

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
Y RELACIONES LABORALES ANTE EL ACTUAL
ESCENARIO SOCIAL Y ECONÓMICO

XXXI JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

LEY 3/2012, DESISTIMIENTO Y DERECHO AL TRABAJO

Ignasi Beltran De Heredia Ruiz

Profesor Agregado

Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

SUMARIO

1. PRESENTACIÓN: SISTEMA DE EXTINCIÓN CAUSAL Y EXCEPCIONALIDAD DEL DESISTIMIENTO DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA
2. LA EXTINCIÓN CAUSAL COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO EX ART. 35 CE
3. PARÁMETROS DELIMITADORES DEL DESISTIMIENTO DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA
4. PERÍODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO POR TIEMPO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES: ARGUMENTOS PARA SU INCONSTITUCIONALIDAD
5. VALORACIÓN FINAL: EL PERÍODO DE PRUEBA DEL CONTRATO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES ES INCONSTITUCIONAL
6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. PRESENTACIÓN: SISTEMA DE EXTINCIÓN CAUSAL Y EXCEPCIONALIDAD DEL DESISTIMIENTO DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA

La resolución es una forma de ineficacia del contrato, en la que se constata una desigualdad o una grave desproporción en las prestaciones de ambas partes. Frente a otros supuestos de ineficacia contractual (como la revocación o la rescisión) la resolución adquiere especial relevancia en la configuración de la estabilidad en el empleo, especialmente, porque en la ineficacia del contrato no ha intervenido la voluntad conjunta de las partes –inicial o sobrevenida– (lo que lo distingue de la revocación¹) y porque se refiere a circunstancias que no estaban presentes en el momento de conclusión del contrato (que lo diferencia de la rescisión), convirtiéndola en el supuesto de ineficacia más importante y numeroso². En definitiva, es la fuente de inestabilidad contractual más común y, por ende, más amenazante.

La resolución, por definición, debe estar motivada y las circunstancias que pueden provocarla son: incumplimiento imputable, imposibilidad objetiva y excesiva onerosidad. La causalidad o la concurrencia de un motivo razonable es, por tanto, una consecuencia intrínseca a la resolución contractual. Sin que sea concebible la arbitrariedad (lo que encaja perfectamente con la estabilidad en el empleo y la dimensión de seguridad que la define medularmente). Circunstancia de importancia capital por cuanto que se derivan varios efectos en cascada. En primer lugar, la concurrencia o no de un motivo suficiente delimita el ejercicio de una facultad lícita o ilícita. En segundo lugar, el sistema de causalidad está estrechamente ligado a un sistema de responsabilidad. Aunque, como se sabe, desvinculado de la dicotomía lícitud o ilicitud, pues, el ordenamiento jurídico laboral ha superado los planteamientos decimonónicos que circunscribían la responsabilidad a la existencia de culpa. Y, en tercer lugar, el sistema de causalidad exige un control de legalidad (judicial) y un mecanismo para exigir el cumplimiento de las condenas (normas de ejecución procesal).

La evolución histórica del ordenamiento jurídico laboral en relación a la resolución ha experimentado dos procesos: uno expansivo, en lo que a su ámbito de aplicación respecta; y otro restrictivo, en lo referente a la conceptualización de los motivos resolutorios.

El proceso expansivo se evidencia en la tendencia constante del Derecho del Trabajo a reducir a la mínima expresión el ámbito de aplicación de un supuesto de ineficacia contractual como es el desistimiento empresarial. El motivo de esta “persecución” se explica porque se trata de una institución que casa mal con el principio de estabilidad en el empleo (entendido estrictamente en términos de *favor negotii* – con independencia de la duración temporal o indefinida del contrato).

¹ SUÁREZ GONZÁLEZ (1967, p. 7) se refiere a la *disolución por mutuo acuerdo* como un supuesto de ineficacia sobrevenida junto con la resolución (que se diferencia de la primera por no derivar de la voluntad concorde de las partes).

² *Vid.* al respecto, ALONSO GARCÍA (1956).

Especialmente, porque, al gravitar alrededor de la arbitrariedad, supone una “agresión” frontal a la estabilidad (en su dimensión “seguridad”). De hecho, la política legislativa ha sido bastante eficiente al respecto, pues, el desistimiento del empresario sólo se admite durante el período de prueba. Como se sabe, desde 1931, la lógica resolutoria (y, por ende, la causalidad en la extinción) se exporta a todos los contratos con independencia de su duración. Sin embargo, a pesar de este intenso acotamiento, el desistimiento durante el período de prueba sigue evidenciando una difícil convivencia con la estabilidad en el empleo³, lo que lleva al Legislador a plantearlo en términos restrictivos, aunque sin incidir en su mecánica operativa nuclear. Lo que ha motivado que gran parte de la doctrina venga exigiendo, con razón, la vinculación del desistimiento con la aptitud, comportamiento y rendimiento mostrado del trabajador (planteamiento fortalecido en gran parte por el Tribunal Constitucional al no admitirlo cuando se efectúe violando derechos fundamentales). De todos modos, conviene tener en cuenta que, aunque pueda resultar paradójico, existe una estrecha relación de causa-efecto entre el desistimiento durante el período de prueba y el principio de extinción causal de los contratos. Como ha indicado la doctrina, en un contexto normativo regido por el principio de causalidad como derivación de la estabilidad en el empleo, el período de prueba y el derecho a desistir es una consecuencia lógica derivada de la necesidad de experimentación⁴.

