



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE CIENCIAS DEL TRABAJO

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos

**Título del Trabajo: EL PERIODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO DE
TRABAJO**

Autor: Alicia Villegas Rodríguez

Tutora: Carmen Pascual Allén

INDICE

Introducción.....	3
1. Régimen jurídico: artículo 14 del E.T.....	6
2. Duración:.....	8
A.- Análisis y casuística del sector de Comercio y Distribución.....	9
B.- Contratos temporales.....	13
C.- Periodo de prueba en los nuevos contratos indefinidos para emprendedores (reforma laboral 2012).....	16
3. Resolución del contrato durante el periodo de prueba	
A.- Contratos temporales sucesivos.....	24
B.- Periodo de prueba e incapacidad temporal.....	27
C.- Empleadas embarazadas.....	30
4. Desistimiento por parte del trabajador.....	33
5. Conclusiones y opinión.....	34
6. Bibliografía.....	36

INTRODUCCIÓN

Aunque no existe en nuestro ordenamiento una definición legal del periodo de prueba sí ha sido objeto, desde hace ya tiempo, de especial atención por parte de la doctrina científica para la que, teniendo en cuenta los aspectos fundamentales de su régimen jurídico, dicha figura consiste en *“la experimentación sobre el terreno de la relación individual de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes , durante un tiempo limitado de dicha relación, y con un régimen jurídico caracterizado por la suspensión o desconexión de las restricciones legales a la facultad de extinción unilateral del contrato”*¹. En esta definición aparecen claramente los elementos caracterizadores del periodo de prueba: su carácter temporal, su finalidad de experimentación y la modificación que supone del régimen del despido.

En otras palabras, el periodo de prueba en el contrato de trabajo es de gran importancia para las partes que lo firman, ya que les permite comprobar si la relación laboral es la idónea. Por un lado, el empresario puede verificar que el trabajador contratado es el adecuado para el puesto, y el trabajador, por su parte, que las condiciones del puesto son las esperadas. El desistimiento, por ambas partes, no requiere preaviso, ni indemnización, ni causa justificada, lo que supone una excepción al principio de causalidad en la extinción del contrato de trabajo por parte empresarial que rige en nuestro ordenamiento jurídico.

Dada su importancia, el objetivo de este trabajo es analizar el marco legal vigente del periodo de prueba, así como su tratamiento en la negociación colectiva, mediante un análisis detallado del sector de Comercio y Alimentación, con el fin de comprobar las diferencias existentes entre algunos de los convenios pertenecientes a este sector

Además, se dedica especial atención a la reforma del ordenamiento laboral operada por la Ley 3/2012 de 6 de julio que ha creado un nuevo contrato, el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, cuya particularidad más

¹ MARTÍN VALVERDE, A : “ El periodo de prueba en el contrato de trabajo”. Montecorvo, Madrid. 1976. P.212

destacada radica en que en él se establece un periodo de prueba de un año, en todo caso, lo que significa que no se diferencia en función de la clasificación profesional de trabajador, y que se excluye la posibilidad de que dicho plazo sea modificado en ningún sentido por la negociación colectiva.

Dicha previsión ha suscitado numerosas críticas doctrinales y jurisprudenciales, y ha sido objeto de varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional que se analizan detenidamente.

Así mismo, se abordan las especialidades de esta institución en algunos supuestos específicos, como la suscripción de contratos temporales sucesivos, la incidencia de la situación de incapacidad temporal o la extinción del contrato durante el periodo de prueba de las trabajadoras embarazadas.

COMPETENCIAS

Las competencias del Trabajo Fin de Grado, que han contribuido a completar mi formación en el Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos, básicamente, han sido las siguientes:

Competencias Genéricas

Instrumentales:

CG 1. Capacidad de análisis y síntesis.

CG 2. Capacidad de organización y planificación.

CG 5. Conocimientos de informática relativos al ámbito de estudio.

CG 6. Capacidad de gestión de la información.

Personales:

CG 14. Razonamiento crítico.

Sistemáticas:

CG 16. Aprendizaje autónomo.

Competencias Específicas

Disciplinarias:

CE 1. 1. Adquirir conocimientos sobre el marco normativo regulador de las relaciones laborales, en concreto, sobre “ El periodo de prueba en el contrato de trabajo”.

Profesionales:

CE 13. Capacidad de transmitir y comunicarse por escrito y oralmente, usando la terminología y las técnicas adecuadas.

CE 14. Capacidad de aplicar las tecnologías de la información y de la comunicación en diferentes ámbitos de actuación.

CE 15. Capacidad para seleccionar y gestionar información y documentación laboral.

Académicas:

CE 35. Aplicar los conocimientos a la práctica.

1. RÉGIMEN JURÍDICO

El periodo de prueba viene regulado en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), en su artículo 14 según el cual en el contrato de trabajo puede concertarse por escrito un período de prueba, cuya duración se sujetará a los límites que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. Por lo tanto, para establecer un periodo de prueba debemos tener en cuenta lo previsto en el convenio colectivo aplicable en vigor. Si este no regulara ningún periodo de prueba, nos ceñiremos a lo establecido en el artículo 14 del E.T., el cual regula la duración dependiendo de la cualificación y modalidad de contratación, lo que analizaremos más adelante cuando tratemos la duración del periodo de prueba.

Con respecto a la aplicación del periodo de prueba, el artículo 14 del E.T. en su punto 1, 2 y 3, dice textualmente:

1.- 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.”

Conviene reiterar, por su importancia, que hacer uso del periodo de prueba en un contrato, tanto por parte del empresario como por parte del trabajador, significa que durante ese periodo cualquiera de las partes puede rescindir el contrato sin causa, sin preaviso y sin derecho a indemnización. Se entiende que este periodo sirve al empresario para comprobar si el trabajador está o no capacitado para el puesto para el que ha sido contratado, y al trabajador para poder comprobar que el puesto cumple con las expectativas que él tenía sobre el mismo y sus condiciones.

Ello no impide, tal y como establece el artículo 14.2, que los derechos y obligaciones tanto del trabajador como del empresario sean los mismos que se hayan acordado en el contrato y que se mantendrán cuando venza dicho periodo. Así mismo, el periodo de prueba computa como antigüedad y se tendrá en cuenta tanto para el cómputo de cuatrienios o trienios o lo que marque el convenio para el cobro de la antigüedad si así está estipulado, como para el cálculo de indemnización si fuera el caso.

También es importante hacer mención al segundo párrafo del punto 3 del artículo 14 del E.T. donde se indican las causas por las que se podrá ver interrumpido el periodo de prueba, punto que se modificó con la reforma laboral de 2013.⁽²⁾ La razón de esta modificación es que, tanto trabajador como empresario, puedan cumplir realmente el objetivo de dicho periodo y, si se suspende el contrato por enfermedad o maternidad o también, después de la reforma, por riesgo durante el embarazo o lactancia.... no podrían hacerlo.

Otra duda que suele surgir con respecto al periodo de prueba, es si computa para cobrar la prestación por desempleo y la respuesta es que si, ya que durante este periodo se cotiza exactamente igual que en el resto del periodo del contrato. Lo que si que hay que tener en cuenta es que si es el trabajador el que interrumpe la relación laboral no tendrá derecho a la prestación por desempleo. Es preciso tener cuidado con esto ya que puede dar lugar a fraudes con el Servicio de Empleo Público Estatal, en la medida que se

⁽²⁾ Real Decreto Ley 16/2013 de 20 de diciembre. de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores. (BOE de 21 de diciembre)

producen situaciones en las que un empresario da de alta a un trabajador, y posteriormente lo da de baja por no superar el periodo de prueba y solo lo hace para que pueda pedir la prestación por desempleo. No obstante, hay que señalar que se trata de una práctica fraudulenta bastante controlada desde hace un tiempo por las Inspecciones de Trabajo.

