

POLÍTICA DE EMPLEO Y PERIODO DE PRUEBA DE UN AÑO: CRÍTICA DESDE LA DOBLE PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

MARÍA ROSA VALLECILLO GÁMEZ

*Profesora Asociada Acreditada para Contratada Doctora
Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén*

EXTRACTO

**Palabras clave: período de prueba, constitucionalidad,
política de empleo, normativa internacional**

Desde la consideración básica del contrato indefinido de apoyo a emprendedores dentro del ámbito de la política de empleo se aborda en este trabajo un análisis tanto de la reciente jurisprudencia que en relación a la pretendida inconstitucionalidad del período de prueba en él contenida, como de la entendida, conculcación por parte de España del artículo 4.4 de la CSE que establece como garantía de los trabajadores el derecho a disponer de un plazo razonable de preaviso de finalización del empleo. La falta de razonabilidad concluida y los datos aportados sobre uso de este contrato en su justificación como elemento de política de empleo, hacen que nos parezca un sarcasmo su calificación como “indefinido”. El trabajo se desarrolla con la intención de desgarnar los argumentos esgrimidos desde el punto de vista de la norma internacional fundamentalmente, pero de la jurisprudencia nacional también.

ABSTRACT

**Key words: probationary period, constitutionality,
employment policy, international regulation**

From the basic consideration of the indefinite contract support to entrepreneurs within the scope of the employment policy is addressed in this paper an analysis of both, the recent jurisprudence that in relation to the intended to unconstitutionality of the trial period in the container, and the understood infringements by Spain of article 4.4 of the CSE that establishes as a guarantee for the workers, the right to have a reasonable period of notice of finalisation of employment. The lack of reasonableness completed and data provided on the use of this agreement in its justification as an element of employment policy, make us look like sarcasm its qualification as “undefined”. The work is carried out with the intention of deseeded the arguments from the point of view of the international standard primarily, but also national jurisprudence.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA NATURALEZA Y FINALIDAD DEL PERIODO DE PRUEBA Y LA PRETENSIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 3/2012
 - 2.1. De la naturaleza del período de prueba
 - 2.2. Cuestiones de política de empleo en la pretendida inconstitucionalidad: la deprecionante sentencia del Tribunal Constitucional
 - 2.3.1. Los argumentos de la sentencia
 - 2.3.2. Elementos de política de empleo en la decisión del TCO
 - 2.3. La versión del empresario. El contrapeso del régimen de incentivos
3. DE LA JUSTIFICADA, O NO, APLICACIÓN DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL.
4. VALORACIÓN Y CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

El Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) llama la atención al Estado Español por la disconformidad de la legislación interna laboral con los preceptos reconocidos en la Carta Social Europea (CSE). El CEDS, a través del procedimiento de control de informes, y a partir del informe periódico que España tiene la obligación de elaborar - como parte de la CSE -, constata los incumplimientos de la Carta Social Europea por parte del Estado Español, en esta ocasión en relación al período comprendido entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2012.

En las Conclusiones XX-3 (2014) sobre el cumplimiento por España del grupo de artículos sobre derechos laborales de la CSE - Artículos 2, 4, 5 y 6, y 2 y 3 del Protocolo Adicional de 1988 - el CEDS dictamina el incumplimiento por parte de España de la Carta Social Europea hasta en siete materias diversas, relacionadas con derechos laborales individuales, condiciones de trabajo, negociación colectiva, libertad sindical y ejercicio del derecho de huelga - Artículos. 2.1, 2.4, 4.1, 4.2, 4.4, 6.2 y 6.4 -.

Estas conclusiones llegan en un momento particularmente interesante a nivel interno, puesto que nuestro Tribunal Constitucional ha convalidado la reforma laboral del 2012 - Ley 3/2012 -, confirmando su constitucionalidad. Reforma que, sin embargo, a la luz de las Conclusiones XX-3 (2014), no supera el control de convencionalidad.

El CEDS entiende que la situación en España conculca el artículo 4.4 de la CSE que establece como garantía de los trabajadores el derecho a disponer de

un plazo razonable de preaviso de terminación del empleo. Concluye que la configuración del plazo de preaviso, tanto en contratos indefinidos como temporales, no resulta razonable en los términos establecidos en nuestra legislación en los casos de despido por causas objetivas, más allá de los 6 meses, cuando ante determinadas circunstancias se suprime el requisito del preaviso durante el período de prueba, como en el caso de los contratos temporales inferiores a un año - de un año del contrato de apoyo a los emprendedores, en el caso que comentamos - o cuando la fijación del plazo de preaviso se deja a la discrecionalidad de las partes porque ello sólo implica suprimir el derecho del 4.4 CSE.

En sentido complementario, el 5 de febrero de 2015 el TJUE dicta sentencias sobre el asunto C-117/14 que plantea una decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del artículo 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – en adelante Carta - y de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Esta sentencia, pese a su declaración de incompetencia para responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, sigue sumando jurisprudencia relativa al conflictivo tema del período de prueba establecido en el contrato de apoyo a emprendedores.

