 octubre 2012 (AS 2013/493)
- STSJ Madrid 8 noviembre 2012 (JUR 2013/17075)
- STSJ Andalucía/Sevilla 7 marzo 2013 (AS 2013/1675)
- STSJ Murcia 22 abril 2013 (JUR 2013/198384)
- STSJ Castilla León/Burgos 22 mayo 2013 (AS 2013/2708)
- STSJ Castilla León/Burgos 23 julio 2013 (AS 2013/1541)
- STSJ Aragón 26 septiembre 2013 (JUR 2013/114078)
- STSJ Murcia 11 noviembre 2013 (JUR 2013/360671)
- STSJ Cataluña 2 abril 2014 (AS 2014/154395)

- STSJ Extremadura 10 junio 2014 (AS 2014/1785)
- STSJ Cantabria 30 octubre 2014 (JUR 2015/14147)

b. SUPUESTOS PARTICULARES

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS 14 julio 1986 (RJ 1986/4125)
- STS 6 julio 1990 (RJ 1990/6068)
- STS 2 abril 2007 (RJ 2007/ 3193)
- STS 3 octubre 2008 (RJ 2009/116)
- STS 12 diciembre 2008 (RJ 2009/257)
- STS 12 julio 2012 (RJ 2012/9598)

SENTENCIAS Y AUTOS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Castilla León / Valladolid 23 marzo 1992 (AS 1992/1453)
- STSJ Cataluña 17 julio 1997 (AS 1997/3139)
- STSJ Andalucía / Granada 9 julio 2008 (AS 2008/3163)
- STSJ País Vasco 25 noviembre 2008 (JUR 2011/291392)
- STSJ Extremadura 1 julio 2011 (JUR 2011/317022)
- STSJ Cataluña 7 julio 2011 (JUR 2011/324582)
- STSJ Andalucía / Granada 12 julio 2012 (JUR 2012/330648)

c. SUPUESTOS DE PREVIO CONOCIMIENTO DE LAS CUALIDADES DEL TRABAJADOR

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS 3 mayo 1983 (RJ 1983/2332)
- STS 20 diciembre 1985 (RJ 1985/6159)
- STS 14 febrero 1991 (RJ 1991/837)
- STS 18 enero 2005 (RJ 2005/2425)
- STS 25 noviembre 2005 (RJ 2006/5925)
- STS 18 septiembre 2008 (AS 2008/2509)
- STS 23 octubre 2008 (RJ 2008/6970)
- STS 12 diciembre 2008 (RJ 2009/257)
- STS 3 diciembre 2013(RJ 2014/1191)
- STS 20 enero 2014 (RJ 2014/981)

- STS 23 enero 2014 (RJ 2014/1279)

SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL

- SAN 13 febrero 2007 (JUR 2007/250205)

SENTENCIAS Y AUTOS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Navarra 10 enero 1991 (AS 1991/225)
- STS Cataluña 15 noviembre 1991 (AS 1991/6437)
- STSJ Cataluña 7 junio 1993 (AS 1993/2963)
- STSJ Baleares 20 diciembre 1993 (AS 1993/5353)
- STSJ Canarias Tenerife 30 diciembre 1993 (AS 1993/5236)
- STSJ Comunidad Valenciana 11 junio 1996 (AS 19976/2409)
- STSJ País Vasco 8 octubre 1996 (AS 1996/3710)
- STSJ Valencia 18 mayo 2000 (AS 2000/1949)
- STSJ Asturias 12 julio 2002 (AS 2002/2291
- STSJ País Vasco 5 abril 2004 (AS 2005/810)
- STSJ Castilla León / Valladolid 21 febrero 2005 (AS 2005/132)
- STSJ Andalucía/Granada 14 septiembre 2005 (JUR 2007/190269)
- STSJ Islas Canarias 16 marzo 2006 (AS 2006/2427)
- STSJ Castilla La Mancha 30 noviembre 2006 (AS 2006/3944)
- STSJ Castilla La Mancha 1 diciembre 2006 (AS 2007/47)
- STSJ Madrid 7 febrero 2007 (AS 2007/2322)
- STSJ La Rioja 23 octubre 2008 (RJ 2008/6970)
- STSJ Madrid 28 diciembre 2008 (AS 2008/1081)
- STSJ Asturias 13 noviembre 2009 (AS 2009/2637)
- STSJ Comunidad Valenciana 8 junio 2011 (AS 2011/2304)
- STSJ Castilla y León / Valladolid 14 diciembre 2011 (AS 2011/3090)
- STSJ Madrid 7 mayo 2012 (JUR 2012/322009)
- STSJ Madrid 18 julio 2012 (JUR 2012/286265)
- STSJ Comunidad Valenciana 23 octubre 2012 (RJ 1923/2012)
- STSJ Castilla León / Burgos 22 mayo 2013 (AS 2013/2708)
- STSJ Castilla León / Burgos 23 julio 2013 (AS 2013/1541)