Por otro lado, la legislación laboral, en aras al *favor negotii*, en paralelo al acotamiento del desistimiento también ha tendido hacia una concepción restrictiva de los motivos resolutorios. Proceso cuyas primeras manifestaciones se dan en el incumplimiento imputable; y que, posteriormente, se ha exportado de un modo progresivo hacia la imposibilidad objetiva, especialmente, cuando afecta al trabajador. Lo que en estos casos se ha traducido en una intensificación de la excepcionalidad temporal del juego resolutorio. En cuanto a la resolución por excesiva onerosidad se ha desarrollado un proceso particular, pues, partiendo de una concepción restrictiva inicial, se ha producido una ampliación de su delimitación conceptual. Lo que ha redundado en una circunscripción del ámbito de aplicación de la resolución imputable – más gravosa (conductas empresariales que eran susceptibles de ser calificadas como resoluciones improcedentes, ahora son procedentes por “causas de empresa”). Operación que se justifica en la medida que, al reducir la carga económica que debe soportar la empresa en estas situaciones, está favoreciendo la continuidad de la actividad empresarial y, con ella, la de los contratos de trabajo a ella vinculados. Lo que, en definitiva, se enmarca en la tendencia a restringir los supuestos de incumplimiento imputable.

³ MARTÍN VALVERDE (1976), p. 19 y 20.

⁴ El carácter incierto del pronóstico sobre la aptitud del trabajador justifica una fase experimental de la relación de trabajo. MARTÍN VALVERDE (1976), p. 140. No obstante, para un sector de la doctrina, “el período de prueba responde a una necesidad hasta cierto punto artificial en la relación de trabajo, la posibilidad de comprobar *in situ* la adecuación del trabajador al puesto de trabajo y a la organización productiva sin necesidad de afrontar los costes de un proceso de despido; necesidad que es artificial porque surge como consecuencia de una decisión previa del legislador, la de limitar el poder de despido del empleador”. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2000), p. 466.

La previsión de un período de prueba de un año para los contratos de apoyo a los emprendedores (art. 4.3 Ley 3/2012), no sólo supone una ruptura con los procesos descritos que históricamente ha experimentado el Derecho del Trabajo, sino que, además –y, muy particularmente–, tensiona los contornos conceptuales de esta institución hasta tal extremo que pone seriamente en jaque su compatibilidad constitucional. Circunstancia que centra el objeto de este breve ensayo.

2. LA EXTINCIÓN CAUSAL COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO EX ART. 35 CE

El principio de extinción causal del contrato no está explícitamente recogido en el texto constitucional. No obstante, el Tribunal Constitucional ha entendido que se trata de una manifestación del art. 35 CE.

En efecto, según la STC 22/1981, el derecho al trabajo presenta un doble aspecto: colectivo e individual. En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo. En su dimensión individual, este derecho se concreta “en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación”, por un lado, y en el “derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa”, por otro⁵. Por otra parte, la STC 103/1990 sostiene que “en el Derecho del Trabajo, la regla general es que el cese unilateral de la relación laboral tenga su origen en una causa justa o motivo justificado”⁶. Posteriormente, la STC 20/1994 afirma 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, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 CE), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máxime si ello acontece a título individual y no colectivo”. Finalmente, la STC 192/2003 completa

⁵ Criterio que se reitera en la STC 192/2003. La doctrina laboral ha destacado que el contenido de la dimensión individual del derecho al trabajo se concreta en tres aspectos: la obligación de los empresarios de contratar a determinados trabajadores; el derecho a desarrollar la prestación de trabajo una vez que el trabajador ha sido contratado; y el derecho a no ver extinguido su contrato de trabajo sin justa causa. GORELLI HERNÁNDEZ (1995), p. 36 y 37. *Id.* también, MONTOYA MELGAR (1980), p. 288. De todos modos, conviene tener presente que esta dición de la Sentencia no es más que un pronunciamiento ‘obiter dicta’. GORELLI HERNÁNDEZ (1995), nota 17, p. 37.