2. DURACIÓN:

La cuestión del plazo de duración del periodo de prueba tiene una especial relevancia, ya que constituye un reflejo singular de la contraposición de interés entre trabajador y empresario inherente al contrato de trabajo ⁽³⁾.

Con respecto a esta cuestión, primero vamos a ceñirnos a lo que viene regulado en el artículo 14 apartado 1 del E.T.

“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.

Esta redacción, que procede de la reforma del ET operada por la Ley 11/1994 de 19 de mayo, concede un papel protagonista al convenio colectivo en la determinación del plazo máximo de duración del periodo de prueba y configura sus previsiones como fuente principal de determinación del contenido del contrato, salvo que la autonomía individual de las partes opte por un plazo más reducido.

⁽³⁾ PASCUAL ALLÉN, C., “Forma, periodo de prueba y duración del contrato “ en “ La reforma de mercado laboral “ (Dtor: Valdés Dal-Ré , F.), Lex Nova, Valladolid , 1994, p. 72

Fuente principal, pero no única, ya que el ET establece una relación de supletoriedad entre la ley y el convenio, lo que significa que la norma estatal se autoconfigura como norma de derecho dispositivo, por lo que únicamente será de aplicación, con carácter supletorio, en el caso de que no haya sido objeto de regulación por la autonomía colectiva.⁽⁴⁾

Añade el ET que “ en el supuesto de los contratos temporales de duración determinada del artículo 15 concertados por tiempo no superior a seis meses, el periodo de prueba no podrá exceder de un mes, salvo que se disponga otra cosa en convenio colectivo., párrafo segundo que ha sido incorporado por la reforma laboral de 2013 antes mencionada.

Por lo tanto, según la legislación vigente, vemos que los periodos de prueba se establecen basándose principalmente en la duración del contrato, la cualificación del trabajador y el tipo de contrato, lo que se tiene en cuenta tanto en el E.T. en su artículo 14.1 , como en los convenios colectivos.

A. Análisis y casuística del sector de Comercio y Distribución

Como hemos venido diciendo, con respecto al periodo de prueba, primero debemos acudir al Convenio Colectivo vigente de aplicación al trabajador. Para analizar cómo se regula la duración del mismo, vamos a centrarnos en los convenios provinciales o de Comunidad Autónoma del sector del Comercio y Distribución, para ver las diferencias que entre ellos existen y comprobar que la casuística es muy amplia.

- Convenio Colectivo del sector de Comercio y Alimentación de la provincia de Madrid.2013-2016⁽⁵⁾

Tiene regulado el periodo de prueba en su artículo 11 en el que dice textualmente:

⁽⁴⁾ PASCUAL ALLÉN, C., “Forma, periodo de prueba, cit. Pág.. 73

⁽⁵⁾Publicado en el BOAM de 16 de octubre de 2013

“El ingreso de los trabajadores se considerará hecho a título de prueba. La duración del período de prueba será variable según el grupo profesional de cada trabajador, de acuerdo con la siguiente escala en los contratos de naturaleza temporal:

- Grupo I: quince días*
- Grupo II y III: dos meses.*
- Grupo IV y Superiores: cuatro meses*

En el contrato para emprendedores cuyo periodo de prueba será el establecido legalmente.

En los contratos celebrados con carácter indefinido la duración del periodo de prueba será de seis meses para todos los grupos profesionales.

Estos periodos serán por días naturales de trabajo efectivo, por lo que no computaran en el mismo los periodos de tiempo en los que esté suspendido el contrato de trabajo.

Durante estos periodos de prueba la relación laboral podrá ser resuelta por cualquiera de las partes sin necesidad de preaviso, regulado en este Convenio Colectivo.”

- Convenio Colectivo del Comercio en General de la provincia de Córdoba 2013 (6)

Regula el periodo de prueba en el artículo 21, según el cual:

“Las admisiones del personal se considerarán provisionales durante un período de prueba variable, según la índole de la labor y duración del contrato de trabajo que a cada trabajador/a corresponda, que en ningún caso podrá exceder de los siguientes:

Contratos hasta un año duración:

*Personal no cualificado 10 días; cualificados/as y administrativos/as 15 días
Titulados/as 45 días*

Contrato superiores al año e indefinidos:

*Personal no cualificado 20 días; cualificados/as y administrativos/as 30 y
Titulados/as. 45 días*

(6) Publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba de 18 de diciembre de 2013

Durante este período, tanto el trabajador/a como la Empresa 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.

Transcurrido el plazo referido, el trabajador/a pasará a figurar en la plantilla de la Empresa con la condición de temporal o fijo según el caso y el tiempo que hubiere servido en calidad de prueba le será computado a efectos de los aumentos periódicos por tiempo de servicio que establece el presente Convenio. Los períodos de prueba señalados no son de carácter obligatorio y las Empresas podrán, en su consecuencia, proceder a la admisión del personal con renuncia expresa, total o parcial, a su utilización.”

- Convenio colectivo de ámbito provincial del sector de comercio en general de Guadalajara 2013-2014 ⁽⁷⁾

Regula el periodo de prueba en su artículo 17:

“El ingreso de los trabajadores se considerará hecho a título de prueba, cuando conste por escrito, y tendrá una duración, en función de la especialidad profesional para la que sean contratados, que no podrá exceder de los siguientes límites de tiempo:

Categorías 1 a 8 y 22 a 24, ambas inclusive 3 meses.

Categorías 9 a 19, 25 a 29 y 36 a 49, ambas inclusive 1 mes.

Restantes categorías 15 días”

- Convenio colectivo de Comercio y Alimentación de la provincia de Orense 2009-2010⁽⁸⁾

Regula el periodo de prueba en su artículo 29:

“Se establece un periodo de prueba para todos los trabajadores/ as contratados durante la vigencia del presente convenio, que será el siguiente:

— Grupos de tarifa 1 y 2: 6 meses.

⁽⁷⁾ Publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Guadalajara de 25 de octubre de 2013

⁽⁸⁾ Publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Orense de 30 de junio de 2009

— Grupos de tarifa 3 a 8: 3 meses.

--- Grupos de tarifa 9 y siguientes: 15 días laborables.”

- Convenio colectivo estatal de Grandes Almacenes 2013-2016 ⁽⁹⁾

Regula el periodo de prueba en su artículo 5:

“El ingreso de los trabajadores se considerará hecho a título de prueba de acuerdo con la siguiente escala correspondiente a la clasificación del personal en los distintos grupos profesionales enumerados en el artículo 6. A saber:

Grupo de Mandos: Seis meses.

Grupo de Técnicos: Seis meses.

Grupo de Coordinadores: Cuatro meses.

Grupo de Profesionales: Tres Meses.

Grupo de Personal Base: Tres Meses.

Estos períodos serán de trabajo efectivo, descontándose, por tanto, la situación de Incapacidad Temporal cualquiera que sea el motivo de la misma.”