- STSJ Madrid 18 octubre 2013 (AS 2014/84)
- STSJ Murcia 11 noviembre 2013 (JUR 2013/360671)
- STSJ Extremadura 10 junio 2014 (AS 2014/1785)

d. MODALIDADES CONTRACTUALES Y SUPUESTOS ESPECIALES

d.1 Contratos temporales

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- SSTS 17 enero 1985 (RJ 1986/67)
- STS 14 abril 1986 (RJ 1986/1930)
- STS 3 diciembre 1987 (RJ 1987/8821)
- STS 12 julio 1988 (RJ 1988/5805)
- STS 4 marzo 2008(RJ 2008/3482)

SENTENCIAS Y AUTOS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Galicia 8 julio 2015 (JUR 2015/187075)

d.2 Contratos a tiempo parcial

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS 11 mayo 1998 (RJ 1998/4644)

SENTENCIAS Y AUTOS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Comunidad Valenciana 12 julio 2001 (AS 2001/2055)
- STSJ Castilla La Mancha 26 octubre 2004 (AS 2004/2925)
- STSJ Cataluña 12 noviembre 2012 (JUR 2013/19651)

d.3 Contratos formativos

SENTENCIAS Y AUTOS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Castilla La Mancha 1 marzo 1997 (AS 1997/1025)
- STSJ Castilla La Mancha 14 diciembre 2000 (AS 2000/4325)
- STSJ 20 marzo 2002 (AS 2002/255)
- STSJ País Vasco 3 octubre 2004 (JUR 2005/18131)
- STSJ Madrid 26 febrero 2008 (JUR 2008/121488)
- STSJ 16 diciembre 2008 (AS 2009/67)

d.4 Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- TJUE 5 febrero 2015 (TJCE 2015/3)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC (Pleno) 14 febrero 1991 (RTC 1991/27)
- STC (Pleno) 22 enero 2014 (RTC 2015/8)
- STC (Pleno) 16 julio 2014 (RTC 2014/119)
- STC (Pleno) 21 octubre 2014 (RTC 2014/250)

SENTENCIAS Y AUTOS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Cataluña 6 junio 2013 (AS 2013/1754)
- STSJ País Vasco 18 junio 2013 (JUR 2014/136461)
- STSJ Cantabria 18 julio 2013 (JUR 2013/366377)
- STSJ Castilla y León/Valladolid 15 enero 2014 (JUR 2014/40412)
- ATSJ País Vasco 21 enero 2014 (AS 2014/524)
- STSJ Castilla y León/Valladolid 6 febrero 2014 (JUR 2014/67107)
- STSJ Asturias 28 febrero 2014 (JUR 2014/89374)
- STSJ Navarra 14 mayo 2014 (JUR 2014/173764)
- STSJ Andalucía 15 mayo 2014 (JUR 2014/196414)
- STSJ Navarra 2 julio 2014 (JUR 2014/267214)
- STSJ Castilla y León/ Valladolid 23 julio (JUR 2014/222255)
- STSJ Islas Canarias, Las Palmas 31 julio 2014 (JUR 2014/272620)
- STSJ Murcia 10 septiembre 2014 (JUR 2015/3028)
- STSJ Castilla y León, Burgos 10 septiembre 2014 (JUR 2014/238250)
- STSJ Cataluña 25 septiembre 2014 (AS 2014/3151)
- STSJ Asturias 10 octubre 2014 (JUR 2014/272536)
- STSJ Navarra 15 octubre 2014 (JUR 2015/23584)
- STSJ Galicia 19 noviembre2014 (AS 2015/90)
- STSJ Madrid 29 enero 2015 (JUR 2015/69095)
- STSJ Asturias 27 febrero 2015 (JUR 2015/85279)