El elemento principal sobre el que gira el razonamiento tanto del CEDS como de las distintas sentencias que vamos a utilizar en nuestro comentario, es un vaciamiento de los derechos al trabajo y a la negociación colectiva recogidos en los artículos 35 y 37 de la Constitución, en pro de una precarización laboral, no sabemos si deseada o consentida, concediendo al legislador una capacidad que puede llegar a considerarse casi ilimitada en la regulación del contenido de estos derechos, y cuyo contenido esencial en su consideración de derechos constitucionales que son, debe ser respetado en todo caso, condicionado laboralmente, por la caracterización del estado social, la promoción de la igualdad y el respeto a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad -artículos 1.1, 9.2 y 10.1 -. Se prioriza así la libertad de empresa y la defensa de la productividad en el ámbito de las relaciones laborales, de manera que se podía entender como una conversión de la normativa laboral en un instrumento al servicio del interés empresarial frente a las garantías de los trabajadores, introduciendo una condición de empleo y no una condición de trabajo.

Tal amplitud del período de prueba -sin precedentes en nuestra legislación- hace que parezca hasta un sarcasmo la propia denominación de indefinido del contrato creado ya que se trata de una modificación legislativa respecto del régimen del vigente período de prueba previsto en el artículo 14 del Estatuto de

los Trabajadores ampliada en cuanto a su duración y nos plantea una apuesta por un modelo de calidad que exige que no pueda sacrificarse el derecho a la estabilidad, propugnado por la Europa social frente a un modelo de política de empleo basado en la precariedad, defendido por la Europa mercantil.

También son varios los litigios interpuestos a propósito de los planteamientos acerca de la diferente regulación del período de prueba del artículo 14 de la LET y el de la Ley 3/2012 y la carencia, expresada en casi todas ellas, de la protección jurídica frente a un posible despido durante un año en el supuesto de la reforma introducida por la Ley 3/2012¹, en lo que se refiere a la forma de este, a los motivos por los que se decide y al control judicial al que puede someterse. A ellos también dedicaremos un repaso breve.

Este es el contenido del trabajo que vamos a desarrollar en los siguientes apartados, con la intención de desgarnar los argumentos esgrimidos desde el punto de vista de la norma internacional fundamentalmente, pero de la jurisprudencia nacional también, desde la consideración de este contrato como elemento de política de empleo.

2. LA NATURALEZA Y FINALIDAD DEL PERÍODO DE PRUEBA Y LA PRETENSIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 3/2012

El artículo 4 de la Ley 3/2012 establece una nueva modalidad contractual por tiempo indefinido, a la vez que deroga el anterior contrato para el fomento de la contratación indefinida regulado en la Disposición Adicional primera de la Ley 12/2001, de 9 de julio. Dispone el artículo 4.3 de la Ley que el periodo de prueba “*será de un año en todo caso*” y esta previsión legal produce los efectos que desarrollamos en los párrafos subsiguientes.

Su aprobación se justificó teóricamente en su declaración – propia en la exposición de motivos - como una “*norma completa y equilibrada*” que “*trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el*

¹ Moreno Vida, M.N., “La contratación laboral. La reforma de la contratación laboral, de nuevo el fomento del empleo a través de la precariedad”. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Núm. 34. 2013

empleo y adecuados niveles de protección social". La justificación esgrimida para la introducción del contrato indefinido de apoyo a emprendedores se establece en dar cumplimiento a la propuesta concreta de la Unión Europea consistente en "*ampliar el uso de acuerdos contractuales por tiempo indefinido, con un periodo de prueba suficientemente largo y un aumento gradual de los derechos de protección del empleo*", que se recoge en la Agenda de nuevas cualificaciones y empleo de 23 de noviembre de 2010, encuadrada en la Estrategia Europea 2020. Sin embargo, esta justificación nos resulta contradictoria si atendemos al necesario reconocimiento de la normativa internacional y de los criterios que rigen la jerarquía entre las fuentes del derecho².

Con estos argumentos se planteó la dudosa constitucionalidad del periodo de prueba, puesto que, aunque el desistimiento pueda producirse en cualquier momento durante el primer año de vigencia del contrato, no puede considerarse en sentido jurídico un despido, siendo una figura más aproximada a un despido sin causa y sin indemnización, y por tanto en pugna con el derecho a no ser despedido sin causa recogido en el art. 35.1 CE.

2.1. De la naturaleza del período de prueba

El periodo de prueba como pacto típico del contrato es la institución que más se va a ver afectada por la regulación del contrato de ayuda al emprendedor, cuando es "*una institución pensada y diseñada sobre todo para que el empresario pueda realizar una óptima elección del trabajador en el ejercicio de su libertad de contratación*"³. La crítica, prácticamente unánime, a tan dilatado periodo de prueba incidía en que el carácter indefinido del contrato quedaba relativizado al convertirlo en un contrato más cercano a los contratos temporales no causales o en un contrato de un año de duración, con un despido libre sin indemnización⁴. Por tanto, la peculiaridad de este contrato se ciñe a la única excepción de que el período de prueba será de "un año en todo caso".

² Para más abundamiento en la cuestión, podemos acudir a los informes de utilización de este tipo de contrato. De mucho interés resulta Arévalo Quijada, M.T., Calvo Gallego, F.J., Gómez Domínguez, D., "Grado y tipo de utilización en Andalucía del contrato de apoyo al emprendedor durante los primeros meses de la reforma laboral". Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social. N° 117/2012. Págs. 95-126

³ Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de mayo de 2014.