- Convenio Colectivo de Medianas superficies de distribución de alimentación de la Comunidad de Castilla y León 2012-2014 ⁽¹⁰⁾

Curiosamente este convenio que regula la mayoría de las materias por provincia, es decir, que el artículo de vacaciones, por ejemplo, puede tener 9 especificaciones distintas, una por provincia, no regula el periodo de prueba, por lo que se aplica el artículo 14 del E.T

Con este muestreo del sector creo que es suficiente para ver distintas provincias y distintos ámbitos (tanto nacional como de CCAA), y comprobar que casi todos los convenios regulan el periodo de prueba, aunque no en todos los

⁽⁹⁾ Publicado en el BOE de 22 de abril de 2013

⁽¹⁰⁾ Publicado en el BOCYL de 12 de julio de 2012

puntos en los que lo trata el artículo 14 del E.T., si no que se centran la mayoría en la duración del mismo. Siendo el mismo sector y las funciones de las categorías iguales, vemos que los periodos de prueba varían bastante ya que en el caso de empleados que se pueden encuadrar en el mismo grupo profesional, pero que prestan servicios en distinta provincia, tienen una diferencia considerable como podemos ver entre Guadalajara, Orense y Grandes Almacenes (siendo este de ámbito nacional) lo que nos hace pensar en la falta de objetividad en el establecimiento de los periodos de prueba. También podemos comprobar, que se rigen principalmente por los grupos profesionales más que por la modalidad de contrato, pero que cuando regulan el periodo de prueba de los contratos temporales, en algunos casos superan el periodo establecido en el E.T. lo que analizaremos más en detalle en el punto siguiente.

B. Contratos temporales

Con la reforma laboral de 2013⁽¹¹⁾ se introduce en el artículo 14 ET el límite máximo de un mes de periodo de prueba en los contratos temporales del artículo 15 del E.T. que no superen los seis meses de duración. También en este caso es una regla subsidiaria que opera solo si el convenio colectivo no establece una duración distinta.

Aunque se trata de una novedad legal, ya que con anterioridad el ET nada preveía al respecto, la negociación colectiva hace ya tiempo que viene estableciendo distintos periodos de duración en el caso de contratos temporales, tal y como se puede apreciar en algunos de los convenios antes mencionados.

Al respecto, reviste especial interés la doctrina jurisprudencial que aborda el análisis de la duración abusiva o no del periodo de prueba en aquellos supuestos en el que el convenio colectivo contempla una duración del periodo de prueba significativamente diferente, según que el contrato sea indefinido o temporal.

⁽¹¹⁾ Real Decreto Ley 16/2013 de 20 de diciembre. BOE de 21 de diciembre

De una lado, como consecuencia de la fraudulenta utilización del periodo de prueba por las empresas el Tribunal Supremo ha establecido en **Sentencia del 20 de julio de 2011 (en unificación de doctrina)**, que puede declararse la nulidad del periodo de prueba aunque se ciña a lo establecido en convenio colectivo, si la duración del mismo es considerada excesiva y abusiva.

En este sentido, el Tribunal destaca 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.*”

Por su parte, la STSJ de Madrid de 26 de diciembre de 2007 (tengamos en cuenta que esta sentencia es anterior a la reforma mencionada), que resuelve un recurso de suplicación planteado contra una sentencia que calificó como despido improcedente la extinción de un contrato por no superar el periodo de prueba, basándose en que la duración del mismo, aunque establecida en convenio, era abusiva ⁽¹²⁾. La trabajadora tenía un contrato indefinido con categoría de Auxiliar de Caja, en el cual figuraba una cláusula en la que se establecía un periodo de prueba según convenio colectivo, que es el convenio de Comercio y Alimentación de la Comunidad de Madrid, que en su artículo 11 prevé para los trabajadores temporales un periodo de prueba que depende del grupo profesional en el que se encuadre al trabajador, en cambio para los contratos indefinidos establece un periodo de prueba de 6 meses independientemente del grupo profesional al que pertenezca.

⁽¹²⁾ De Val Tena, Ángel Luis: “Sobre la duración (abusiva) del periodo de prueba: contratación temporal y contratación indefinida”. Revista Doctrinal Aranzadi Social

La trabajadora en su demanda se basa en lo abusivo del periodo de prueba, ya que tiene una duración mayor que grupos profesionales superiores al suyo pero con contratos temporales, y alega que realmente lo que se está haciendo es contrataciones temporales encubiertas para poder aprovecharse de las bonificaciones existentes en ese momento para los contratos indefinidos.

La sentencia en primera instancia dio la razón a la trabajadora declarando el despido improcedente y afirmando que la duración del periodo de prueba establecido en el Convenio Colectivo aplicable al trabajador era excesivo.

Ante esta sentencia, la empresa interpone recurso de suplicación, basándose en que se ha firmado en contrato pacto en el que se establece el periodo de prueba que marca el convenio colectivo, y además indica que no se aportan datos sobre contratación temporal e indefinida para poder demostrar que la empresa está utilizando las contrataciones indefinidas para realizar contrataciones temporales encubiertas tal y como se indica en la demanda.

El Tribunal establece que la sentencia del Juzgado de lo Social ha cometido un error en su fallo al declarar el despido improcedente y desestima el recurso ya que no encuentra ni abuso ni fraude, sino que la causa de la extinción del contrato es la no superación del periodo de prueba.

Personalmente no estoy de acuerdo con la decisión del Tribunal ya que, aunque el convenio colectivo establezca periodos superiores para el periodo de prueba, a lo recogido en el artículo 14 del E.T, esta decisión va en contra de la propia naturaleza del periodo de prueba, ya que si analizamos la situación concreta de esta trabajadora, nos daremos cuenta que no tiene sentido que un empleado con contrato indefinido y categoría de Auxiliar de Caja tenga un periodo de prueba superior a otras categorías superiores, solo porque estos empleados tengan un contrato temporal, aunque bien es verdad que el Tribunal se ciñe literalmente a lo establecido en la ley.

C. Periodo de prueba en los nuevos contratos indefinidos para emprendedores

El contrato indefinido de apoyo a los emprendedores viene regulado en el artículo 4 de la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y tiene las siguientes características:

- Podrá formalizarse hasta que la tasa de paro no supere el 15%
- Pueden hacer uso de él las empresas de menos de 50 trabajadores
- La jornada podrá ser completa o a tiempo parcial
- El periodo de prueba será siempre de un año.
- La empresa que utilice este tipo de contratos tendrá una serie de beneficios tanto fiscales como bonificaciones a la seguridad social
- Los beneficios citados anteriormente, están ligados a una serie de obligaciones por parte de la empresa que si no las cumpliera debería devolver. Estas obligaciones son principalmente, mantener el empleo estable, y mantener este tipo de contratos al menos 3 años
- No podrán hacer uso de este tipo de contrato, las empresas que en los 6 meses anteriores hubiera realizado despidos declarados como improcedentes.

De todas estas características, vamos a centrarnos en el periodo de prueba de un año para todos los casos, es decir, independientemente de la clasificación profesional del trabajador.

El periodo de prueba de los contratos indefinidos para apoyo a nuevos emprendedores ha generado muchas dudas debido a que su duración está muy por encima de lo que marca el E.T. y en ningún caso se permite que los convenios colectivos puedan modificar la duración del mismo.

Según algunos autores (¹³), el establecer un periodo de prueba que abarca gran parte de la duración del contrato nos indica que estamos ante una modalidad de contrato laboral “**no estable**”, es decir, todo lo contrario de lo

¹³ Arias Domínguez, Ángel: “ La reforma Laboral de 2012(V): El Periodo de prueba en el nuevo contrato de apoyo a emprendedores”

que se pretende con la reforma laboral. Pero añaden, que este tipo de contrato podrá realizarse sin establecer periodo de prueba, ya que deberá recogerse por escrito en el contrato laboral, eso sí, si se recoge en el contrato que existe periodo de prueba deberá ser de 12 meses, pero si no está escrito expresamente no tendrá periodo de prueba.

Con respecto a este tema tenemos una sentencia del Juzgado de los Social nº 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013, en la que se declara improcedente el despido de un trabajador a 8 días de vencer el periodo de prueba, es decir, después de 357 días de contrato. Ante esto, se recuerda que la finalidad del periodo de prueba en un contrato laboral es que por parte de la empresa se pueda apreciar las aptitudes del trabajador para el puesto que está ocupando y por parte del trabajador comprobar la conveniencia de las condiciones de trabajo. Es difícil de creer que un empresario no sea capaz de comprobar las aptitudes de un trabajador para un puesto en 357 días.