⁶ Y añade: “que puede tener relación con la conducta individual del trabajador (art. 54 del Estatuto de los Trabajadores) con razones especiales como la fuerza mayor o las causas tecnológicas o económicas (art. 51 del Estatuto de los Trabajadores) o con causas objetivas relacionadas con la persona del trabajador y su puesto de trabajo (art. 52 del Estatuto de los Trabajadores). En todos estos supuestos, el empleador puede extinguir la relación laboral, pero en todos ellos, a no ser que el despido disciplinario sea procedente, el Estatuto prevé una indemnización, es más, la normativa laboral común no admite la libre resolución del contrato por parte del empresario, a no ser que existan razones que lo justifiquen. Puede, por lo tanto extraerse del ordenamiento laboral común una regla general de la que se deriva que el trabajador cuyo contrato se extingue por libre decisión del empresario tiene derecho a una indemnización”.

estos planteamientos al afirmar que “tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma”. En definitiva, como afirma BAYLOS GRAU, “un despido sin causa es un despido no sólo contrario a lo que establece la norma legal, sino un acto que no se adecua a ‘los valores y principios constitucionalmente definidos’, aunque el TC no se pronuncie, en esta afirmación, sobre el alcance que este tema debe tener sobre la calificación de las consecuencias del despido realizado sin causa”⁷.

En concreto, el TC ha interpretado que la causalidad debe entenderse como la “exigencia de un motivo (más o menos tipificado y ‘justo’) para poder dar por extinguido el contrato de trabajo”⁸. Para ser justa “ha de ser de considerable entidad o importancia; proporcionada, en suma, a la entidad o importancia del ‘sacrificio personal y económico’ que supone para el trabajador la pérdida del empleo”⁹. Es importante advertir –aunque el TC no lo diga– que el empleo del término “causa” se hace como equivalente a “motivo” y no tanto al término propio del Derecho común¹⁰. La concreción de lo que deba interpretarse por un “motivo justo” dependerá de lo que estime el Legislador ordinario, por lo que puede ser susceptible de cambio.

Sin perjuicio de posibles adelgazamientos o construcciones expansivas desde un punto de vista de legalidad ordinaria, cabe plantearse si desde un punto de vista constitucional cabe identificar un núcleo duro de lo que debe entenderse por “motivo justo”; y, por consiguiente, blindado frente a las posibles interferencias del Legislador. Lo cierto es que, pese a que la Constitución española nada especifica al respecto, cabe defender la existencia de un mínimo infranqueable, constituido por el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución. Se trataría de una delimitación en negativo, debiéndose entender que no puede constituir un motivo de extinción del contrato de trabajo el fundado en motivos que atenten contra los derechos fundamentales. Aunque, llegados a este extremo, quizás, convendría puntualizar que la protección frente a este tipo de agresiones probablemente no depende (o no precisaría) del reconocimiento del derecho al trabajo, sino que deriva del valor supremo que el ordenamiento jurídico reconoce a estos derechos.

3. PARÁMETROS DELIMITADORES DEL DESISTIMIENTO DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA

El período de prueba describe una fase de experimentación del contrato de trabajo de carácter temporal articulado en favor del empresario¹¹, en el que se “relajan substancialmente” las normas relativas a la extinción causal del contrato,

⁷ BAYLOS GRAU (2004), versión digital.

⁸ GORELLI HERNÁNDEZ (1995), p. 37.

⁹ SASTRE IBARRECHE (1996), p. 246.

¹⁰ Cfr: SASTRE IBARRECHE (1996), p. 246

¹¹ DURÁN LÓPEZ (1988), versión digital.

pues, excepcionalmente, se posibilita el desistimiento (aunque el art. 14 TRET –a nuestro entender, erróneamente– hable de “*resolución* de la relación laboral”)¹².

Admitiendo que ésta es una consecuencia lógica derivada de la necesidad de experimentación, la problemática principal del período de prueba, siguiendo con MARTÍN VALVERDE, deriva de su difícil convivencia con la estabilidad en el empleo (convirtiéndose desde esta perspectiva en una institución “*peligrosa*”)¹³. Como afirma el citado autor, “siendo el período de prueba un instrumento de evitación del riesgo contractual derivado de una vinculación con garantías más o menos fuertes de estabilidad, es claro que su sentido le ha de venir de la magnitud y de la incidencia de dicho riesgo”¹⁴. De algún modo, como afirma RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, se trata del precio que el ordenamiento tiene que pagar a cambio su garantía de la estabilidad en el empleo, pues, la experimentación es demasiado costosa¹⁵. Motivo por el que, admitiéndose su necesaria existencia, comprensiblemente –desde esta perspectiva, claro está–, se configure con carácter restrictivo.