⁴ Vicente Palacio, A., "El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la reforma del mercado laboral (Una breve presentación de la reforma en el ámbito del Derecho Individual)". Revista General de Derecho del Trabajo y del la Seguridad Social, 2012, nú. 31. En www.iustel.com/v2/revistas

El régimen previsto en el artículo 14 ET se fundamenta en un principio convencional o de supletoriedad legal, justificado en que el régimen del ET tras la redacción dada por la Ley 11/94⁵ es supletorio respecto del que establezcan los convenios colectivos, pudiendo establecer estos un periodo de prueba diferente, incluso de duración superior a la fijada en el ET para el tipo de contrato. Por tanto es el propio ET el que remite a la negociación colectiva la fijación del periodo de prueba y solo se aplica el régimen del artículo 14 en los casos de defecto de previsión convencional.

En lo que se refiere al régimen legal del artículo 14, el período de prueba se configura con las siguientes características:

- No existe uniformidad para todas las categorías ni para todos los grupos profesionales. La diferencia de la duración atiende a la cualificación profesional, pudiendo ser el doble o incluso el triple para los técnicos titulados que para trabajadores sin la cualificación exigida para el puesto de trabajo. Tampoco existe unificación en el tipo de empresa porque también diferencia la duración máxima atendiendo a que la misma sea menor o mayor de 25 trabajadores.
- La duración que se señala, a falta de convenio colectivo, es máxima y, por tanto, indisponible tanto para la empresa como para el trabajador, y se fija en seis meses para los técnicos titulados y dos para el resto de trabajadores, salvo que la empresa sea menor de 25 trabajadores en cuyo caso el máximo de dos se amplía a tres meses. Este máximo se puede reducir por acuerdo entre la empresa y el trabajador.
- Hay que tener igualmente en cuenta que el periodo de prueba sirve para conocer las cualidades laborales del trabajador en relación al ámbito laboral contratado, por lo que no han de constarle al empleador las condiciones ni las aptitudes del trabajador, por lo que si las conoce, por haber existido una relación laboral previa, el período de prueba no cumple su finalidad y el mismo se convierte en nulo (TS 18/01/05 REC.253/2004).

⁵ Previamente a la reforma introducida con la Ley 11/1994 en el Estatuto de los Trabajadores, el periodo de prueba era una norma de derecho relativo necesario no pudiéndose regular “in peius” por el convenio colectivo, en Rivero Lamas, J., “Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 112/1994. Una aproximación interpretativa”. Derecho Laboral. N° 43. 1994

El periodo de prueba constituye una condición resolutoria pactada⁶ y de necesaria concertación por escrito⁷ por lo que, sobrevenida la condición - a instancia de cualquiera de las partes - en forma de mera declaración con voluntad extintiva, sin necesidad de forma concreta (STS 2/4/2007 REC 375/2013) y sin necesidad de alegación de otra causa, se tiene libremente por extinguida la relación laboral, por lo que la causa de la resolución es intrascendente, salvo que trascienda el ámbito de la normativa o vulnere derechos constitucionales (TC 94/94, de 16 de octubre RTC 1984/94)). Además existe ausencia indemnizatoria puesto que, estando la terminación legalmente concertada, la finalización durante el periodo de prueba no da lugar a indemnización entre las partes, salvo pacto en contrario.

Se trata, por tanto, de un pacto típico del contrato que, como tal requiere la voluntad concurrente de ambos sujetos de la relación laboral para su materialización⁸. El momento para realizarlo ha de coincidir con el inicio de la prestación de trabajo y tal y como ya hemos expresado, siempre que no haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la misma empresa, esto con independencia de la modalidad contractual bajo la que haya trabajado.

Con estas circunstancias, el régimen jurídico establecido para este contrato altera, como es evidente, de manera sustancial la regulación legal prevista para

⁶ Hablamos de un pacto típico del contrato y como tal la libertad de decisión de las partes sobre su contratación es absoluta. “Se designa con el nombre de pactos típicos a determinados acuerdos accesorios incorporados al contenido del contrato por voluntad de los contratantes a los que el legislador ha considerado conveniente dedicar una regulación específica, por su frecuencia en el tráfico contractual y/o por afecta a intereses “sensibles”, en Martín Valverde, A., “Constitucionalidad y legalidad en la jurisprudencia constitucional sobre condiciones de empleo y trabajo. Un estudio a través de sentencias recientes”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 73. Pág. 27.

⁷ Siguiendo jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando establece, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es necesario “que se concierte por escrito en el contrato de trabajo, al configurarse como un pacto típico en el inicio del contrato, dependiente de la voluntad de la empresa y del trabajador, a quienes puede interesar o no pactarlo”. STC nº 94/1994, de 16 de octubre (RTC 1984/94)

⁸ El período de prueba es el resultado de un pacto individual, recogido en el contrato de trabajo celebrado entre las partes de forma expresa. Su formalización ha de realizarse por escrito, siendo este un requisito “ad solemnitatem” de su validez. Así Cruz Villalón, J., “Compendio de Derecho del Trabajo”. Tecnos. Madrid. 4ª Edic. Pág. 132; Martín Valverde, A., Rodríguez Sañudo Gutiérrez, F., García Murcia, J., “Derecho del Trabajo”. Tecnos. Madrid. 21ª edic. Pág. 513.

este pacto, afectando al carácter de la norma, a la finalidad de la institución y a sus límites⁹.