Según señala la doctrina ⁽¹⁴⁾, los argumentos, en este caso concreto, se basan, primero en que la duración del periodo de prueba supera lo establecido en convenio colectivo y en la legislación europea al respecto (sobre todo en la Carta Social Europea (en adelante CSE), normativa cuya eficacia jurídica está en tela de juicio según diversos profesionales.

Este argumento no es valorado por la jueza debido a que la norma a aplicar en este caso es la Ley 3/2012 y no el artículo 14 del ET ni el convenio colectivo.

El segundo argumento, acogido de forma favorable, establece que el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 vulnera el artículo 4.4 de la CSE “...*pues no fija ni plazo de preaviso ni indemnización por finalización del contrato durante el periodo de prueba de un año, no pudiéndose entender como razonable un plazo de prueba de un año en el caso objeto de esta litis, como señala el Comité, pues los requerimientos del puesto de trabajo del actor, (...) no requieren de un año para que el empleador evalúe sus capacidades en*

⁽¹⁴⁾ Salcedo Beltrán. M^a Carmen :“ Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos sociales y periodo de prueba del Contrato de Apoyo a Emprendedores: La aplicación del control de convencionalidad en España” . Lex Social. Revista de IDerechos Sociales

atención a sus tareas”, y añade que, “...el RD Ley está contraviniendo la legislación nacional en materia de contratación temporal, puesto que a través del contrato de apoyo a emprendedores con un periodo de prueba de un año, durante el cual el empleador puede dar por finalizado el contrato sin previo aviso ni indemnización , se excluye la aplicación del artículo 15 ET, en el que siempre se exige una causa para la contratación temporal(...)”.

Similar a esta sentencia tenemos otras dos: La del Juzgado de lo Social nº1 de Tarragona de 2 de abril de 2014, con una diferencia importante y es que el trabajador en cuestión era una mujer embarazada, y la Sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Mataró de 29 de abril de 2014. Estas tres sentencias tienen en común que aplicaron el control de convencionalidad como fundamento de su fallo.

Además de las sentencias mencionadas, significativas por ser pioneras, hay que destacar, por su relevancia, dos sentencias del Tribunal Constitucional que abordan la constitucionalidad del periodo de prueba de un año.

En primer lugar, la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014 de 16 de julio que desestima totalmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra el cual, en lo que a dicho periodo de prueba se refiere, entiende que vulnera los siguientes artículos de la Constitución Española, el 14 (derecho a la igualdad), 24 (derecho a la tutela judicial efectiva), 37 (derecho a la negociación colectiva) y 35 (derecho al trabajo).

La parte demandante, expone lo que supone la aprobación de este artículo de la Ley 3/2012:

1. Elimina la causalidad del despido.
2. Eliminación del poder de la negociación colectiva en cuanto a la capacidad de decisión sobre el periodo probatorio
3. Establece una duración del periodo de prueba sin tener en cuenta la categoría y cualificación del trabajador que, además, es demasiado larga comparada con la establecida en el ET

4. Da el poder al empresario de despedir sin causa, y sin indemnización, durante 12 meses

Ante esto, el Tribunal Constitucional sostiene los siguientes argumentos:

1. Con respecto a la causalidad del despido, dice textualmente, “(...) *no es un problema de causalidad del despido, ni de existencia de una reacción adecuada frente al despido sin causa (...), el desistimiento durante el periodo de prueba no constituye un despido, sino la plasmación a través de una declaración de voluntad de una condición resolutoria, positiva y potestativa, expresamente asumida por las partes en el momento de la suscripción del contrato*”. Lo que se pretende con esta figura es “(...) *facilitar la contratación de trabajadores por parte de pequeñas y medianas empresas que, pese a la situación de crisis económica, apuesten por la creación de empleo estable*”
2. Se trata de una medida coyuntural (hasta que tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15%) y para poder utilizarlo la empresa debe cumplir una serie de requisitos (no tener extinciones improcedentes en los 6 meses anteriores.)
3. Explica que la duración es larga, ya que no solo pretende constatar la valía y adaptabilidad del empleado al puesto, sino también la viabilidad económica para el empresario.
4. El Tribunal expone las medidas que se recogen para compensar lo gravoso de la medida para el trabajador, como puede ser la compatibilidad con la prestación de desempleo.

Sobre esta sentencia existen muchas opiniones, una de ellas ⁽¹⁵⁾ destaca algún punto interesante, como que *el derecho a la tutela judicial efectiva no garantiza una justificación causal de la terminación de la relación laboral o una indemnización.*

⁽¹⁵⁾Salcedo Beltrán. M^a Carmen :“ Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos sociales” – Revista Jurídica de los Derechos Sociales

La autora entiende que esta sentencia incumple la CSE, ya que queda claro que la crisis económica no puede justificar la restricción de derechos sociales y sostiene que ninguno de los argumentos dados por el tribunal sería admisible desde el punto de vista del ordenamiento laboral, ya que parece que lo que hace es legitimar una situación de crisis económica para tomar cualquier medida sin tener en cuenta los derechos laborales reconocidos en la normativa nacional e internacional. Como lo más positivo de la sentencia menciona esta el Voto particular ⁽¹⁶⁾ que se pronuncia en contra del fallo del tribunal, ya que entiende que determinados preceptos deberían haber sido declarados inconstitucionales, entre ellos el artículo 4.3 de la Ley 3/2014 (que es el tema que nos ocupa) “(...) *por violación del principio de causalidad de las decisiones empresariales de extinguir los contratos de trabajo, en su condición individual del derecho constitucional*”

En la misma línea que la anterior, pero más reciente, por lo que la vamos a analizar en detalle, cabe señalar la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2015 de 22 de enero ⁽¹⁷⁾ que, además, hace continuas referencias a la STC 119/2014 de 16 de julio.

Con respecto al artículo 4.3. de la Ley 3/2012 de 6 de julio, los recurrentes alegan lo siguiente:

1. Vulneración del artículo 24.1. de la Constitución (en adelante CE), en relación a la tutela judicial efectiva, al reconocer una plena capacidad de desistimiento empresarial durante el periodo de 12 meses con dos características principales:
 - a. Falta de capacidad de reacción del trabajador frente a la decisión empresarial.
 - b. Ausencia de resarcimiento para el trabajador

⁽¹⁶⁾ Formulado por el Magistrado Fernando Valdés Val-Ré y dos miembros más del tribunal

⁽¹⁷⁾ Dictada en el recurso interpuesto por 104 diputados del Grupo Parlamentario Socialista y 11 del Grupo Parlamentario de la Izquierda Plural contra la Ley 3/2012 de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma laboral, cuyo resultado ha sido la desestimación del mismo, ya que no se ha apreciado vulneración de los artículos 14, 23.2, 24.1, 28.1, 35.1, 37.1 y 103.3 de la Constitución Española

2. Vulneración del artículo 35.1. de la CE, que defiende el principio de estabilidad de empleo y de causalidad de la extinción contractual. El principio de causalidad viene reforzado por la normativa comunitaria e internacional. A sabiendas que la naturaleza del periodo de prueba incluye la exención de la causalidad, en este caso concreto quedaría sin validez ya que, al establecer el periodo de prueba de 12 meses sin vinculación a la categoría, formación y adaptación al puesto de trabajo, y dejar al trabajador desprotegido frente a la decisión del empresario, el periodo de prueba pierde su naturaleza
3. Vulneración del artículo 37.1. de la CE, con respecto a la negociación colectiva.