Ateniendo al art. 14 TRET, sin pretender realizar un estudio detallado de esta institución (ni de su recepción en la negociación colectiva), los principales elementos que, desde la perspectiva de la conservación del negocio jurídico, tratan de constreñir su uso son: 1.- Su carácter facultativo para los contratantes (por tanto, posibilitándose la renuncia); 2.- El pacto (expreso) como fuente constitutiva (no cabe su presunción)¹⁶; 3.- La necesidad de cumplir con ciertas formalidades –por escrito– para que despliegue sus efectos típicos (*ad solemnitatem*); 4.- Su carácter temporal (diferenciándose, salvo lo que prevea el convenio colectivo, en función de la cualificación profesional y de la dimensión de la empresa¹⁷), mediante el establecimiento de duraciones máximas y siempre al inicio del contrato; 5.- El condicionamiento de la interrupción del período de prueba en los casos de IT, maternidad, adopción y acogimiento (y ¿paternidad?) a la existencia de un acuerdo expreso; y, 6.- La *lógica* imposibilidad de recurrir a él para el caso de que el trabajador haya prestado las mismas funciones con anterioridad (por entenderse abusivo)¹⁸.

¹² MARTÍN VALVERDE (1976), p. 13 y 14.

¹³ MARTÍN VALVERDE (1976), p. 19 y 20. De hecho, se afirma que es una brecha en la estabilidad en el empleo. MONTAÑA MELGAR (1978), p. 57 y 58. Y, para RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2000, p. 465) “es el encuadramiento del período de prueba en el marco de un Derecho del Trabajo que limita la libertad de despido lo que plantea dificultades.

¹⁴ MARTÍN VALVERDE (1976), p. 106.

¹⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2000), p. 466 y 479. Autor que sostiene que, atendiendo al origen de esta institución (esencialmente consuetudinaria), no se trata de una mera creación del Legislador, sino ante una figura estructural en respuesta a un problema práctico que su propia defensa de la estabilidad en el empleo ha generado. Y, si es una necesidad estructural, entonces “es indudable que el período de prueba supone de alguna manera una crítica del régimen común del despido en sistemas jurídicos de estabilidad en el empleo, en la medida en que expresa sus limitaciones para asegurar un desarrollo adecuado de la relación de trabajo, al menos en su fase inicial, exigiendo por ello una excepción o inaplicación para ésta” (p. 467). Aunque, luego, concluya afirmando – después del análisis de este instituto jurídico - que los problemas que plantea este “enclave de despido libre”, es la mejor crítica al despido libre (p. 480).

¹⁶ Aunque como ha apuntado un sector de la doctrina, “la naturaleza paccionada del período de prueba no asegura un auténtico acuerdo de voluntades sobre la constitución de éste, como es frecuente en el ámbito de las relaciones de trabajo”. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2000), p. 469.

¹⁷ *Ibid.* al respecto, PIQUERAS PIQUERAS (1996), p. 85 y 86.

¹⁸ *Ibid.* al respecto, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2000), p. 470.

A pesar de la previsión de estos factores limitadores, es importante tener en cuenta que el art. 14 TRET no condiciona la posibilidad de desistir a la no superación del trabajador del periodo de prueba (a pesar de la existencia de un deber legal de experimentación¹⁹), otorgando al empresario una libertad de actuación ciertamente amplia – pues, no se exige justificación alguna (lo que puede derivar fácilmente en actuaciones abusivas²⁰). De modo que nos añadimos a las críticas de un sector de la doctrina que sostiene que, con la reforma de 1994 se perdió la oportunidad de acotar la arbitrariedad empresarial, vinculando el desistimiento con la aptitud, comportamiento y rendimiento mostrado del trabajador²¹. En cualquier caso, existe un límite que no puede sobrepasarse: que con su ejercicio se alcancen resultados inconstitucionales²². Aunque se trata de una frontera ciertamente excepcional²³.

4. PERIODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO POR TIEMPO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES: ARGUMENTOS PARA SU INCONSTITUCIONALIDAD

El reconocimiento de un período de prueba de un año, en todo caso, en el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores (art. 4.3 Ley 3/2012), no sólo desafía los parámetros constitucionales que describe el art. 35 CE, sino que también debilita los contornos conceptuales que caracterizan a la institución del desistimiento.

En el ordenamiento jurídico español la matriz extintiva, como se ha expuesto, queda definida por los vectores siguientes: extinción causal y concepción restrictiva de los motivos resolutorios. Si se acepta este planteamiento, parece razonable sostener que en el marco normativo español el ámbito aplicación del desistimiento debe ser, por definición, acotado.

La novedad del art. 4.3 Ley 3/2012 con respecto al período de prueba previsto en el art. 14 ET radica fundamentalmente en el hecho de que en esta modalidad contractual este pacto debe tener “una duración de un año en todo caso”. De la literalidad del precepto, parece desprenderse que no existe margen de maniobra para que las partes pacten que su duración sea inferior.