2.2. Cuestiones de política de empleo en la pretendida inconstitucionalidad: la decepcionante sentencia del Tribunal Constitucional

2.2.1. Los argumentos de la sentencia

La esperada sentencia del Tribunal Constitucional, en relación al periodo de prueba de las que resuelve el primer recurso de inconstitucionalidad de los presentados contra la reforma laboral de 2012, ha resultado decepcionante para un amplio sector de la doctrina y ha vuelto a abrir la polémica acerca de su trascendencia como condicionante de la regulación de las relaciones laborales en España.

La sentencia prioriza el acceso al empleo a cualquier precio con base en el artículo 49 CE, que insta a los poderes públicos a la promoción de una política orientada al pleno empleo. Esto es, promueve el despido libre durante el primer año de contrato. Igualmente utiliza la crisis económica y el abrumante nivel de desempleo como justificantes - en razón de una política de empleo - para autorizar la limitación de derechos de los trabajadores, tanto individuales como colectivos. *“La excepcionalidad del contexto de grave crisis económica que atravesamos, no puede ser un pretexto, sino un acicate para ser más escrupulosos en el respeto de las garantías democráticas”*¹⁰.

Eran tres los motivos de la interposición del recurso y cada uno de ellos se desestima, a pesar de los argumentos que pretendían sostener su inconstitucionalidad, con base en la propia doctrina del Tribunal, doctrina defendida hasta la publicación de esta sentencia. Los motivos resultan coherentes, pese a las críticas – lo que no significa estar de acuerdo -, con lo expresado en la exposición de motivos de la norma, que declara expresamente que nos encontramos ante una norma *“...completa y equilibrada..., en la que se...trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de*

⁹ Moreno Vida, M.N., “Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia”. Rev. Temas Laborales, núm. 115. 2012. Pág. 199

¹⁰ Rojo Torrecilla, E., <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/02/mejor-leer-la-sentencia-integra-que-el.html>; <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/12/sobre-la-ilegalidad-el-periodo-de.html>

la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social...

El principal argumento es la consideración del periodo de prueba dentro del poder de gestión empresarial como un instrumento de incentivación en la creación de empleo. El periodo de 12 meses fijado por la norma se considera, a juicio del Tribunal, razonable para valorar las aptitudes del trabajador, pero también “...*si el puesto de trabajo es económicamente sostenible y puede mantenerse en el tiempo*”¹¹.

Los otros dos motivos tienen su base en la relación con la negociación colectiva. Por una parte, el sometimiento de los “descuelgues” de lo pactado en convenio a un arbitraje obligatorio ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos tiene perfecto encaje constitucional por configurarse como un mecanismo que “*facilita la viabilidad del proyecto empresarial*” en un contexto de “*crisis económica muy grave*”.

Por otra parte, el establecimiento de este periodo de un año “*en todo caso*” puede hacer pensar que estamos ante una norma de derecho necesario absoluto, lo que impediría que la negociación colectiva pudiera rebajar la duración de dicho periodo en relación a las circunstancias concurrentes en la actividad para que el trabajador resulte contratado, e incluso cabría sostener que la duración de dicho periodo de prueba no podría ser alterada por voluntad de las partes contratantes. Esto no impide la nulidad del pacto que establece un periodo de prueba cuando el trabajador haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa.

No tardaron mucho en sucederse las críticas, casi unánimes de la doctrina, al considerar que este carácter indefinido quedaba bastante relativizado con el establecimiento de la no aplicación del régimen jurídico general del art. 14 ET, con la regulación de un periodo de prueba de un año “*en todo caso*”, lo que convierte este contrato, a nuestro juicio, en un contrato temporal no causal o en un contrato con despido libre sin indemnización en el primer año de duración¹².

¹¹ García Blasco, J., “La contratación laboral en la reforma legal de 2012: entre el estímulo de la contratación indefinida y la preocupación por el empleo”. Documentación Laboral. Núm. 95-96. 2012. Págs. 16 y 17

¹² Vicente Palacio, A., “El Real decreto-ley de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la reforma del mercado laboral (una breve presentación de la reforma en el ámbito del Derecho Individual”. revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Núm. 31. 2012. Pág. 266.

Esta sentencia y su tesis, se han visto reiteradas en otra reciente sentencia del 22 de enero, en la que se recuerda que en la anterior “...*hemos rechazado que el precepto impugnado vulnere el artículo 35.1 CE en tanto que la previsión cuestionada relativa a la duración del período de prueba constituye una medida que cuenta con una justificación legitimadora y resulta razonable y proporcionada en atención a los fines perseguidos por el legislación con su establecimiento.*”¹³

2.2.2. Elementos de política de empleo en la decisión del TCO

- Diferenciación de cualificaciones en la duración del período de prueba

La reforma altera profundamente la duración del período de prueba establecida en el ET y en los convenios colectivos¹⁴. El art. 14 ET dispone que, a falta de pacto en convenio, la duración del periodo de prueba no podrá exceder de 6 meses para los técnicos titulados ni de dos meses para los demás trabajadores, ampliándolo a 3 meses en las empresas de menos de 25 trabajadores. Por su parte, el art. 11.1 ET que regula el contrato en prácticas, es decir, la contratación de quienes están en posesión de un título universitario o de formación profesional de grado medio o superior, dispone que el periodo de prueba no puede ser superior a dos meses en ningún caso, salvo lo dispuesto en convenio colectivo.