SENTENCIAS DE JUZGADOS DE LO SOCIAL

- SJS Barcelona 19 noviembre 2013 (AS 2013/2802)
- SJS Madrid 4 marzo 2014 (AS 2014/1830)
- SJS Pamplona 9 junio 2014 (JUR 2014/268323)
- SJS Pamplona 1 agosto 2014 (JUR 2014/255976)
- SJS Barcelona 5 noviembre 2014 (AS 2014/3092)
- SJS Toledo 27 noviembre 2014 (AS 2014/3168)
- SJS Asturias 28 noviembre 2014 (JUR 2015/22352)
- SJS Cataluña 2 diciembre 2014 (JUR 2015/40911)
- SJS Galicia 3 diciembre 2014 (JUR 2015/33249)
- SJS Castilla y León, Valladolid 18 diciembre 2014 (JUR 2014/31590)

d.5 Relaciones laborales especiales

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS 6 marzo 1985 (RJ 1985/1282)
- STS 15 de septiembre de 1986 (RJ 1986/4973)
- STS Contencioso-Administrativo 22 octubre 1987 (RJ 19987/6902)
- STS 29 septiembre 1988 (RJ 1988/146)
- STS 24 diciembre 2001 (RJ 2002/2078)
- STS 24 enero 2002 (RJ 2002/5302)
- STS 28 junio 2002 (RJ 2002/9083)
- STS 18 febrero de 2003 (RJ 2003/3806)
- STS Sala de lo Cont-Adm.16 diciembre 2008 (RJ 2008/5991)
- STS 6 febrero 2009 (RJ 2009/621)
- STS 14 mayo 2009 (RJ 2009/ 3001)
- STS 26 marzo 2014 (RJ 2014/1575)
- STS 22 abril 2014 (RJ 2014/ 3599)

SENTENCIAS Y AUTOS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Cataluña 24 noviembre 1997 (AS 1997/3943)
- STSJ Comunidad Valenciana 6 junio 2000 (AS 2000/4421)
- STSJ Cataluña 19 marzo 2001 (JUR 2001/153493)

- STSJ Andalucía 4 abril 2001 (AS 2001/2929)
- STSJ Madrid 22 marzo 2002 (AS 2002/1432)
- STSJ Castilla La Mancha 26 noviembre 2002 (AS 2003/1531)
- STSJ Galicia 10 febrero 2004 (AS 2004/1685)
- STSJ Castilla-La Mancha 17 marzo 2004 (AS 2004/1085)
- STSJ Castilla y León / Valladolid 10 enero 2005 (AS 2005/68)
- STSJ Islas Baleares 12 mayo 2006 (AS 2006/1777)
- SSTSJ Madrid 7 febrero 2007(AS 2007/ 2322)
- STSJ Castilla León-Burgos 22 febrero 2007 (AS 2007/1773)
- STSJ Cataluña 27 septiembre 2007 (AS 2007/1326)
- SSTSJ Madrid 28 diciembre 2007 (AS 2008/1081)
- STSJ Comunidad Valenciana 6 julio 2011 (AS 2011/2014)
- STSJ País Vasco 27 abril 2014 (AS 2014/1090)
- STSJ Cataluña 7 octubre 2014 (AS 2014/2987)
- STSJ Madrid 22 noviembre 2014 (AS 2014/981)

d.6 Empleados Públicos

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS 20 enero 1998 (RJ 1998/1000)
- STS 27 julio 2005 (RJ 2005/8344)
- STS 26 febrero 2008 (RJ 2008/3479)
- STS 28 abril 2009 (RJ 2009/262)
- STS 3 diciembre 2013 (RJ 2014/1279)
- STS 23 enero 2014 (RJ 2014/1191)

SENTENCIAS Y AUTOS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- SSTSJ Madrid 7 febrero 2007 (AS 2007/ 2322)
- STSJ Castilla La Mancha 4 octubre 2007 (AS 2007/3217)
- STSJ Madrid 28 diciembre 2007 (AS 2008/1081)
- SSTJ Galicia 14 mayo 2009 (AS 2009/1764)
- STSJ Extremadura 1 febrero 2011 (AS 2011/1713)
- STSJ Castilla León / Burgos 9 junio 2011 (JUR 2011/214018)

- STSJ 27 febrero 2012 (AS 2012/700)
- STSJ Madrid 15 junio 2012 (AS 2012/2403)
- STSJ Asturias 11 abril 2014 (JUR 2014/124449)

C. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

a. EL VECTOR TEMPORAL

b. EL VECTOR FORMAL

SENTENCIAS Y AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS 2 febrero 1983 (RJ 1983/521)
- STS 6 de abril 1984 (RJ 1984/2047)
- STS 12 de diciembre 1984 (RJ 1984/6365)
- STS 22 octubre 1985(RJ 1985/5190)
- STS 20 de diciembre 1985 (RJ 1985/6159)
- STS 14 de abril 1986 (RJ 1986/1930)
- STS 10 febrero 1987 (RJ 1987/824)
- STS 14 de julio 1987 (RJ 1987/5367)
- STS 3 de diciembre de 1987 (RJ 1987/8821)
- STS 29 diciembre 1989 (RJ 1989/9088
- STS 15 febrero 1990 (RJ 1991091)
- STS 6 julio 1990 (RJ 1990/6068)
- STS 14 febrero 1991 (RJ 1991/837)
- STS Madrid 22 octubre 2002 (JUR 2003/77895)
- STS 5 abril 2004 (RJ 2004/ 3437)
- STS 5 abril 2004 (RJ 2004/3437)
- STS 1 abril 2005 (RJ 2005/4060)
- STS 2 abril 2007 (RJ 2007/3193)
- STS 3 octubre 2008 (RJ 200/9116)
- STS 6 febrero 2009 (RJ 2009/621)
- STS 6 de febrero de 2.009 (RJ 2009/621)
- STS 14 mayo 2009 (RJ 2009/3001)
- ATS16 julio 2009 (JUR 2009/416128)
- STS 23 noviembre 2009 (RJ 2009/7761)

