

La duración del período de prueba a debate

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho Laboral de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. La constitucionalidad del período de prueba de un año de duración en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores

1. La duración de un año del período de prueba en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores presente en nuestro ordenamiento desde que, primero el art. 4 RD-L 3/12, 10 feb., BOE, 11 y después el mismo precepto de la Ley 3/12, 6 jul., BOE, 7, así lo dispusieran, merece una atención especial. La reciente declaración de constitucionalidad de dichos preceptos por el Tribunal Constitucional en su STC 59/14 ofrece nuevas perspectivas de interés para esta figura laboral.

Una regulación excepcional, para un supuesto concreto y *"con objeto de potenciar el empleo estable a la vez que se potencia la iniciativa empresarial"* (art. 4.1 Ley 3/12). Sólo las empresas de menos de cincuenta trabajadores podrán celebrar un contrato indefinido de apoyo a emprendedores con un régimen similar al del contrato indefinido salvo en un punto específico, el del período de prueba. A diferencia de lo establecido en el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores (seis meses, dos meses, tres meses, según los diferentes supuestos contemplados y dejando al margen los contratos temporales), este contrato prevé un período de prueba de un año de duración *"en todo caso"*. Salvo en un supuesto, a saber, cuando el trabajador haya desempeñado ya las funciones atribuidas con anterioridad en la empresa y bajo cualquier modalidad

contractual, circunstancia que impedirá el recurso al período de prueba.

2. La principal objeción para aceptar la constitucionalidad del período de prueba con un año de duración radica en la comparación con la regulación general del contrato indefinido en la legislación laboral. Puesto que se trata de un período que permite extinguir la relación sin causa y sin indemnización resulta injustificado un distinto trato para los trabajadores con un mismo tipo de contrato, el contrato indefinido, al que se refieren tanto el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, LET) como el art. 4 Ley 3/12.

De aceptarse este argumento, el Tribunal Constitucional deberá enfrentarse a decisiones anteriores en las que ha apreciado como contenido del derecho al trabajo la estabilidad en el empleo lo que implica, a su juicio, no ser *"despedidos si no existe justa causa"* (STC 22/81, FJ 8). En su opinión, es admisible un régimen distinto para supuestos que, por su singularidad, han de someterse a una regulación diferente a la común (STC 20/94, FJ 2). Pero cuando el Tribunal entra a juzgar las consecuencias de tales diferencias entonces considera que un *"despido libre sin indemnización"* provoca un *"tratamiento discriminatorio del perjudicado en función de su pertenencia a una categoría profesional, a un grupo de personas a quienes se priva de la protección debida"* (STC 20/94, FJ 2). Entiende, pues, que la libertad de empresa no justifica

"ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad ad nutum del despido, dada la necesaria concordancia que debe establecerse entre el art. 35.1 CE y el art. 38 CE" (STC 192/03, FJ 4).

Ninguno de los argumentos expuestos en el recurso, planteado por el Parlamento de Navarra contra la reforma laboral de 2012 y resuelto en la STC 59/14, han logrado convencer al Tribunal Constitucional. Tampoco los pronunciamientos destacados han significado obstáculo alguno para emitir un pronunciamiento favorable a la constitucionalidad de este aspecto de la reforma laboral.

Entiende el Alto Tribunal en la citada STC 59/14 que el objetivo perseguido por la norma a través de determinados incentivos (beneficios fiscales y bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social), y que no es otro que el de *"hacer atractiva a las empresas la contratación indefinida a través de este contrato"*, justifica un diferente tratamiento en la regulación jurídica del período de prueba (FJ 3). Una medida adicional para incentivar la creación de empleo cuya duración, por encima de los seis meses habituales, no sólo permite comprobar la capacitación y aptitud del trabajador contratado sino también *"la sostenibilidad económica del nuevo puesto de trabajo creado"* (FJ 3). En opinión del Tribunal, los intereses constitucionales se encuentran salvaguardados por los *"límites y cautelas legales"* que fija la ley para que los empresarios puedan recurrir a esta modalidad de contrato y, en su caso, ejercer la facultad de desistimiento durante el período de prueba (empresas de menos de cincuenta trabajadores, inalterabilidad del nivel de empleo durante un año, mantenimiento del puesto de trabajo durante dos años, etc). De ahí que la medida legislativa cuestionada sea meramente *"coyuntural adoptada en un contexto de grave crisis económica con una elevada tasa de desempleo; atiende a la legítima finalidad de potenciar la iniciativa empresarial como medio para facilitar el empleo estable, lo que conecta con el deber de los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE)"* (FJ 3). Desde esta perspectiva, no basta sólo con comprobar la adecuación del trabajador al puesto de