Por ello, con esta regulación el periodo de prueba pasa con carácter general de 2 a 12 meses, por lo que para la contratación de un trabajador sin cualificación especial el periodo de prueba es de un año, mientras que hasta ahora, para poder contratar el mismo trabajador, el periodo máximo de prueba era de 2 o 3 meses en formación de la plantilla de la empresa y si se trataba de un titulado superior, ese periodo era a lo sumo de 2 meses en prácticas o de 6 meses máximo.

Consideramos necesario insistir brevemente en la diferenciación de cualificaciones que el modelo del ET establece en el establecimiento de un período

¹³ No podemos dejar de hacer referencia a la muy reciente doctrina de suplicación que abunda en la inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Auto.aspx?cod=24256>

¹⁴ Casas Baamonde, M.E., Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Valdés Dal-Re, F., “La nueva reforma laboral”. Relaciones Laborales. núm 5. Sección Editorial. Quincena del 1 al 15 de marzo de 2012. Tomo 1, en La Ley 2639/2012.

de prueba. Resulta evidente que la cuestión de la cualificación es importante desde el punto de vista del establecimiento de esta figura como elemento de política de empleo porque su objeto es favorecer la contratación indefinida aunque la consecuencia – queremos creer que no es una pretensión oculta - sea el incremento de la precarización de los jóvenes en el acceso al empleo. Evidentemente esta incidencia es aún mayor en las personas con mayor cualificación, pese a que se pueda considerar que el período en el que se incrementa su precariedad es menor, porque es necesario tener en cuenta el período de formación previa para la adquisición de competencias que les permitan el desarrollo de un trabajo. La fijación de un período de prueba de un año “en todo caso” iguala el periodo de formación y comprobación de la capacitación en la empresa con independencia de la cualificación de acceso, lo que, a nuestro juicio, lejos de resultar “igualatorio” resulta “discriminatorio”.

- Desistimiento

Durante el periodo de prueba establecido para este contrato el empresario podrá desistir del mismo y resolverlo unilateralmente y sin derecho a indemnización alguna para el trabajador, y sin tener que justificar la causa de la extinción ni precisará hacerlo por escrito, ya que “*la terminación de la relación durante la prueba no está sujeta a requisitos formales, permitiendo que el desistimiento sea incluso verbal y sin exteriorización de la causa*”. Así, durante el periodo de prueba, podrá comunicarse en cualquier momento el cese al trabajador y el único límite oponible a la decisión empresarial será la hipotética vulneración de derechos fundamentales (STC 94/1984 y 166/1988).

Que el desistimiento pueda producirse verbalmente puede originar problemas al trabajador en la acreditación de la situación legal de desempleo, puesto que el Servicio Público de Empleo, a falta de una constancia escrita del desistimiento, puede considerar la baja como voluntaria. De esta manera, aunque el contrato se presente - desde un punto de vista formal y en apariencia - como indefinido, no deja de ser un contrato con un potencial elevado de precariedad, superior a los contratos temporales y con una consecuente posible pérdida de derechos para el trabajador. No nos cabe interpretar que una política de fomento de la contratación – o con el objetivo manifiesto de “*..facilitar el empleo estable...*” - pueda derivar en una política de degradación de las condiciones de empleo y desempleo.

En el voto particular que formula el magistrado Valdés Dal-Ré se manifiesta el disenso con la decisión finalmente adoptada. Entre los razonamientos esgrimidos se establece que el cumplimiento del mandato de llevar a

cabo una política orientada al pleno empleo – artículo 40 CE – “carece de la menor consistencia constitucional y legal” porque “anima a la contratación mediante el fácil expediente que es precisamente lo que persigue la extensión a un año del período de prueba de facilitar la extinción de los contratos” y manifiesta su sorpresa ante el argumento de 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”. Entendemos por tanto que la creación de empleo estable es una finalidad que puede cumplir el contrato pero no su período de prueba¹⁵.

El régimen extintivo del periodo de prueba es ajeno a cualquier consideración causal o formal, salvo que se impliquen derechos fundamentales. Así lo ha venido negando el TS, configurando el periodo de prueba como “una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo rescindir unilateralmente el mismo, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, bastando con que el periodo de prueba esté todavía vigente y que el empresario o el empleado extinga la relación laboral, sin que sea preciso para ello llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó, salvo que la decisión esté motivada por razón discriminatoria que viole el artículo 14 CE o vulnere cualquier otro derecho fundamental” - STS 2 de abril de 2007 (A. 3193) -.