- STS 9 diciembre 2010 (RJ 2011/43)
- STS 12 julio 2012 (RJ 2012/9598)
- STS 20 enero 2014 (RJ 2014/981)

SENTENCIAS Y AUTOS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Castilla León / Valladolid 2 mayo 1995 (AS 1995/2035)
- STSJ Valencia 18 mayo 2000 (AS 2000/1949)
- STSJ Islas Canarias 25 octubre 2003 (AS 2003/2390)
- STSJ Comunidad Valenciana 15 febrero 2005 (JUR 2005/131843)
- STSJ País Vasco 16 mayo 2006 (AS 2007/549)
- STSJ País Vasco 26 septiembre 2006 (JUR 2007/95533)
- STSJ Andalucía / Granada 5 marzo 2008 (JUR 2008/323664)
- STSJ Islas Canarias/Las Palmas 29 octubre 2008 (AS 2009/500)
- STSJ Cataluña 19 septiembre 2009 (JUR 2010/41110)
- STSJ Islas Canarias / Las Palmas 29 octubre 2009 (AS 2009/500)
- STSJ Comunidad Valenciana 6 julio 2010 (AS 2011/2014)
- STSJ Cataluña 29 septiembre 2010 (JUR 2010/385717)
- STSJ Andalucía / Sevilla 26 octubre 2010 (JUR 2011/22644)
- STSJ Madrid 17 diciembre 2010 (JUR 2011/107085)
- STS 31 marzo 2011 (RJ 2011/3693)
- STSJ Canarias/Las Palmas 30 noviembre 2011 (JUR 2012/241711)
- STSJ Madrid 16 mayo 2012 (AS 2012/2242)
- STSJ Madrid 16 septiembre 2013 (AS 2013/3223)
- STSJ Madrid 8 noviembre 2013 (JUR 2013/17075)
- STSJ Comunidad Valenciana 24 abril 2014 (JUR 2014/201973)
- STSJ Murcia 10 septiembre 2014 (JUR 2015/3028)
- STSJ Asturias 27 noviembre 2014 (JUR 2015/22352)

c. EL VECTOR CONSTITUCIONAL

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE 8 noviembre 1990 (TJCE 1991/74)
- STJUE 4 octubre 2001 (TJCE 2001/265)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC (Pleno) 16 octubre 1984 (RTC 1984/94)
- STC (Pleno) 26 septiembre 1988 (RTC 1988/166)
- STC (Pleno) 27 de septiembre de 1988 (RTC 1988/167)
- STC 7 junio 1994 (RTC 1994/173)
- STC (Pleno) 25 de febrero (RTC 2002/41)
- STC 30 de enero 2003 (RTC 2003/17)
- STC (Pleno) 11 febrero 2006 (RTC 2006/342)
- STC (Pleno) 12 febrero 2007 (RTC 2007/17)
- STC (Pleno) 21 de julio (RTC 2008/ 92)
- STC (Pleno) 18 de mayo de 2009 (RTC 2009/124)
- STC (Pleno) 10 de octubre de 2013 (RTC 2013/173)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS 8 julio 1986 (RJ 1986/3992)
- STS 27 diciembre 1989 (RJ 1989/9090)
- STS 29 junio 1990 (RJ 1990/ 5541)
- STS 27 julio 1993 (AR 1993/5992)
- STS 19 julio 2006 (RJ 2006/ 8040)
- STS 24 julio 2007(RJ 2007/7382)
- STS 29 febrero 2008(RJ 2008/3039)
- STS 17 de octubre 2008 (RJ 2008/7167)
- STS 6 febrero 2009 (RJ 2009/621
- STS 18 abril 2011 RJ (2011/5814)

SENTENCIAS Y AUTOS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Cataluña 4 octubre 2000 (JUR 2001/7933)
- STSJ 18 junio 2001, 21 julio 2001(AS 2001/3220)
- STSJ Cantabria 29 diciembre 2001 (JUR 2002/69823)
- STSJ País Vasco 1 octubre 2003 (AS 2003/272)
- STSJ Comunidad Valenciana 29 diciembre 2003 (AS 2004/1450)
- STSJ Cataluña 26 febrero 2004 (AS 2004/1708)