No obstante, contradiciendo esta primera valoración, es claro es que la expresión “en todo caso” no puede referirse a la necesaria previsión de un período de prueba en esta modalidad contractual, pues, el propio art. 4.3 Ley 3/2012 se remite al art. 14 ET, salvo en lo relativo a su duración (“con la única excepción

¹⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2000), p. 476.

²⁰ MARTÍN VALVERDE (1976), p. 162 y ss.; y PIQUERAS PIQUERAS (1996), p. 82.

²¹ PASCUAL ALLÉN (1994), p. 76. En términos similares, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2000), p. 476 y 477.

²² STC 94/1988.

²³ Siguiendo a RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2000, p. 480), puede afirmarse que el período de prueba no es más que un sistemático debilitamiento de la estabilidad del contrato de trabajo en sus primeras fases; de modo que va consolidándose con el tiempo, y es el transcurso de éste el que hace al trabajador acreedor de una protección progresivamente incrementada contra la extinción injustificada.

de la duración”). Por consiguiente, la previsión de un período de prueba es facultativa para las partes²⁴. De hecho, el propio precepto confirma este planteamiento, pues, lógicamente, en coherencia con la propia teleología de la institución –sobre la que nos detendremos con mayor detalle con posterioridad–, no puede pactarse si el trabajador ya ha “desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación”.

Así pues, si se acepta esta naturaleza facultativa, podría entenderse que si la norma habilita para lo máximo (duración de un año del período de prueba) y para lo mínimo (carácter facultativo del pacto de prueba e, incluso, la imposibilidad de preverlo si ya se han desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa), parece razonable entender que las partes pudieran pactar un período de prueba inferior.

Y, en este sentido, la literalidad del art. 4.3 Ley 3/2012 podría contribuir a defender este planteamiento. En efecto, llegados a este estadio, y retomando el análisis de la expresión “en todo caso” recién expuesto, también podría entenderse, en conjugación con el contenido del art. 14 ET, que la misma no se refiere al hecho de que siempre deba tener esta duración, sino que las distinciones que contiene este precepto entre “técnicos titulados” y “demás trabajadores”, por un lado, y la dimensión de la plantilla, por otro, no son preceptivas. De hecho, la remisión en bloque al ET del art. 4.3 Ley 3/2012 y, por consiguiente, al art. 14 ET salvo en lo relativo a la duración, evidencia una referencia cruzada entre ambos preceptos y, por consiguiente, la posibilidad de que el Legislador haya querido introducir esta aclaración en esta nueva modalidad contractual.

Y, de la aceptación de esta sucesión de planteamientos, la literalidad de la norma así interpretada, también podría admitir la posibilidad de que la negociación colectiva previera un período de prueba específico para este tipo de contratos (de duración inferior a un año, nunca superior), siempre y cuando no estableciera la distinción entre estos grupos de trabajadores.

Entendemos que la falta de una explicación detallada en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 (y del RDL 3/2012)²⁵ de las razones que llevan al Legislador a dar esta específica configuración normativa al período de prueba en esta nueva modalidad contractual, permitirían en base a la dogmática jurídica sostener razonablemente esta orientación interpretativa.

Centrándonos en la duración de un año, ciertamente, existen poderosos elementos para defender la inconsistencia de esta nueva configuración normativa y su consiguiente inconstitucionalidad.

²⁴ De hecho, en aplicación del art. 14 ET, tampoco puede presumirse su existencia si no se ha pactado expresamente en el contrato.

²⁵ Recuérdese que la única referencia respecto de esta nueva modalidad contractual en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 y del RDL 3/2012 es la siguiente: “El capítulo II incluye diversas medidas dirigidas a fomentar la contratación indefinida y la creación de empleo. Las medidas incluidas en este capítulo tratan de favorecer especialmente a quienes están sufriendo con mayor intensidad las consecuencias negativas de la crisis económica: los jóvenes desempleados y las PYMES”.

El período de prueba en el contrato de trabajo ordinario se fundamenta en un marco de experimentación mutua²⁶. El art. 14.1 ET declara que durante la vigencia de este acuerdo “el empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba”. En la misma línea, el art. 4.3 Ley 3/2012 impide que pueda preverse uno “si ya se han desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa”. A diferencia de otros supuestos en los que el desistimiento se enmarca en un contexto de estricta confianza, en el período de prueba la teleología de un pacto de esta naturaleza es comprobar, como ha manifestado la jurisprudencia²⁷, la “aptitud profesional y la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado”.