El atractivo empresarial de este contrato se concentra en la libre rescisión empresarial de la relación de trabajo¹⁶, inmune al control judicial – en términos generales – y exento de cualquier consecuencia patrimonial, incluso de la modesta indemnización ligada a la terminación de algunos contratos temporales¹⁷. El impacto de este uso es tan intenso que bien puede decirse que supone de facto el establecimiento de un estadio paralaboral, creando una zona franca en la que los mecanismos reequilibradores de las normas de trabajo quedan suspendidos. Incluso podríamos pensar que estamos ante una fórmula que pretende huir del derecho del trabajo, amparada en su origen legal que, a pesar

¹⁵ Salcedo Beltrán, C., “De nuevo sobre el período de prueba tras la doctrina del Tribunal Constitucional: el necesario respeto a las normas internacionales. (A propósito de la SJS nº3 de Barcelona de 5 de noviembre de 2014)”. Revista de Derecho Social. núm. 68. Pág. 154

¹⁶ Resulta igualmente interesante, Gorelli Hernández, J., “El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad... Págs. 48 y ss.

¹⁷ Art. 49.1.c y DA 13ª ET

de esta naturaleza, choca con el compromiso asumido en el texto constitucional porque resulta de difícil interpretación la duración del período de prueba de “*un año en todo caso*”¹⁸. En el caso que nos ocupa, el “*en todo caso*” reduciría su operatividad exclusivamente a la duración del pacto de prueba y su función sería la de advertir que la llamada a los convenios y la diferenciación por cualificaciones prevista en el régimen de este contrato no serían relevantes. Y ello porque el período de prueba de un año se incorpora automáticamente al contrato sin necesidad de pacto expreso al respecto¹⁹ y además, con independencia de que el trabajador haya desempeñado ya las mismas funciones con anterioridad en la empresa.

- Desnaturalización como cuestión general

Es lícito también plantear si establecer un periodo de prueba tan dilatado supone una desnaturalización de la finalidad de esta institución²⁰, cuando el objeto de período de prueba no es otro que permitir al empresario que compruebe si el trabajador contratado es apto para la prestación de los servicios inherentes al contrato²¹. La jurisprudencia estima que no hay razón para exigir la prueba de una aptitud cuando esta ya se ha acreditado y su existencia consta a ambas partes - STS 18 de enero de 2005, REC. 253/2004 -, justificada en que el fin del establecimiento de la misma es “*acreditar la idoneidad del trabajador para el empleo que motiva el contrato*” - STS 18 de enero de 2005, REC. 2433/2004 -, habiéndose mantenido en ocasiones la nulidad del período de prueba por resultar abusivo, no considerando razonable “*admitir que el empresario necesite un período de prueba tan largo, para advertir la capacidad profesional de una actividad*” - STS 12 de noviembre de 2007, REC. 4341/2006 -.

¹⁸ Un análisis del uso en los textos legales es fuente de ambigüedades tanto si opera como sintagma preposicional – si así lo entendemos en el RDL 3/2012 – o como marcador del discurso, lo encontramos en Reig Alamillo, A., “El marcador del discurso “en todo caso” en los textos legislativos”. Revista de Lengua i Dret. núm. 36. 20001. Págs. 9-22.

¹⁹ Martín Valverde, A., “Constitucionalidad y legalidad en la jurisprudencia constitucional sobre condiciones de empleo y trabajo. Un estudio a través de sentencias recientes”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 73, pág. 27

²⁰ Es interesante la doctrina sustentada en la STS de 20 de junio de 2011, rec. 152/2010, referida al establecimiento de un período de prueba de un año, considerando este excesivo, ya que el objetivo de la prueba se puede satisfacer en un lapso temporal menor, y considerando esta situación un abuso de derecho.

²¹ Moreno Vida, M.N., “Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia”. Rev. Temas Laborales, núm. 115. 2012. Pág. 198

Su afectación origina su conexión con el artículo 35.1CE que se justifica en que “*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*”²². La sentencia llega a afirmar que “*antes del derecho a la estabilidad en el empleo figura el derecho de acceso al mismo*”. Esto demuestra el incumplimiento de la CSE y de la jurisprudencia de la decisión de fondo de 23 de mayo de 2012 que resolvió expresamente sobre esta cuestión, además de incumplir la emitida con anterioridad por el CEDS en relación a que la crisis económica no puede justificar la restricción de derechos sociales²³.

En cualquier caso, no podemos obviar que el objetivo explícito por el que se formula el contrato de apoyo a los emprendedores, es “*facilitar el empleo estable*”, lo que no parece compatible con la idea de que el período de prueba sea un elemento estructural del contrato inmune a cualquier condicionante que provenga del artículo 14 ET. Es por eso que el periodo de prueba en este contrato ha generado desde su publicación, profundas dudas de inconstitucionalidad que han desembocado en las sentencias referidas. Las razones que nos llevan a entender la insostenibilidad de la duración de este período de prueba son:

- La causalidad y la condición de revisable del despido en nuestro sistema de relaciones laborales. La interpretación que tradicionalmente se ha realizado del artículo 35 CE²⁴ por parte del TC tiene importantes consecuencias en materia de estabilidad, que podrían reconducirse a tres puntos clave: 1) la extinción empresarial del contrato ha de ser causal -