- STSJ Galicia 13 abril 2004 (JUR 2004/171543)
- STSJ Madrid 4 mayo 2004 (AS 2004/2290)
- STSJ Extremadura 17 enero 2005 (PROV 2005/ 37920)
- STSJ Cataluña 13 septiembre 2005 (AS 2005/3634)
- STSJ Cataluña 18 enero 2005 (JUR 2005/55040)
- STSJ Cataluña 22 marzo 2005 (JUR 2005/125208)
- STSJ Asturias 10 junio 2005 (AS 2005/1356)
- SSTSJ País Vasco 21 junio 2005 (AS 2006/3459)
- STSJ Navarra 20 enero 2006 (AS 2006/1083)
- STSJ Cataluña 18 mayo 2006 (JUR 2006/271236)
- STSJ Madrid 18 julio 2006 (AS 2006/3409)
- STSJ Castilla León / Valladolid 21 febrero 2007 (AS 2007/2851)
- STSJ País Vasco 11 diciembre 2007 (AS 2008/1077)
- STSJ Cataluña 2 octubre 2008 (AS 2008/3117)
- STSJ Cataluña 17 de octubre de 2008 (RJ 2008/7167)
- STSJ Andalucía/Sevilla 18 diciembre 2008 (AS 2009, 815)
- STSJ Castilla-La Mancha 6 abril 2009 (AS 2009/1088)
- STSJ Castilla-León/Valladolid 29 abril 2009 (JUR 2009/256790)
- STSJ Madrid 11 junio 2010 (AS 2010/1710)
- STSJ Cataluña 13 julio 2011 (AS 2011/2456)
- STSJ Castilla León / Burgos 30 mayo 2012 (AS 2012/1858)
- STSJ Extremadura 31 mayo 2012 (AS 2012/1764)
- STSJ Galicia 28 septiembre 2012 (JUR 2012/365307)
- STSJ Madrid 22 diciembre 2012 (AS 2012/154)
- STSJ Cataluña 24 abril 2013 (AS 2013/1598)
- STSJ Madrid 8 mayo 2013 (AS 2013/2821)
- STSJ Madrid 22 noviembre 2013 (AS 2014/981)
- STJ Cataluña 31 enero 2014 (AS 2014/1589)
- STSJ Madrid 26 mayo 2014 (AS 2014/2443)
- STSJ Castilla y León / Valladolid 23 julio 2014 (JUR 2015/222255)
- STJ Cataluña 7 noviembre 2014 (JUR 2015/17651)

– STSJ Madrid 22 noviembre 2014 (AS 2014/981)

– STSJ Madrid 26 mayo 2014 (AS 2014/ 2443)

SENTENCIAS DE JUZGADOS DE LO SOCIAL

– SJS núm. 26 de Madrid 27 marzo 2014 (AS 2014/509)

– SJS núm. 26 de Madrid 27 marzo 2014 (AS 2014/1170)

d. DESISTIMIENTO DURANTE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

– STJUE 11 abril 2013 (TJCE 2013/122)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

– STC 11 mayo 1983 (RTC 1983/4174)

– STC 94/1984 (RTC 1984/94)

– STC 166/1988 (RTC 1988/166)

– STC 17/2007 (STC 2007/17)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

– STS 14 julio 1986 (RJ 1986/4125)

– STS 5 noviembre 1986 (RJ 1986/6274)

– STS 2 noviembre 1993 (RJ 1993/8346)

– STS 19 enero 1994 (RJ 1994/352)

– STS 23 mayo 1996 (RJ 1996/4612)

– STS 30 diciembre 1997 (RJ 1997/447)

– STS 29 enero 2001 (RJ 2001/2069)

– STS 23 septiembre 2002 (RJ 2006/1923)

– STS 12 de julio de 2004 (RJ 2004/7075)

– STS 3 octubre 2008 (RJ 2009/116)

– STS 12 diciembre 2008 (RJ 2009/257)

– STS 12 julio 2012 (RJ 2012/9598)

SENTENCIAS Y AUTOS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

– STSJ Comunidad Valenciana 22 abril 1994 (AS 1994/1704)

– STSJ Cataluña 19 noviembre 1997 (AS 1997/3934)

– STSJ Cataluña 3 abril 2006 (AS 2006/2823)