Además, los recurrentes alegan una diferencia de trato frente a los contratos temporales, ya que si estos contratos se extinguen no tienen derecho a indemnización, cuando los contratos temporales si lo tienen (esto vulneraría el artículo 14 de la CE)

Frente a estos argumentos el Abogado del Estado sostiene lo siguiente:

1. Respecto a la vulneración del artículo 24.1 CE., argumenta que el desistimiento puede ser revisado por los Tribunales para evitar que se violen los derechos fundamentales y que la propia naturaleza del periodo de prueba exime la justificación del desistimiento con una causa.
2. Por lo que se refiere a la vulneración del artículo 35.1 CE., alega que el régimen jurídico del contrato indefinido para nuevos emprendedores es suficiente para que los empresarios no extingan el mismo, por lo menos no antes de su año de vigencia, sobre todo por su sistema de incentivos, ya que este tipo de contratación tiene importantes beneficios tanto fiscales como con la Seguridad Social, y que para acceder a ellos se deben cumplir una serie de requisitos. Insiste diciendo que esta modalidad de contrato está limitada a pequeñas empresas, para ayudarlas a hacer frente a la crisis, y poder utilizar este tipo de contrato indefinido en contraposición al contrato indefinido ordinario el cual conlleva grandes riesgos económicos para el empresario.

3. Frente a la vulneración del artículo 37.1 CE opina que este precepto no impide que el legislador pueda establecer la duración del periodo de prueba de forma imperativa.

Una vez concluidas las alegaciones por ambas partes el Tribunal resuelve, pero antes de entrar al detalle de lo expuesto por las partes estima que es conveniente indicar, aunque no tenga nada que ver con los puntos siguientes, que el artículo 4 de la Ley 3/2012 ha sido modificado por el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre a través del cual se permite que esta modalidad de contrato indefinido para nuevos emprendedores pueda celebrarse a jornada parcial, adaptando el régimen de incentivos a dicha jornada:

1. Respecto a la vulneración del artículo 24.1 CE quedó ya rechazada en la Sentencia 119/2014 de 16 de julio, ya que el derecho a la tutela judicial, se respeta pudiendo acudir a los tribunales siempre y cuando se incumpla el régimen jurídico establecido en la ley, o se demuestre que el desistimiento se ha producido por causa de discriminación o vulnere los derechos fundamentales de los trabajadores. Aclara que la tutela judicial no garantiza la intervención de los tribunales para exigir una causa de extinción o una indemnización, ya que estas exigencias no se contemplan en la regulación del periodo de prueba.
2. Respecto a la vulneración del artículo 35.1 CE también se rechazó en la Sentencia 119/2014 de 16 de julio, al estimar que la duración del periodo de prueba en el contrato indefinido para nuevos emprendedores, es razonable dentro de las justificaciones que da el legislador y con la situación de crisis económica del momento. El tribunal estima que es una decisión tomada en un marco concreto de crisis económica y limitada en el tiempo, ya que la posibilidad de utilizar este tipo de contrato está ligada a la tasa de desempleo, es decir, cuando esta esté por debajo del 15%, esta modalidad ya no se podrá utilizar, además solo tienen acceso a él las pequeñas empresas, ya que se pretende que estas opten por la contratación indefinida sin riesgos económicos como los que tienen la contratación indefinida ordinaria, y así poder analizar las necesidades reales de los puestos de trabajo y la viabilidad

económica de los mismos, sin que ello perjudique gravemente al empleador. Además esta modalidad de contratación tiene ligados un sistema de incentivos que exigen un mantenimiento del empleo y promueve fomentar la contratación.

3. Respecto a la vulneración del artículo 37.1 CE queda rechazada en la Sentencia 119/2014 de 16 de julio, ya que el carácter imperativo de la regulación del periodo de prueba de 12 meses tiene una justificación legítima, razonable y proporcionada y que queda justificada para que a través de la negociación colectiva no pueda ser modificado, así como su régimen de incentivos no se pueda ver reducido ni aumentado.

Con respecto al trato discriminatorio planteado por los recurrentes, al no establecer indemnización ante el desistimiento por parte de empresario, cuando en los contratos indefinidos ordinarios sí que existe y también en los temporales, el tribunal lo desestima debido a que considera que esta diferencia no es discriminatoria sino que forma parte del régimen jurídico de dicha modalidad de contrato.

También debemos mencionar el Voto Particular del magistrado Fernando Valdés Val-Re (¹⁸) ya que es de gran interés y contrario al fallo de la sentencia, tanto por el fondo como por el método. Dicho Voto Particular discrepa tanto del canon de constitucionalidad utilizado para analizar los motivos del recurso, como con el fondo de la sentencia.

Dice textualmente el magistrado” (...) Dentro del máximo respeto hacia el parecer mayoritario de mis compañeros y por las razones que expondré, entiendo que la Sentencia de la que me aparto debió de declarar inconstitucionales y nulos los siguientes artículos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral...”

⁽¹⁸⁾ El mismo que redactó el voto particular del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra que hemos comentado anteriormente, y al que se adhieren el Magistrado Doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado Don Luís Ignacio Ortega Álvarez

En lo que al artículo 4.3. de la Ley 3/2012 de 6 de julio se refiere, el Magistrado sostiene que *“(...)Para eludir el reproche de razonar en el vacío, remito al juicio sobre la conformidad constitucional del período de prueba de la nueva figura del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores. Es, en efecto, el contexto de la crisis económica el que justifica la restricción de esta medida sobre el artículo 35.1 CE o sobre el art. 37.1 CE (FJ 3 b y c de la presente sentencia, que reenvía a la STC 119/2014...)”*. El magistrado entiende que en momentos de crisis puedan existir ciertas limitaciones a los derechos sociales que sean aceptadas, pero siempre y cuando estas no alteren el contenido de los mismos, como expresó recientemente el Comité Europeo de Derechos sociales, ante la denuncia del no cumplimiento de la Carta Social Europea por la legislación española, *“..El Comité considera que las medidas que pretenden consolidar las finanzas públicas, asegurar la viabilidad de los regímenes de pensiones de jubilación o incentivar el empleo podrían estimarse legítimas en tiempos de crisis económica, pero «no deben traducirse mediante una reducción de los derechos reconocidos en la Carta”,* por lo que se entiende que los gobiernos deben de velar por que estos derechos sean efectivamente garantizados en cualquier situación.

3.- RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA.

A. Contratos temporales sucesivos

En relación con los contratos temporales debemos matizar que no existen contratos temporales “de prueba”, es decir, esta eventualidad no existe y estaríamos ante un contrato en fraude de ley, igual que si tenemos un contrato temporal cuya duración coincide con la duración del periodo de prueba, ya que el periodo de prueba está para comprobar la adaptabilidad del trabajador al puesto, no para rescindir un contrato sin indemnización, que por desgracia es una práctica utilizada por algunas empresas.

Por su parte, el artículo 14.1. del ET, en su último párrafo, establece que *“será nulo el pacto que establezca un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación”*..

Esta previsión nos lleva a analizar los casos de contratos temporales sucesivos, es decir, aquellos supuestos en los que los empleados suscriben varios contratos temporales con la misma categoría, el mismo puesto y las mismas funciones y cada uno de ellos con un periodo de prueba

Podemos suponer que si un trabajador ha ocupado un puesto con un contrato temporal y se le vuelve a contratar para ese puesto una vez vencido el primer contrato, se entiende que el trabajador está capacitado para desempeñar las funciones del puesto, y sería fraudulento establecer un nuevo periodo de prueba ⁽¹⁹⁾. La duda surge cuando el contrato temporal inicial es de una duración tan corta que no permite comprobar la capacitación del trabajador al puesto de trabajo, es decir, cuando la duración del contrato es inferior al mínimo establecido para el periodo de prueba, y se vuelve a contratar al mismo empleado para el mismo puesto con otro contrato temporal.