trabajo sino que en un contexto de crisis como el actual se trata de comprobar *"si el puesto de trabajo ofertado con carácter indefinido es viable económicamente y por tanto sostenible"* (FJ 3). Una medida como la que se cuestiona se destina a facilitar las decisiones de creación de empleo estable de las pequeñas y medianas empresas (que constituyen la inmensa mayoría del tejido empresarial español) *"reduciendo las incertidumbres propias de todo proyecto de inversión empresarial, en una coyuntura económica tan difícil y adversa como la actual"* (FJ 3).

Tesis a la que se opone el Voto Particular por entender que las razones coyunturales en las que se apoya este contrato *"no constituyen en modo alguno un parámetro de constitucionalidad"*. A su juicio, *"no deja de resultar sorprendente que en una economía social de mercado las políticas de creación de empleo deban tener que articularse, de manera mecánica, a través de medidas restrictivas de una de las primeras garantías que debe reconocerse, en un Estado social y democrático de Derecho, a los trabajadores: el principio de causalidad en la extinción del contrato"*. Por esa razón, no procede mezclar el período de prueba con la legítima finalidad de creación de empleo estable, predicable del contrato pero no del período de prueba. *"Una opinión contraria comportaría desnaturalizar de raíz las funciones manifiestas, principales y secundarias, de la institución del período de prueba, confiriendo a ésta un objetivo que le resulta sustancialmente ajeno"* (Voto Particular, Apartado III.6)

2. Ampliación de la duración y ampliación del objeto del período de prueba: adecuación del trabajador y viabilidad del puesto de trabajo

1. Durante muchos años la doctrina laboralista se ha debatido entre considerar el período de prueba como un contrato independiente o entender que se trata de un período dentro de un mismo contrato si bien con un régimen jurídico especial. En general, parece prevalecer esta última consideración en una interpretación literal de la norma, incluida en aquellos preceptos que regulan el "contenido del contrato de trabajo" como realidad única.

Lo que extraña en el supuesto que nos ocupa es que, para un mismo tipo de contrato, un contrato de duración indefinida (incentivado de la forma que el legislador considere y por los motivos que exponga) se admita un período excepcionalmente amplio (un año, esto es, el doble que el previsto para un contrato indefinido de régimen común de seis meses, *ex art. 14.1 LET*) con la justificación de que, en este caso y a diferencia del general, el empleador no sólo está comprobando la adecuación del trabajador sino la sostenibilidad del puesto de trabajo que aquél ocupa.

Pero la consideración de este nuevo elemento definitorio del período de prueba en el contrato para emprendedores escapa no ya a la naturaleza jurídica de dicho período (nuevo contrato o contenido de un contrato único) sino al objeto del mismo. Su finalidad consiste en “probar” la capacidad del trabajador para asumir las funciones del puesto asignado, aun cuando se conciba como una posibilidad bilateral que permite también al trabajador valorar la adecuación de la empresa con la que contrata. Se trata de corroborar si las expectativas generadas al pactar se cumplen. De no ser así, carecería de sentido la declaración de nulidad de dicho período en el supuesto de que el trabajador ya hubiera desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa.

Posiblemente la conclusión podría haber sido distinta de haberse admitido que el período de prueba es, en realidad, un contrato de prueba pues, de ser así, el legislador podría haber estructurado el objeto contractual de la forma que considerara más conveniente, adaptándolo a la coyuntura. Recordemos que, en nuestro país, el incentivo a la contratación indefinida ha admitido diferencias significativas en relación al régimen general de contratación indefinida [contrato temporal para el fomento del empleo (1984) -un contrato “temporal” de tres años de duración- o el contrato para fomento de la contratación indefinida (1997) -con una indemnización inferior a la ordinaria-, entre otros].

2. Del mismo modo, el hecho de que el art. 14 LET establezca una duración distinta del período de prueba en función de la

categoría profesional (seis meses máximo para los técnicos titulados y dos para el resto de trabajadores) y aquí se realice de forma indiferenciada (un año, en todo caso) resulta reseñable. Con carácter general, se entiende que, a mayor dificultad profesional, mayor necesidad de probar la adecuación del trabajador.