²² En algún caso podría justificarse la inscripción de la medida en el marco de una legislación excepcional por el contexto de crisis, en atención a la temporalidad establecida en la ley – cuando la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15% - lo que lo convertiría de una causalidad y justificación legales suficientes para satisfacer la exigencia constitucional. GARCÍA BLASCO, J., “La contratación laboral en la reforma legal de 2012: entre el estímulo de la contratación indefinida y la preocupación por el empleo”. Documentación Laboral. Núm. 95-96. 2012. Págs. 16-17

²³ Conclusiones XIX-2 de 2009, sobre la aplicación de la Carta Social Europea en el contexto de la crisis económica global. Introducción general. “...*si la crisis puede legítimamente conducir, en unos u otros ámbitos, a reorganizar los dispositivos normativos y las prácticas vigentes con vista a limitar algunos de los costes para los presupuestos públicos o aligerar las cargas que pesan sobre las empresas, semejante reorganización no debería traducirse en una precarización excesiva de los beneficiarios de los derechos reconocidos por la Carta...*”

²⁴ Para las implicaciones que el derecho del trabajo tiene en materia de causalidad de la contratación temporal y para las consecuencias en materia de despido, Baylos, A. y Pérez Rey, J., “El despido o la violencia del poder privado”. Trotta. 2ª edic. Madrid. 2009. Págs. 51-72 y Pérez Rey, J., “Estabilidad en el empleo”. Trotta. Madrid. 2004, págs. 40-48.

STC 22/1981 – 2) el derecho a no poder ser despedido si no existe causa- y 3) ha de poder ser revisada a instancias del trabajador por un órgano neutral - SSTC 192/2003 y 20/1994 -. De esta manera cobra fuerza un principio general de limitación del despido tanto por razones de fondo como de forma, que es perfectamente compatible con el reconocimiento de la libertad de empresa de la que, a mayor abundamiento, no es posible deducir un principio de libertad “ad nutum” del despido.

- El periodo de prueba escapa relativamente a las exigencias de causalidad de la terminación del contrato de trabajo

2.3. La versión del empresario. El contrapeso del régimen de incentivos

En esta consideración de las consecuencias individuales de la suscripción de este contrato entendemos necesaria una referencia a “la otra parte”, es decir, al contrapeso que supone el régimen de incentivos para el empresario. A fecha de cierre de este trabajo son un total de 272.156²⁵ contratos de apoyo a emprendedores los que se han firmado desde su puesta en marcha. De los análisis realizados sobre la reforma laboral se desprende que en su concertación se ha convertido en un factor preponderante el hecho de que pueda ser resuelto por parte del empresario durante el primer año, entendiéndose que las bonificaciones e incentivos previstos para el mismo no son limitantes. Se evidencia esta cuestión en el incremento de las altas en prestaciones por desempleo que tienen su origen en una finalización de la relación laboral durante el mismo²⁶.

Desde 2012 a enero de 2014, periodo que corresponde a los datos de que disponemos pero que puede resultar orientativo, estas son las cifras con respecto al contrato de emprendedores:

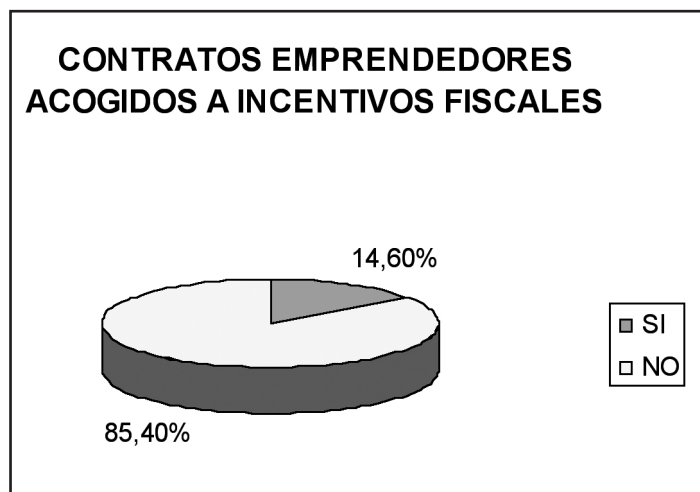
²⁵ SEPE. Estadísticas

www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/emprendedores.html. Los datos estadísticos proporcionados por las fuentes oficiales no aportan información específica sobre la causa que origina el acceso a las prestaciones por desempleo, con lo que resulta imposible conocer el tipo de contrato que ha producido esa finalización, por tanto no podemos verificar si el contrato que analizamos es mayoritario en esa finalización, como sería de nuestro interés.