Para analizar esta situación podemos acudir a la **Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2008**, en la que señala que es totalmente lícito que el empresario establezca un nuevo periodo de prueba en un nuevo contrato, siempre y cuando en el anterior contrato no haya cumplido la duración máxima establecida para el periodo de prueba, cualquiera que fuese la causa de ello.

En el mismo sentido, el **Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de enero de 2014**, señala que, aunque se entendiera como nulo un periodo de prueba establecido en un contrato con un trabajador que anteriormente ya ha tenido un contrato temporal para el mismo puesto, lo verdaderamente relevante es la duración del periodo de prueba en cómputo total, es decir, no si ha tenido

⁽¹⁹⁾ Santos González, Daniel: “Sobre la validez del periodo de prueba en contratos sucesivos. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo 448/2014 de 20 e enero de 2014”

uno o varios contratos, sino que el periodo de prueba haya transcurrido en su totalidad ya que, en caso contrario, se entiende que el empresario no ha tenido el tiempo suficiente para valorar la idoneidad del trabajador para el puesto.

El caso que nos ocupa, es el de una trabajadora con un contrato de interinidad con periodo de prueba, que ha durado 14 días, a los 3 días se la ha vuelto a contratar para el mismo puesto con las mismas funciones con un contrato temporal de 3 meses de duración y también con periodo de prueba. A los 40 días de duración del segundo contrato se la comunica el desistimiento del mismo por no superar el periodo de prueba. Ante estos hechos, el Tribunal entiende que si se hiciera una interpretación literal del artículo. 14 del ET, el periodo de prueba del segundo contrato debería considerarse nulo, ya que existe un contrato anterior para el mismo puesto de trabajo y con las mismas funciones, pero el Tribunal entiende que la correcta interpretación del artículo 14.1. es que *“el pacto probatorio será nulo cuando el desempeño de las mismas funciones bajo cualquier modalidad contractual llegue a superar, singular o acumulativamente, el periodo total convencionalmente establecido para la prueba, siempre que no quepa apreciar situaciones de fraude, discriminatorias o vulneradoras de derechos fundamentales”*, por lo que considera válido el desistimiento del empresario, ya que sumando los periodos de los dos contratos no llega a los dos meses de periodo de prueba.

Lo más destacable de esta sentencia es que interpreta el artículo 14 del ET de una forma que va más allá del meramente literal, y reconoce la posibilidad de establecer otro periodo de prueba en el supuesto de contratos sucesivos, al considerar que, lo verdaderamente importante, es que la suma de todos ellos no supere el periodo máximo establecido en el convenio.

B.- Periodo de prueba e incapacidad temporal

El párrafo segundo del artículo 14 en su apartado 3 establece que, *“las situaciones de **incapacidad temporal**, maternidad, y adopción o acogimiento, que afecten al trabajador durante el período de prueba interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes”*, es decir, que el tiempo que el trabajador esté en incapacidad temporal no computará como periodo de prueba,

Lo dicho anteriormente no impide que cuando un trabajador cae de baja durante el periodo de prueba, cualquiera de las dos partes puede rescindir el contrato laboral sin tener una causa justificada.

Sobre esta cuestión debemos comentar la **STS de 12 de julio de 2011** en la que el hecho que se discute es el de un trabajador contratado con un periodo de prueba de 15 días. El primer día de prestación de servicios tiene un accidente laboral por sobreesfuerzo, y al día siguiente la empresa procede a darle de baja en la seguridad social por no superar el periodo de prueba, dando fin a su contrato laboral.

La sentencia recurrida falló a favor de la empresa al considerar no probado que hubiera habido en la extinción discriminación ni vulneración de ningún derecho fundamental, estando tanto el empresario como el trabajador en su derecho de rescindir el contrato durante el periodo de prueba.

Por el contrario, existe una sentencia de contraste⁽²⁰⁾, que dictaminó, en un caso similar, que tal cese era un despido improcedente, porque entendía que la razón del desistimiento empresarial *“radica en el hecho de que el actor había sufrido un accidente laboral”, lo que según su criterio es contrario “a la buena fe y a la justicia, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico”*. La conclusión del argumento es que el cese ha sido ilícito por “abuso de derecho” del empresario.”

Por su parte, el Tribunal supremo argumenta que el artículo 14.2. del ET, establece que en el periodo de prueba, ambas partes, trabajador y empresario, pueden desistir de la relación laboral sin causa justificada y si previo aviso,

⁽²⁰⁾Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 25 de noviembre 2008

siempre y cuando este periodo se haya establecido por escrito en el contrato laboral. La finalidad de establecer un periodo de prueba es facilitar tanto al trabajador como al empresario el poder comprobar, tanto las condiciones del puesto como la adaptación del trabajador al mismo, es decir, que una vez incorporado al puesto de trabajado ambos puedan comprobar que están de acuerdo con la relación laboral establecida. El libre desistimiento por ambas partes queda matizado, tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo, diciendo, *“el empresario y el trabajador están respectivamente obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba”*, es decir, que tiene que haberse comprobado sobre el terreno la no conveniencia de seguir adelante con la relación laboral por una de las partes. Por otro lado, también matiza que el desistimiento no puede ser por causas de discriminación o vulneración de los derechos fundamentales.

Después de estos matices, concluye que la decisión de desistir de la relación laboral tomada por el empresario no vulnera ningún derecho fundamental, ya que la enfermedad no lo es. Más complicado es la comprobación del abuso del derecho, que es lo que se alega en la sentencia contraria a la que estamos analizando, la justificación es , que el hecho de que el trabajador caiga de baja, supone que la mayoría de los casos que el empresario deba sustituirlo, por lo que éste (salvo que se hubiera firmado en contrato que el periodo de prueba quedaría interrumpido si el trabajador cayera de baja, que no es el caso), deberá decidir si prescindir del trabajador que ha caído de baja. En cuanto a la no comprobación en el terreno de la capacidad del trabajador al puesto, queda justificada ante la imposibilidad de poder hacerlo por estar el trabajador de baja por accidente, ya que es una causa ajena a ambas partes, es decir, es un hecho fortuito.

Por todo esto el Tribunal desestima el recurso y reconoce el derecho del empresario a desistir de la relación laboral, ya que no vulnera ningún derecho fundamental.

La sentencia incorpora un Voto Particular discrepante formulado por la Magistrada Dña Rosa Maria Viroles Piñol. Dicha Magistrada afirma 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.” Recuerda la STC 94/1984 de 16 de octubre, la cual intenta resolver el problema de la extinción de contrato en el periodo de prueba desde el principio de igualdad y no discriminación diciendo, *“la facultad de resolución de la relación laboral concedida por el art. 14.2 ET , y de la que en el presente caso ha hecho uso la empresa 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, recogido en el artículo 14 de la Constitución Española ”.* Aunque el Tribunal dice que la enfermedad no es un derecho fundamental, la Magistrada alega que *“No parece dudoso que la misma conclusión ha de imponerse respecto de las dolencias (o enfermedades en sentido amplio) que tienen su origen en lesiones derivadas de accidente de trabajo, y que hayan dado lugar a una situación de incapacidad temporal.”*, es decir, no estamos hablando de una mera enfermedad si no de un accidente laboral con establecimiento de medidas correctoras por lo que considera que se debería declarar la extinción como despido improcedente.