Es cierto que el régimen común del art. 14 LET también contempla excepciones. De hecho, se permite que, en las empresas de menos veinticinco trabajadores, para los trabajadores que no sean técnicos titulados, el período de prueba máximo se incremente de dos a tres meses. Por lo que cabría considerar que, del mismo modo, el legislador de 2012 ha precisado una excepción sólo para empresas de menos de cincuenta trabajadores, ampliando la duración del período de prueba. Pero la excepcionalidad introducida en este caso no resulta del todo proporcionada porque, primero la duración es muy superior a la máxima establecida en el supuesto general (de tres meses en empresas de menos veinticinco trabajadores se eleva a un año en empresas de menos cincuenta) y, segundo, la introduce para todos los trabajadores de forma indiscriminada (en todo caso), al margen de cuál sea su función que realice el trabajador.

Por lo demás, el art. 4.3 Ley 3/12 no aclara suficientemente si la excepción en la aplicación del art. 14 LET a estos contratos reside sólo en la duración o en todo el régimen jurídico. Hasta el momento se ha venido cuestionando el elemento de la duración pero el art. 14 LET también hace referencia, por ejemplo, a la interrupción del cómputo del período en determinadas situaciones (incapacidad, maternidad, riesgo por embarazo, etc) o al cómputo del mismo a efectos de antigüedad o al resto de obligaciones y derechos derivados del puesto de trabajo, que deberán entenderse aplicables al no haber incorporado una exclusión expresa el art. 4.3 Ley 3/12 como sí ha hecho con la duración del período de prueba. Puesto que el régimen jurídico para este nuevo contrato de apoyo a emprendedores será, con carácter general, el establecido en el Estatuto de los Trabajadores *“con la única excepción de la duración del período*

de prueba a que se refiere el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores, que será de un año en todo caso”, ésta deberá ser la única exclusión posible en la aplicación del mencionado precepto, no así el resto de los supuestos por él regulados.

3. Un elemento que requiere asimismo una atención especial es la conversión de un acuerdo (el art. 14 LET establece la posibilidad de “concertar” un período de prueba) en una obligación (el art. 4.3 Ley 3/12 parece aludir al período de prueba de un año “en todo caso”). La capacidad de convenir en el primer supuesto podría parecer referirse más a un acuerdo colectivo que individual pues, no en vano, el art. 14 LET se dirige al Convenio Colectivo aun cuando cabe deducir que únicamente en relación al “límite de duración” del período de prueba y no a la inclusión del mismo en el contrato que deberá resultar de un acuerdo entre empresa y trabajador. Tan sólo en defecto de pacto, la ley establece una duración determinada si bien no excluye la necesidad de que el período de prueba surja de la connivencia de ambas partes. Una interpretación aparentemente tan clara como la expuesta no ha impedido que el Tribunal Supremo admita la imposición unilateral por parte del empresario del período de prueba salvo en casos de abuso de derecho y/o fraude de ley (la nulidad no se determina como consecuencia de la “imposición” empresarial del período de prueba sino por el hecho de haber prestado servicios el trabajador con anterioridad en la misma empresa, STS 18 ene.05, Ar. 2425, FJ 5).

Extraña, pues, que el legislador de 2012 establezca un período de prueba de un año “en todo caso”, hurtando la capacidad de consensuar no ya a la negociación colectiva, a la que no se refiere y no tiene en cuenta -aspecto que sería objeto de otro análisis específico como ocurre en la STC 59/14 al valorar la vulneración del derecho a la negociación colectiva planteada por el recurso-, sino a las partes del contrato, a saber, empresa y trabajador. El hecho de que las partes decidan no establecer un período de prueba en el contrato de apoyo para emprendedores no altera ni su naturaleza jurídica, ni su objeto, ni su finalidad, tan sólo es una manifestación

más de la autonomía de la voluntad y del principio de libertad de empresa. Comoquiera que la interpretación de la norma permite entender que “en todo caso” se refiere no tanto a la necesidad de incorporar el período de prueba sino a que, si se decide incluirlo, la duración deberá ser “en todo caso” de un año, ésta puede ser una interpretación más acorde con el sentido de la autonomía de la voluntad pretendida. Y quizá ésta pueda ser una solución pues, a diferencia del art. 14 LET, ni se considera la posibilidad de pactar la duración en la negociación colectiva ni se establece un período en defecto de Convenio Colectivo sino que, simplemente, el legislador decide que la duración del período de prueba será, para este contrato y -en caso de que las partes decidan someterse al mismo-, de un año de duración.