- STSJ Asturias 12 marzo 2010 (Prov 2010/153801)
- STSJ Cataluña 10 noviembre 2010 (AS 2010/33)

e. FENÓMENOS INTEREMPRESARIALES

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJCE 11 marzo 1997(TJCE 1997/45)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS 18 julio 1986 (RJ 1986/4238)
- STS 18 enero 2005 (RJ 2005/2425)
- STS 25 noviembre 2005 (RJ 2006/5925)
- STS 30 mayo 2006 (RJ 2006/3350)
- SSTS 4 julio 2006 (RJ 2006/6419)
- STS 17 enero 2008 (RJ 2008/240)
- STS 3 noviembre 2008 (RJ 2008/6094)
- STS 15 enero 2009 (RJ 2009/2568)
- STS 11 mayo 2009 (RJ 2009/4547)
- STS 23 octubre 2009 (RJ 2009/5734)
- STS 14 febrero 2011 (RJ 2011/2734)
- STS 27 febrero 2012 (RJ 2012/4023)
- STS 23 diciembre 2013 (RJ 2014/1251)

SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL

- SAN 19 enero 2012 (AS 2012/174)

SENTENCIAS Y AUTOS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STS Comunidad Valenciana 14 diciembre 1995 (AS 1995/4541)
- STSJ País Vasco 8 octubre 1996 (AS 1996/3710)
- STSJ Comunidad Valenciana 21 marzo 2002 (AS 2003/359)
- STSJ Madrid 21 mayo 2002 (JUR 2002/286089)
- STSJ Cataluña 20 septiembre 2004 (AS 2004/2878)
- STSJ Murcia 6 junio 2005 (JUR 2005/154896)
- STSJ Madrid 20 junio 2005 (JUR 2006/68333)
- STSJ Cataluña 6 febrero 2006 (AS 2006/1914)

- STSJ Extremadura 18 septiembre 2008 (AS 2008/2509)
- STSJ Cataluña 9 febrero 2006 (AS 2006/2043)
- STSJ Islas Baleares 22 junio 2011 (JUR 2011/325620)
- STSJ Castilla León / Valladolid 14 diciembre 2011 (AS 2011/3090)
- STSJ Aragón 29 mayo 2007(AS 2007/2983)
- STSJ Madrid 22 junio 2012 (AS 2012/25699)
- STSJ Madrid 18 julio 2012 (JUR 2012/286265)
- STSJ Castilla León / Burgos 3 octubre 2012 (JUR 2012/348108)
- STSJ Madrid 7 mayo 2012 (JUR 2012/322009)
- STSJ Castilla León / Burgos 3 octubre 2012 (JUR 2012/348108)
- STSJ Madrid 30 enero 2013 (AS 2013/1078)
- STSJ Castilla León / Burgos 22 mayo 2013 (AS 2013/1541)
- STSJ Madrid 10 febrero 2014(AS 2014/871)
- STSJ País Vasco 4 marzo 2014 (AS 2014/1590)

2. RELACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS EXAMINADOS

Convenio colectivo general del sector de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas (Resolución de 31 de julio 2014, RCL 2014\1174).

IV Convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (Resolución de 8 de octubre 2013, RCL 013\1532).

Convenio colectivo sectorial estatal para el sector de industrias de agua de bebida envasadas (Resolución de 26 de abril de 2013, RCL 2013/707).

Convenio colectivo para la industria de fabricación de alimentos compuestos para animales (Resolución de 6 de agosto 2014, RCL 2014\1177).

I Convenio Colectivo de "Aniser Facility, SLU" (Resolución de 20 de mayo 2013, LEG 2013\3391).

Convenio Colectivo estatal para las industrias de elaboración del arroz (Resolución 20 enero 2015, RCL 2015/144).

Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (Resolución de 1 de agosto de 2013, RCL 2013/1290).

XI Convenio estatal de centros de asistencia y educación infantil (Resolución de 9 de marzo de 2010, RCL 2010/818).

Convenio colectivo para la industria azucarera para el período 2013-2014 (Resolución de 1 de octubre 2013, RCL 2013\1511).

Convenio colectivo estatal para las industrias de elaboración del arroz (Resolución de 20-01-2015, RCL 2015/144).

Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (Resolución de 1 de agosto de 2013, RCL 2013/1290).

II Convenio colectivo de la industria de la producción audiovisual-Técnicos (Resolución 14 julio 2009, RCL 2009/1533), modificada y actualizada para el 2015 por Resolución 20 enero 2015 (RCL 2015/116).

II Convenio colectivo Estatal Regulador de las Relaciones Laborales entre los Productores de Obras Audiovisuales y los Actores que prestan sus servicios para las mismas, para el período 2005 a 2008, por Resolución 29 marzo 2005 (RCL 2005/757).