En mi opinión estoy de acuerdo con el Voto Particular, pero me gustaría añadir, que en cuanto a la previsión legal según la cual , *“[e]l empresario y el trabajador están respectivamente obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba”*, el hecho de la imposibilidad de llevar esto a cabo por estar el trabajador de baja por accidente de trabajo, ocurrido el mismo día que comenzaba la relación laboral, debería ser causa justificada para dejar en suspenso el periodo de prueba por imposibilidad de *“ realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba”*, y no todo lo contrario, que justifique el hecho de no poder llevar a cabo dichas experiencias y que el empresario pueda desistir de la relación laboral por un hecho que nada tiene que ver con la falta de capacitación del trabajador al puesto del trabajo, y mucho menos cuando dicho accidente en su investigación deja plasmado la necesidad de establecer medidas correctoras

C. Trabajadoras embarazadas

Según indica el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 55.5, “*será nulo el despido que tenga por móvil algunas 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*”. Además, en su apartado b) contempla también como supuesto de despido nulo el caso concreto de las trabajadoras embarazadas, “*desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión por maternidad*”.

Sin embargo, tal previsión no será de aplicación si la rescisión del contrato se produce durante el periodo de prueba, ya que la ley indica que durante este periodo tanto el empresario como el trabajador pueden desistir del contrato sin causa justificada, sin preaviso y sin indemnización, salvo que se demuestre que vulnera alguno de los derecho fundamentales, lo que hará que se invierta la carga de la prueba y el empresario deba demostrar que la extinción está justificada.

Con respecto a este tema debemos comentar un supuesto que ha generado mucha controversia, y es el caso de una trabajadora, embarazada de 10 semanas, situación que no había sido comunicada al empresario, y a la que se comunica el desistimiento de su contrato laboral 20 días antes de que acabara su periodo de prueba (es cual era de dos meses). La causa del desistimiento es no alcanzar los objetivos establecidos para su puesto de trabajo. En la misma fecha que se le comunica el desistimiento, también se le comunica a otro trabajador que fue contratado en la misma fecha que ella y que tampoco había alcanzado los objetivos establecidos para su puesto de trabajo.

La trabajadora impugna la decisión empresarial alegando que según el artículo 55.5 del ET, debe declararse el despido nulo. Como la jurisdicción ordinaria confirma la validez de la decisión empresarial la demandante plantea recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en el que entiende que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el artículo 24 (derecho a la tutela judicial efectiva) y el artículo 14 de la CE (derecho a la igualdad y no discriminación). Alega que la interpretación del artículo 55.5 del ET, sobre la declaración de despido nulo en supuestos de mujeres embarazadas, debe

extenderse también a la extinción del contrato de las mismas durante el periodo de prueba

El fiscal, en este caso, está totalmente de acuerdo con la resolución del Tribunal Supremo, ya que entiende que en estos casos debe diferenciarse claramente si la decisión empresarial se basa en el estado de la trabajadora, lo cual sería discriminatorio y vulneraría el artículo 14 de la CE, o si se basa en una causa que no tiene nada que ver con su estado (embarazo), el cual no es conocido por el empresario, sino que únicamente coinciden en el tiempo. El fiscal alega que no ha podido vulnerarse el artículo 14 de la CE, ya que el empresario desconocía el estado de la trabajadora, y en cuanto a la aplicación del artículo, 55.5 del ET dice textualmente *“El artículo 55.5.b)LET regula exactamente lo que allí se establece (las consecuencias de un despido, ya sea disciplinario o por causas objetivas), pero no cualquier otra cosa, como el desistimiento empresarial en periodo de prueba, que tiene su cobertura legal en el artículo 14 LET.”*

Si el empresario conociera la situación de la trabajadora, el desistimiento debería ser considerado como nulo, pero al no ser así, deberá regirse por el artículo 14 del ET y no por el artículo 55.5., que es lo que pretende la demandante.

Conforme con la tesis del fiscal, el Tribunal Constitucional en la **Sentencia 173/2013 de 10 de octubre**, deniega el amparo solicitado por la demandante, basándose principalmente en que la resoluciones judiciales anteriores han dado buena interpretación del artículo 55.5 del ET que no es de aplicación en este caso, ya que el desistimiento del contrato de la trabajadora se ha realizado durante el periodo de prueba y debe regularse por el artículo 14 del ET. Además, destaca que no ha quedado probado que el empresario conocía el embarazo de la trabajadora por lo que no hay indicios de discriminación. Lo que si que se ha probado es que en la misma fecha que se le comunicó a la demandante el desistimiento del contrato laboral, se le comunicó a otro trabajador varón que había sido contratado a la vez, lo que reafirma la no discriminación por razón de sexo.

Esta sentencia tiene un Voto Particular, formulado por el Magistrado Valdés y apoyado por los Magistrados Asúa, Ortega y Xiol, que es contrario al fallo de la sentencia, y en el que se alega que se está vulnerando el artículo 14 de CE ya que las mujeres embarazadas están menos protegidas, que el resto de los trabajadores ya que la sentencia *“asigna una menor protección a la embarazada en periodo de prueba, minusvalorando la vigencia de los derechos fundamentales precisamente en los escenarios contractuales de mayor precariedad laboral, tal y como sucede (..) con el periodo de prueba frente al régimen extintivo ordinario del contrato de trabajo”*

El voto concurrente del Magistrado Ollero, que está de acuerdo con el fallo de la sentencia, viene a decir que la empresa debe demostrar la causa del desistimiento para que quede descartada la existencia de discriminación, y así ha quedado plasmado en la sentencia.

En sentido contrario encontramos una resolución posterior, la sentencia de 27 de marzo de 2014 del Juzgado de los Social Nº 26 de Madrid que, ante un supuesto de hecho muy similar, declara nulo el despido durante el periodo de prueba de una trabajadora,.

También es este caso la empresa demandada, justifica el desistimiento del contrato alegando que no conocía el estado de la trabajadora, sino que el motivo de tal desistimiento es que la demandante durante el periodo que estuvo trabajando no alcanzó los objetivos exigidos a su puesto de trabajo (era teleoperadora), y que además hubo otros dos trabajadores con los que se actuó de la misma forma que con la demandante. Ante esto, la trabajadora sostiene que, aunque no había comunicado a la empresa su estado, estaba de 29 semanas (6 o 7 meses), por lo que era evidente que estaba embarazada. Además, los trabajadores a los que se les había comunicado la no superación del periodo de prueba, tenían una situación que nada tenía que ver con la suya, ya que ellos habían agotado el periodo de prueba, cosa que ella no había hecho ya que este se había suspendido por incapacidad temporal.. Al desistir el empresario del contrato antes de incorporarse tras la incapacidad , no pudo finalizar el periodo de prueba establecido, por lo que entiende que debería

aplicarse el artículo . 55.5 del ET, es decir, el desistimiento deberá considerarse un despido nulo.

Con todo esto el Tribunal concluye que ante la evidencia del estado de la trabajadora, la empresa sí conocía su embarazo aunque no se hubiera comunicado de manera oficial, y que los resultados obtenidos por la misma en su puesto de trabajo, se habían solicitado para el juicio, lo cual demuestra que, cuando se produjo la comunicación del desistimiento del contrato no se conocían, por lo que la única causa evidente de dicho desistimiento es el hecho de que la empleada estaba embarazada, lo que atenta contra el artículo 14 de la CE lo que conlleva a la nulidad De la extinción del contrato y, consecuencia de ello, la readmisión de la trabajadora a su puesto de trabajo y el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la comunicación en la que se daba por extinguido el contrato por no superar el periodo de prueba.