4. La declaración de constitucionalidad del período de prueba de un año en el contrato de apoyo a emprendedores ofrece unas perspectivas de futuro ciertamente interesantes para esta figura. En verdad, la consecuencia (extinción sin causa y sin indemnización) obliga a precisar el elemento de la duración con especial cautela. Pero el *quantum* en una norma es, casi siempre, aleatorio (un mes, dos, tres, seis, doce...) y responde a criterios de proporcionalidad, que son los que ha de valorar el Tribunal Constitucional, habiendo considerado, en esta ocasión, que la norma supera el canon de constitucionalidad aplicable.

Asumir una legislación diferente sobre una misma institución cuando existe una causa que lo justifica ha sido una pauta caracterizadora de la jurisprudencia del Tribunal, tal y como se expusiera. También para el legislador ordinario que ha admitido un período de prueba distinto en otros contratos laborales [así, los contratos formativos, ex art. 11 LET (por su naturaleza, objeto y causa mixta que lo justifican) o en determinadas relaciones especiales necesitadas de un período diferente (sirva de ejemplo, la de los deportistas profesionales, ex art. 5 RD 1006/85, 26 jun., BOE, 27)]. El recurso a la coyuntura económica, a la política de empleo o a las situaciones de crisis empresarial, también. Una de las primeras decisiones del Tribunal, la STC 22/81 ya

citada, admitiría la limitación del derecho individual al trabajo del art. 35 CE en las jubilaciones forzosas por entender que este tipo de regulación "se apoya en la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país" (STC 22/81, FJ 9).

Pero la vinculación de la coyuntura económica al incremento de la duración del período de prueba con la consecuencia de ampliar los supuestos de extinción sin causa y sin indemnización supone un paso más. Nada impediría, en principio, que la negociación colectiva aceptara esta misma tesis con idéntica consecuencia. Ciertamente es que la declaración de constitucionalidad se refiere a un supuesto bien concreto, el art. 4.3 Ley 4/12, y que el art. 14.1 LET admite que, "en defecto de Convenio", la duración máxima del período de prueba serán los seis o dos meses aludidos. Pero, si no existe ese "defecto" y un Convenio Colectivo precisa términos más amplios para dicho período de prueba, nada parece impedirlo.

No resulta previsible que la negociación colectiva avale acuerdos de semejante factura aun cuando hayan existido ejemplos con anterioridad. Sólo cuando el Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse sobre ellos (empresa Yell Publicidad, S.A. con período de prueba de un año o empresa Telefónica Publicidad e Información, S.A. con período de prueba de dos años de duración) advertiría el exceso atendiendo a las "características inherentes en el desempeño del puesto de trabajo". La nulidad derivará en tales casos del fraude de ley que supone, en la práctica, la utilización de fórmulas convencionales que pueden "asemejarse a la funcionalidad real de los contratos temporales" permitiendo su uso para enmascarar unos fines no pretendidos por la ley (STS 20 jul.11,

Ar. 6680, FJ 4). Pero una doctrina como la expuesta podría considerarse superada por la tesis constitucional contenida en la STC 59/14 toda vez que ese mismo riesgo se puede deducir de la norma cuestionada (sustituir la contratación temporal por esta otra indefinida que avala la extinción del contrato sin indemnización durante un año mediante el período de prueba fijado) y no ha sido objeto de consideración por parte del Tribunal Constitucional.

En conclusión, y teniendo en cuenta que algunas de las afirmaciones efectuadas en este análisis se basan en hipótesis y no en tesis, lo cierto es que la STC 59/14 aporta un alcance mayor que el mero debate jurídico sobre la constitucionalidad de la norma, con ser éste de sumo interés. No en vano, de la constitucionalidad o no de este aspecto concreto de la reforma, dependía la decisión de más del 99% de las empresas españolas que potencialmente podían recurrir al contrato de apoyo a emprendedores. Bien es cierto que no todas las empresas de menos de cincuenta trabajadores responden al perfil emprendedor y que, con dos años de vida, se considera que una empresa se consolida en el mercado por lo que, para ser emprendedor, se requiere una vigencia inferior. Pero la norma sólo exige que se trate de empresas de menos de cincuenta trabajadores y, de acuerdo con los últimos datos publicados por Eurostat, el tejido empresarial español está compuesto en un 99.2% por pequeñas empresas. Pues bien, ahora esta decisión constitucional no sólo afecta potencialmente a las mismas sino a ese otro 0.7% que representan las medianas empresas y al 0.1% que suponen las grandes. Todas ellas podrían incorporar esta medida en el futuro a sus relaciones laborales, proyectándose el análisis efectuado sobre una negociación colectiva con límites aún por descubrir.