Y esta experimentación “sobre el terreno” de la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes tiene, lógicamente, “mayor significación en los trabajos cualificados y de dirección o supervisión, que en otros menos cualificados”. Por este motivo, es consustancial al período de prueba “un carácter de temporalidad y provisionalidad, y de ahí, que sea razonable, que su duración sea por lo general, breve”²⁸.

De hecho, en virtud del art. 2.2 del Convenio OIT núm. 158, todo miembro podrá excluir de la totalidad o de algunas de las disposiciones del presente Convenio a “los trabajadores que efectúan un período de prueba (...) siempre que (...) la duración sea fijada de antemano y sea razonable”²⁹.

Asumiendo este enfoque, es coherente que la jurisprudencia haya admitido la legalidad de un período de prueba cuya duración coincida con la del contrato temporal³⁰, incluso, si así se ha previsto en el convenio colectivo³¹. Especialmente, porque determinados procesos de experimentación requieren determinados períodos de

²⁶ STS 2 de febrero 1983 (RJ 521): “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 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”.

²⁷ STS 20 de julio 2011 (RJ 6680).

²⁸ STS 20 de julio 2011 (RJ 6680).

²⁹ En relación a esta razonabilidad de la duración, aunque se trata de una cuestión que corresponde resolver a cada país para el cual el Convenio se encuentre vigente, debe tenerse en cuenta que objetivo del Convenio es garantizar la protección de todos los trabajadores de todos los sectores de actividad económica contra los despidos injustificados. Y en este sentido, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones consideró que el fijar un tiempo de servicios exigido excesivamente largo podría privar a los trabajadores de la protección prevista en el Convenio. Conferencia Internacional del Trabajo, 82.ª reunión, 1995, Informe III (Parte 4B), *Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 158) y a la Recomendación (núm. 166) sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982*, párrafo 43.

³⁰ SSTS 17 de enero 1985 (RJ 67); y 12 de julio 1988 (RJ 5805).

³¹ STS 4 de marzo 2008 (RJ 3482).

tiempo y éstos no pueden quedar condicionados por la duración del contrato. De otro modo, se estaría desvirtuando la naturaleza del propio pacto de prueba.

En el otro extremo, parece ajustado entender que la previsión legal de un período de prueba con una duración dilatada provoque su absoluta desnaturalización. Especialmente porque no es razonable entender que un proceso de experimentación y mutuo conocimiento entre los contratantes requiera indiscriminadamente períodos de tiempo tan prolongados. Y, muy especialmente, si no se acompaña de una mínima justificación. En estos casos, en puridad, no podemos hablar de un período de prueba, porque la configuración normativa está delimitando un negocio jurídico cuya causa excede de los contornos conceptuales de la institución³². De ahí que la previsión de períodos de experimentación excesivamente largos, hayan sido calificados como abusivos porque no se ajustan a estos planteamientos³³. Así, en un supuesto en el que convencionalmente se ha fijado una cláusula de dos años, la STS 12 de noviembre 2007³⁴ –recogiendo la suma de elementos descritos– ha afirmado que “no parece razonable admitir que el empresario necesite de un período de prueba tan largo para advertir la capacitación profesional en una actividad (...) que en principio no presenta –ni se describen– circunstancias tan particulares como para necesitar un período de prueba tan prolongado”. Y, la STS 20 de julio de 2011³⁵, en un supuesto similar, afirma 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 convencional en la que se fije una duración excesivamente dilatada de dicho período, bien puede sugerir –como ha puesto de manifiesto la doctrina científica– 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”. En términos similares, la STSJ Madrid 28 de noviembre 2003³⁶ afirma que “duraciones excesivamente largas del [período de prueba] van en contra del espíritu de la institución”³⁷.

³² En términos similares, la STS 25 de noviembre 2005 (RJ 2006\5925), declara que: “Así pues cabe afirmar, en primer lugar, que en el caso que nos ocupa concurrían 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”.

³³ STS 20 de julio 2011 (RJ 6680); y STSJ Madrid 28 de noviembre 2003 (AS 2004\2287).

³⁴ STS 12 de noviembre 2007 (RJ 2008\701).

³⁵ RJ 6680.

³⁶ AS 2004\2287.

³⁷ A mayor abundamiento la citada sentencia afirma que “Por ello, y teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento no cabe el despido ‘ad nutum’, y ello es una manifestación del derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 de la Constitución, es preciso reconocer un límite a esta libre extinción admitida en el período de prueba. El límite vendrá determinado por el tiempo suficiente para que el empresario pueda considerar apto

De tal modo que la previsión legal de un pacto de esta naturaleza, si teleológicamente no puede entenderse como de prueba, automáticamente debe calificarse simplemente como un período habilitado para el desistimiento. Lo que significa que el empresario está facultado para extinguir el contrato sin necesidad de formalidad alguna y de especificar el motivo de su decisión (y tampoco puede ser declarado responsable por ello)³⁸. Y en un contexto en el que la confianza mutua no es un elemento determinante y característico de la relación laboral que pudiera justificar su existencia (como sucede, por ejemplo, en la relación de alta dirección), cabe entender que es inconstitucional por contravenir el contenido del art. 35 CE y la interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado al respecto.