XXII Convenio colectivo nacional de autoescuelas (Resolución de 24 de septiembre 2013, RCL 2013\1477).

Convenio estatal del sector del autotaxi (Resolución de 7 de marzo 2014, RCL 2014\421).

Convenio colectivo de mataderos de aves y conejos (Resolución de 18 de marzo 2014, RCL 2014\471).

Convenio colectivo para la industria azucarera para el período 2013-2014 (Resolución de 1 de octubre 2013, RCL 2013\1511).

Convenio colectivo para el Baloncesto profesional (Resolución 18 enero 1994, RCL 2014/1372).

Convenio colectivo de buceo profesional y medios hiperbáricos (Resolución de 25 de enero 2012, RCL 2012\156).

Convenio colectivo de la industria del calzado (Resolución de 25 de febrero 2013, RCL 2013\403).

VI Convenio colectivo del sector de derivados del cemento (Resolución de 18 de marzo 2014, RCL 2014\472).

Convenio colectivo para la actividad de Ciclismo profesional (Resolución 17 marzo 2010, RCL 2010/970).

Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (Resolución de 10 de septiembre 2013, RCL 2013/1397).

VII Convenio colectivo nacional de colegios mayores universitarios (Resolución de 20 de septiembre 2012, RCL 2012\1361).

V Convenio colectivo del sector de la construcción (Resolución de 28 de febrero 2012, RCL 2012\342).

Convenio colectivo estatal del corcho (Resolución de 20 de septiembre de 2012, RCL 2012/1285).

IV Acuerdo estatal sobre materias concretas y cobertura de vacíos del sector del cemento (Resolución de 25 de febrero 2014, RCL 2014\336).

Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (Resolución de 10 de septiembre 2013, RCL 2013\1397).

Convenio colectivo estatal para la fabricación de conservas vegetales (Resolución de 11 de diciembre 2014, RCL 2014\1728).

Convenio colectivo para las sociedades cooperativas de crédito (Resolución de 17 de julio 2012, RCL 2012\1107).

Convenio colectivo del sector de curtidos, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías (Resolución de 13 de mayo 2014, RCL 2014\741).

VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (Resolución de 25 de abril de 2012, RCL 2012/690).

Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios (Resolución de 19 de septiembre 2014, RCL 2014\1301).

Convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización (Resolución de 14 de junio 2013, RCL 2013\987).

Convenio Colectivo de ámbito estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales (Resolución de 16 de octubre 2013, RCL 2013\1585).

XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (Resolución de 20 de septiembre 2012, RCL 2012\1379).

Convenio Colectivo del sector de profesionales del Doblaje, Rama Artística (Resolución 17 enero 1994, RCL 1994/350).

Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (Resolución de 19 de septiembre 2014, RCL 2014\1300).

Convenio colectivo de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación (Resolución de 4 de julio 2012, RCL 2012\1026).

Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (Resolución de 10 de septiembre 2013, RCL 2013\1397).

V Convenio Colectivo estatal de empresas de trabajo temporal (Resolución 23 enero 2008, RCL 2008/334).

IX Convenio colectivo estatal de entrega domiciliaria (Resolución de 14 de junio 2013, RCL 2013\988).

Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (Resolución de 30 de julio 2013, RCL 2013\1278).

Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio 2010-2015 (Resolución de 18 de septiembre 2013, RCL 2013\1449).

IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (Resolución de 17 de enero 2014, RCL 2014\138).

Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales.

Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (Resolución de 23 de julio 2012, RCL 2012\1158).

Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales para los años 2014, 2015 y 2016 (Resolución de 21 de mayo 2014, RCL 2014\78).

XXI Convenio colectivo estatal de contratas ferroviarias (Resolución de 7 de febrero 2014, RCL 2014\288).

I Convenio colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile y discotecas, Resolución 26 abril 2012 RCL 2012/692), actualizado para el 2015 por Resolución 13 febrero 2015 RCL 2015/261).

Convenio colectivo marco para los establecimientos financieros de crédito (Resolución de 1 de octubre 2013, RCL 2013\1489).

Convenio colectivo estatal para la industria fotográfica (Resolución de 4 de diciembre 2013, RCL 2013\1806).

Convenio colectivo para la actividad de Fútbol profesional (Resolución de 25 de septiembre 2014, RCL 2014\1338).

Convenio colectivo estatal de grandes almacenes (Resolución de 8 de abril 2013, RCL 2013\608).

Convenio Colectivo para la industria de granjas avícolas y otros animales (Resolución de 26 de noviembre 2012, RCL 2012\1732).

V Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (Resolución de 28 de abril 2014, RCL 2014\672).

Convenio colectivo estatal de jardinería (Resolución de 4 de julio 2013, RCL 2013\1134).