Mi opinión sobre este tema es que debe protegerse el cumplimiento del artículo 14 de la CE , que consagra el principio de igualdad y no discriminación, pero el solo el hecho de estar embarazada no demuestra que estés capacitada para un puesto de trabajo. No olvidemos que el periodo de prueba está establecido con un fin, y es que el empresario compruebe la capacitación del empleado para el puesto, y que el empleado compruebe que las condiciones del mismo son las ofrecidas. Puedes no estar capacitado para un puesto y estar embarazada, no es incompatible

4.- DESISTIMIENTO POR PARTE DEL TRABAJADOR

El desistimiento por parte del trabajador también viene regulado en el ET en su artículo 14.2., y hay que destacar que el trabajador puede ejercer su derecho igual que el empresario, sin causa justificada, sin preaviso y sin indemnización, pero no perderá el derecho a cobrar los salarios devengados hasta ese momento. Las consecuencias que tiene este hecho para el trabajador, es que no tendrá derecho a la prestación por desempleo, aunque si que se le tendrán en cuenta los días cotizados que se acumularan a los que ya tuviera.

5. CONCLUSIONES

Una vez comentados y analizados todos los puntos anteriores, concluimos que el periodo de prueba está regulado principalmente por:

- Estatuto de los trabajadores (artículo 14)
- Convenios Colectivos
- Ley 3/2012 de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral
- Jurisprudencia

El principal punto de controversia es la duración del periodo de prueba, no solo en el nuevo contrato indefinido para apoyo de nuevos emprendedores, regulado por la Ley 3/2012 de 6 de julio, que probablemente sea el de más actualidad, debido a la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional, ya comentada anteriormente, sino para todo tipo de contratos.

Como ya se ha señalado, el artículo 14.1. ET fija los mínimos dependiendo de la cualificación del puesto, siempre y cuando el convenio no diga nada al respecto, por lo que la principal norma es el convenio. Tal y como hemos visto, analizando varios convenios del mismo sector y mismos puestos, existe una gran diferencia entre ellos, es decir, teniendo en cuenta que los puestos son los mismos y que la naturaleza del periodo de prueba es poder comprobar, por parte del empresario, que el trabajador está capacitado para el puesto y por parte del trabajador, que el puesto cumple con las condiciones ofrecidas por el empresario, no tiene mucho sentido que las diferencias sean tan grandes ya que mas o menos todos deberían necesitar el mismo, o similar, periodo de tiempo para comprobar que un empleado es el idóneo para el puesto así como el trabajador comprobar que el puesto cumple con sus expectativas.

Desde mi punto de vista, el periodo de prueba regulado en los convenios es un arma dentro de la negociación colectiva, más que establecer un periodo óptimo para el cumplimiento de su objetivo, ya que sino, en convenios del mismo sector con puestos similares, los periodos establecidos serian los mismos. Esto nos hace llegar a otras conclusiones, como que realmente a

veces las empresas utilizan los periodos de prueba para desistir del contrato sin causa justificada y sin indemnización. Aunque lo que hemos visto en la mayoría de las Sentencias a este respecto es que los Tribunales se ponen de parte de las empresas, lo cual también tiene su justificación, y es que se ciñen a lo establecido en la ley, que es que el desistimiento por cualquiera de las partes dentro del periodo de prueba no necesitará causa justificada ni llevará consigo indemnización alguna, lo que sólo tiene una excepción y es que se demuestre que se ha vulnerado alguno de los derechos fundamentales, en cuyo caso estaríamos ante un despido nulo, cuya consecuencia es la readmisión automática del trabajador.

Un caso claro desde mi punto de vista, es el periodo de prueba establecido para el contrato de apoyo a los nuevos emprendedores, que es de 12 meses , un tiempo excesivo, ya que entiendo que el empresario no necesita tanto para saber si el trabajador está capacitado para el puesto que ocupa, y aunque se justifique dentro del entorno económico en el que se ha creado, y tenga establecido unos limites, como la tasa de paro, a mi entender lo único que hace es permitir al empresario el desistimiento de la relación laboral sin justificación alguna y sin indemnización.

En definitiva, creo que al periodo de prueba, en general, no se le da la importancia que se debería y que no se utiliza para el objetivo para el que está establecido, que es que tanto empresario como trabajador dispongan del tiempo suficiente para saber si la relación laboral que han firmado es satisfactoria y cumple las expectativas de ambos, por eso no tiene que tener causa justificada ni indemnización, y por eso el periodo establecido debe ser optimo para alcanzar el objetivo fijado, porque si el tiempo fuera excesivo, a mi entender el desistimiento debería tener las mismas consecuencias que un contrato temporal o indefinido, y es que debería justificarse y tendría que establecerse una indemnización, porque ya no cumpliría el objetivo para el que está creado.

6.-BIBLIOGRAFIA

- Artículos

ARIAS DOMINGUEZ, A., *“La Reforma Laboral de 2012: El periodo de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores”* , 23 de marzo de 2012

DE VAL TENA, L., *“Sobre la duración (abusiva) del periodo de prueba: contratación temporal y contratación indefinida”* – Revista doctrinal – *Aranzadi Social*. 2008

MARTÍN VALVERDE, A., *“El periodo de prueba en el contrato de trabajo”*. Montecorvo, Madrid, 1976

PASCUAL ALLÉN, C., *“Forma, periodo de prueba y duración del contrato “ en “ La reforma de mercado laboral “ (Dtor: Valdés Dal-Ré , F.)*, Lex Nova, Valladolid , 1994

RIVERO LAMAS, J., *“Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 11/1994”(2004)* citado por De Val Tena, Ángel Luis: *“Sobre la duración (abusiva) del periodo de prueba: contratación temporal y contratación indefinida”*. Revista Doctrinal Aranzadi Social. 2008

SANTOS GONZÁLEZ, D., *“Sobre la validez del periodo de prueba en contratos sucesivos. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo 448/2014 de 20 de enero de 2014”*, Expansión, 20 de enero de 2014

SALCEDO VELTRAN, M^ªC., *“Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y periodo de prueba del contrato de apoyo a emprendedores: la aplicación del control de convencionalidad en España”* – Revista jurídica de los Derechos Sociales .2014

- Convenios Colectivos:

- Convenio Colectivo del Sector de Comercio y Alimentación de la provincia de Madrid (2013-2013) publicado en el BOAM de 16 de octubre

- Convenio Colectivo del Comercio en General de la provincia de Córdoba (2013) publicado en el BOP de Córdoba de 18 de diciembre de 2013
- Convenio Colectivo del Comercio en General de la provincia de Guadalajara (2013-2014) publicado en el BOP de Guadalajara el 25 de octubre de 2013
- Convenio Colectivo de Comercio y Alimentación de la provincia de Orense (2009-2010) publicado en el BOP de Orense el 30 de junio de 2009
- Convenio Estatal de Grandes Almacenes (2013-2016) publicado en el BOE de 22 de abril de 2013
- Convenio Colectivo de Medianas Superficies de Distribución de Alimentación de la Comunidad de Castilla y León (2012-2014) publicado en el BOCYL de 12 de julio de 2012

- **Normativa:**

- * Constitución Española
- * Ley 3/2012 de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del Mercado Laboral
- * Ley del Estatuto de los Trabajadores
- * RDL 16/2013 de 20 de diciembre de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores

- **Sentencias:**

- STSJ de Madrid de 26 de diciembre de 2007
- SJS de Barcelona 412/2013 de 19 de noviembre de 2013
- STSJ de Cataluña 4031/2013 de 6 de junio
- STC 119/2014 de 16 de julio. Recurso de inconstitucionalidad 5603/2012
- STC 8/2015 de 22 de enero de 2015. Recurso de inconstitucionalidad 5610/2012

- STS 448/2014 de 20 de enero de 2014
- STS 5912/2012. Recurso 2789/2011 de 12 de julio de 2012
- SJS N° 26 de Madrid 144/2014 de 27 de marzo de 2014
- STC 173/2013. Recurso de amparo 3773/2011 de 10 de octubre de 2013