Llegados a este estadio, es decir, tratando de buscar una justificación que ampare esta excepcionalidad, cabría preguntarse si el hecho de que esta modalidad contractual quede desactivada en el momento que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15% (DT 9ª Ley 3/2012) es un motivo suficientemente poderoso como para justificar la implantación de un pacto de esta naturaleza en esta modalidad contractual.

A nuestro entender, tal y como se ha configurado normativamente, debe partirse de la base de que no puede asegurarse su carácter “temporal” o pasajero, especialmente porque se está describiendo una condición (“incertusan”). Lo que significa que cabe la –indeseable– posibilidad de que la tasa de desempleo nunca quede por debajo de dicho umbral (sin olvidar que existen altas probabilidades de que tarde mucho tiempo en alcanzarse).

En paralelo, repárese que no es el pacto relativo al período de prueba lo que queda sometido a dicha condición, sino toda la modalidad contractual (que incluye otras ventajas y no sólo la relativa al período de prueba). Por consiguiente, no puede establecerse una estricta correlación entre el fomento del empleo y esta anomalía en el principio de extinción causal (pues, también se prevén medidas que no están asociadas al fomento del empleo, sino a subsidiar el desempleo).

Por otra parte, sin negar la necesidad de políticas legislativas que promuevan el empleo, no creemos que sea adecuado y razonable forzar la conceptualización de las instituciones hasta tal extremo que queden completamente desvirtuadas.

Quizás, debería reformularse el argumento y preguntarnos si, al amparo de la grave situación de desempleo que padece nuestro país, sería constitucionalmente admisible una modalidad contractual que admitiera abiertamente el desistimiento durante un prolongado período de tiempo. A nuestro modo de ver, existen dos elementos para descartar su viabilidad. Por un lado, el hecho de que el Tribunal

al trabajador para el puesto ofertado. Tiempo que como hemos reconocido anteriormente no puede ser igual en todo tipo de prestaciones. Pero es difícil aceptar, aun considerando la complejidad de las tareas propias de una empresa auditora, y la habitualidad de la polivalencia funcional en la misma, que sean necesarios tres años para que “el riesgo que asuma el empresario al incorporar a personas que no reúnan las condiciones suficientes para los cometidos que haya de encargárseles” (art. 8 del Convenio Colectivo) sea soportable”.

³⁸ STS 2 de abril 2007 (RJ 3193). “Salvo, naturalmente, que tal ejercicio fuera abusivo u obedeciera a móvil discriminatorio”. STS 6 de julio 1990 (RJ 6068). *Vid.* también, STS 27 de diciembre 1989 (RJ 9088); y SSTC 94/1984; y 166/1988.

Constitucional (enjuiciando la constitucionalidad de la jubilación forzosa) haya admitido la limitación del derecho al trabajo sobre la base a una política de empleo basada en el reparto del empleo y no sobre la desaparición de los mecanismos de “contención del empleo” como es la extinción causal.

A su vez, se plantean importantes dudas de compatibilidad constitucional si dos trabajadores se incorporan a una empresa en el mismo momento pero con modalidades contractuales diferenciadas (contrato indefinido ordinario y contrato indefinido de apoyo a los emprendedores) y, a pesar de realizar idénticas funciones y una experiencia previa similar, tuvieran períodos de prueba diferenciados. A nuestro modo de ver, la justificación de este trato diferenciado se nos reputa ciertamente remota.

Por otro lado, si bien es cierto que los apartados 5 del artículo 2 del Convenio OIT núm. 158 admiten, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, la posibilidad de excluir a ciertas “categorías de personas empleadas” de su aplicación³⁹, existe un obstáculo procedimental para su implementación, pues, éstas deben quedar enumeradas “en la primera memoria sobre la aplicación del Convenio que someta en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, las categorías que hubieren sido excluidas en virtud de los párrafos 4 y 5 del presente artículo, explicando los motivos de dicha exclusión (art. 2.6). Precepto que ha sido interpretado en el sentido de que estas exclusiones no pueden imponerse con posterioridad al momento en que se presenta la primera memoria citada⁴⁰.

Parece claro, pues, que conforme a los compromisos internacionales asumidos por España (y la valoración realizada por la *Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones* de la OIT en relación al Contrato de “nouvelles embauches” francés - de configuración muy similar al recién aprobado en España⁴¹), la conceptualización del art. 35 CE realizada por el TC y el principio de igualdad y no discriminación tendría que forzarse mucho la interpretación para admitir la viabilidad del período de prueba previsto en el art. 4.3 Ley 3/2012. Obstáculos que, todo parece indicar, se han querido soslayar, presentándose a través de la institución del período de prueba (absolutamente irreconocible).