Convenio colectivo estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo (Resolución de 25 de febrero 2013, RCL 2013\409).

Convenio colectivo del sector de la madera (Resolución de 2 de noviembre 2012, RCL 2012\1606).

Convenio colectivo de trabajo de ámbito estatal del sector de la mediación en seguros privados (Resolución de 23 de enero 2012, RCL 2012\110).

Convenio colectivo estatal de empresas de mensajería (Resolución de 21 de noviembre 2006, RCL. 2006/2209).

Acuerdo estatal del sector del metal (Resolución de 22 de abril 2013, RCL 2013\699).

Convenio colectivo estatal de naturopatía y profesionales naturópatas (Resolución de 12 de agosto 2013, RCL 2013\1301).

Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal (Resolución de 20 de agosto 2013, RCL 2013\1326).

Convenio colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias (Resolución de 18 de junio 2012, RCL 2012\942).

Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón (Resolución de 1 de agosto 2013, RCL 2013\1296).

Convenio Colectivo de Peluquerías, Institutos de Belleza y Gimnasios (Resolución 17 maro 2015, RCL. 2015/451).

Convenio colectivo estatal de perfumería y afines (Resolución de 22 de enero 2013, RCL 2013\190).

Convenio colectivo para el Personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional para el periodo 2013-2018 (Resolución de 9 de diciembre 2013, RCL 2013\1832).

Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (Resolución de 13 de noviembre 2012, RCL 2012\1607).

IV Convenio colectivo general de la industria salinera (Resolución de 2 de diciembre 2014, RCL 2014\1656).

Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad (Resolución de 23 de diciembre 2014, RCL 2015\41).

Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición (Resolución de 13 de mayo 2014, RCL 2014\750).

Convenio Nacional Taurino (Resolución 23 diciembre 2014, RCL 2015/51).

Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (Resolución de 23 de abril 2014, RCL 2014\649).

Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (Resolución de 6 de mayo de 2014, RCL 2014/728).

Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (Resolución de 4 de diciembre 2013, RCL 2013\1831).

V Convenio colectivo de cadenas de tiendas de conveniencia (Resolución de 29 de octubre 2013, RCL 2013\1639).

Convenio colectivo que regula las relaciones laborales de las empresas proveedores civiles privados de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetos a régimen concesional (Resolución de 10 de septiembre 2012, RCL 2012\1338).

Convenio colectivo de ámbito estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales (Resolución de 16 de octubre 2013, RCL 2013\1585).

Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón (Resolución de 1 de agosto 2013, RCL 2013\1296).

Convenio colectivo para el Personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional para el periodo 2013-2018 (Resolución de 9 de diciembre 2013, RCL 2013\1832).

Convenio colectivo estatal de perfumería y afines (Resolución de 20 de septiembre 2012, RCL 2012\1375).

Convenio colectivo estatal de perfumería y afines (Resolución de 22 de enero 2013, RCL 2013\190).

Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (Resolución 3 de noviembre 2009, RCL 2009/2173).

IV Convenio colectivo estatal de prensa diaria (Resolución de 18 de septiembre 2013, RCL 2013\1451).

XVII Convenio colectivo general de la industria química (Resolución de 26 de marzo 2013, RCL 2013\533).

Convenio colectivo de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias (Resolución de 9 de octubre 2013, RCL 2013\1554).

IV Convenio colectivo general de la industria salinera (Resolución de 2 de diciembre 2014, RCL 2014\1656).

Convenio colectivo del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado (Resolución de 17 de julio 2013, RCL 2013\1181).

Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad (Resolución de 11 de abril 2013, RCL 2013\627).

Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo (Resolución de 4 de julio 2013, RCL 2013\1110).

Convenio colectivo de SERVIMAX SERVICIOS AUXILIARES, S.A. (Código de Convenio 0011802011998).

Convenio Colectivo estatal de fabricantes de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (antes de la derogación de la versión el año 2006 por Resolución de 23 de abril 2014, RCL. 2014/649).

Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (Resolución 6 de mayo de 2014, RCL 2014/728).

II Convenio colectivo para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros y su mantenimiento y reparación (Resolución de 18 de julio 2012, RCL 2012\1116).

Convenio colectivo de ámbito nacional para las industrias de turrones y mazapanes (Resolución de 18 de marzo 2014, RCL 2014\490).

Convenio colectivo de la mercantil "Vigilancia Integrada, SA" (Resolución de 10 de febrero 2015, LEG 2015/1087).

Convenio colectivo estatal de empresas de vigilancia y seguridad privada (Resolución 23 diciembre 2014, RCL 2015/41).

V Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (Resolución de 5 de marzo 2013, RCL 2013\447).