³⁹ Bien, porque sus “condiciones de empleo se rijan por disposiciones especiales que en su conjunto confieran una protección por lo menos equivalente a la que prevé este Convenio” (apartado 4). O bien, porque “presenten problemas especiales que revistan cierta importancia habida cuenta de las condiciones de empleo particulares de los trabajadores interesados o de la dimensión o naturaleza de la empresa que los emplea” (apartado 5).

⁴⁰ Nota 2 del párrafo 66 del Informe de la *Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones* (“Informe del Director General: Sexto informe complementario”, 6 de noviembre de 2007 - GB.300/20/6); Informe del Comité encargado de examinar la reclamación por la que se alega el incumplimiento por Francia de los Convenios sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), y la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la *Confédération générale du travail - Force ouvrière*. <http://www.ilo.org/gb/WCMS_087582/lang-es/index.htm> (última consulta, 29 de noviembre de 2012).

⁴¹ Informe de la *Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones* (“Informe del Director General: Sexto informe complementario”, 6 de noviembre de 2007 - GB.300/20/6), <http://www.ilo.org/gb/WCMS_087582/lang-es/index.htm> (última consulta, 29 de noviembre de 2012).

5. VALORACIÓN FINAL: EL PERÍODO DE PRUEBA DEL CONTRATO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES ES INCONSTITUCIONAL

El período de prueba previsto para el contrato indefinido de apoyo para los emprendedores es inconstitucional porque vulnera los arts. 35 y 14 CE.

En relación al derecho al trabajo, la previsión de una duración de un año, excede con mucho los parámetros de lo que debe calificarse como un período de experimentación razonable. En consecuencia, desde un punto de vista teleológico, al tratarse de un negocio jurídico desprovisto de la causa que lo caracteriza, queda configurado como un período de libre desistimiento, cuya existencia no está prevista de una justificación suficiente. Es evidente que la elevada tasa de paro que tiene nuestro país exige la adopción de medidas que contribuyan a superar esta situación. No obstante, no parece adecuado ni razonable que el Legislador proceda a una reformulación de la institución del período de prueba hasta tal extremo que se imposibilite su identificación. Tampoco parece que la sujeción de la vigencia de esta modalidad contractual a ciertos objetivos de empleo sea suficiente como para justificar la excepcionalidad de la medida. Especialmente, porque en la medida que la DT 9ª Ley 3/2012 afecta a toda la modalidad contractual y ésta, además del excepcional período de prueba comentado, también prevé reglas relativas a la prestación por desempleo en caso de extinción, no puede afirmarse que su único objetivo sea el fomento del empleo. El informe del Comité de Expertos de la OIT en relación a la modalidad contractual “nouvellesembauches” es un elemento más para “apuntillar” su inconstitucionalidad.

En relación al art. 14 CE, la Ley 3/2012 institucionaliza un trato desigual difícilmente justificable en la medida que cabe la posibilidad de que con carácter simultáneo se pacte un período de prueba con trabajadores con contrato indefinido ordinario, con una experiencia previa similar y para desarrollar idénticas funciones.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALONSO GARCÍA, M. (1956). «Ineficacia del contrato de trabajo. Revocación, rescisión, resolución y desistimiento». *RDP*, Tomo XL.
- BAYLOS GRAU, A. (2004). «Derecho al trabajo, despido y buena fe contractual». *RL – I* (versión digital, La Ley 1323/2004).
- DURÁN LÓPEZ, F. (1988). «El período de prueba. Voz para una Enciclopedia». *RL – I*, versión digital (La Ley 658/2001).
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. (1995). *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*. Civitas, Madrid.
- MARTÍN VALVERDE, A. (1976). *El período de prueba en el contrato de trabajo*. Montecorvo, Madrid.

- MONTOYA MELGAR, A. (1978). «La estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo en España». *RPS* n° 118.
- MONTOYA MELGAR, A. (1980). «La protección constitucional de los derechos laborales». En *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- PASCUAL ALLÉN, C. (1994). «Forma, período de prueba y duración del contrato de trabajo». En *La reforma del mercado laboral*. Lex Nova, Valladolid.
- PIQUERAS PIQUERAS (1996). «La nueva regulación del período de prueba en la Ley 11/1994, de 19 de mayo». En Baylos Grau (Coord.), *La reforma laboral de 1994*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2000). «El período de prueba». *REDT* n° 100.
- SASTRE IBARRECHE, R. (1996). *El derecho al trabajo*. Trotta, Madrid.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F. (1967). *La terminación del contrato de trabajo*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.