²⁶ Para una mayor profundización Rodríguez Cardo, I.A., “Bonificaciones, desempleo y otros temas de Seguridad Social” en Comentario a la reforma laboral de 2012, en Montoya Melgar y García Murcia, J. (Dir.), Ed. Civitas. 2012. Págs. 74 y 75

Contratos firmados	0,60%
sobre el total de contratos indefinidos	7,30%
acogidos a incentivos fiscales	14,4%

Fuente: UGT²⁷



Fuente: UGT

Como puede comprobarse a la luz de estos datos, no es una cifra significativa la que suponen los contratos que nos ocupan sobre el total de contratos firmados, lo que demuestra que su creación no ha conseguido el objetivo de incremento de la contratación indefinida que se pretendía, al menos desde nuestra percepción. En cualquier caso, de los datos estadísticos que proporciona el SEPE no puede extraerse una información más detallada, puesto que la que se ofrece lo hace con carácter general en relación a la contratación indefinida en su conjunto. Los únicos datos más concretos de que disponemos son los informes anuales que el sindicato UGT ha realizado sobre la reforma laboral de 2012 y que nos proporcionan alguna información adicional como, por ejemplo, la rela-

²⁷http://www.ugt.es/Publicaciones/2014-02-07_Dos_anios_de_reforma_laboral_UGT.pdf. Pág. 22. En este informe se afirma que en el período de referencia un 85,4% de los nuevos contratos de apoyo a emprendedores firmados se han empleado sin utilizar los incentivos fiscales, evidenciándolo con los datos de altas de prestaciones contributivas de desempleo en las que se observa un aumento de las originadas por despido en período de prueba.

tiva a los contratos que de esta modalidad se han acogido a incentivos fiscales y que evidencian la poca incidencia en su carácter de indefinido a la luz del escaso porcentaje - apenas un 15% del total - acogidos a incentivos.

Esta circunstancia demuestra igualmente que las empresas no contratan si no es necesario, por lo que los incentivos no suponen un acicate para aumentar el empleo, además de que la pretendida estabilidad que traía este contrato de carácter indefinido no era sino teórica y ha pasado a ser una cuestión relativa, puesto que muchos de los contratos suscritos bajo esta modalidad se resuelven durante el primer año, lo que a nuestro juicio confiere un atractivo especial a la prerrogativa de finalización durante el período de prueba, con independencia de la pérdida de los beneficios asociados al mantenimiento del contrato.

Ninguno de estos argumentos de eficacia aparece en los discursos del Constitucional, evidenciando irrealismo y una reflexión meramente ideológica²⁸.

3. DE LA JUSTIFICADA O NO, APLICACIÓN DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL

Con la finalidad de realizar un análisis crítico con los fundamentos legales disponibles, se va a realizar un breve análisis de los distintos mecanismos internacionales con los que se les puede hacer frente a los argumentos esgrimidos en la medida en que, ante regulaciones equivalentes aprobadas por otros países o por la fijación del mismo a nivel convencional o contractual, se han pronunciado los tribunales u organismos encargados de velar por la protección de los derechos de los trabajadores²⁹. Por un lado la Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales de 23 de mayo de 2012, publicada el 19 de octubre de 2012, que resuelve la reclamación núm. 66/2011, en la que se pronuncia sobre la vulneración de la Carta Social Europea de la medida consistente en la fijación, en Grecia de un período de prueba de un año en los contratos establecidos por exigencia

²⁸ Molina Navarrete, C., “Reforma laboral y “justicia constitucional”: el Tribunal Constitucional ni es “infalible” ni ya tiene la “última palabra”. Comentario a la STC 119/2014 de 16 de julio, RI 5603-2012 interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, de 6 de julio de reforma del mercado de trabajo”. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros. Núm. 377-378. 2014. Pág. 185-186.

²⁹ Sobre el régimen jurídico de este contrato y su vulneración de la normativa internacional Salcedo Beltrán, M.C.; “El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional”. Revista de Derecho Social. Núm. 62. 2013. Págs. 93 a 122.

de los requerimientos comunitarios en el contexto de un mecanismo de préstamo internacional a favor de su economía. Por otro lado de la Recomendación del Consejo de Administración de la OIT, incluida en el informe de 6 de noviembre de 2007, que resuelve la reclamación interpuesta contra el gobierno de Francia, con base en una normativa que fijó un nuevo contrato de características similares al instaurado en España. Esto supone el encuentro de la normativa nacional con unos límites supranacionales, también en este caso en el que la reforma rompe “...con todos los elementos del modelo de relaciones laborales que se tenía hasta la fecha, cimentados en compromisos institucionales, internacionales y comunitarios.”³⁰

La primera sentencia que recogió como parámetro de legalidad la CSE y la jurisprudencia del CEDS fue la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013³¹. La jueza estima y confirma lo que la doctrina ya había avanzado e incluso el propio CEDS, al expresar que este período de prueba evidencia en realidad un contrato temporal que se formaliza sin causa, y “...contraviniendo la legislación nacional en materia de contratación temporal, puesto que a través del contrato de apoyo a emprendedores con un período 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...”. La sentencia, pues, aplica el principio de jerarquía normativa en la no estimación de la duración del período de prueba, al referir a los artículos 10.2 y 96 de la CE, que reconocen expresamente su inclusión en el ordenamiento jurídico interno y dota de rango normativo el control de convencionalidad³².

Estas cuestiones se ratifican en la impugnación a que fue sometida la ley griega – Ley 3899/2010 - que viola el artículo 4.4 de la CSE. Esta Ley establece la ampliación del periodo de prueba de 2 a 12 meses para todos los trabajadores,

³⁰ López López, J., “Elementos de definición del modelo de relaciones laborales por las normas de la OIT y comunitarias: la desestabilización por la reforma laboral (2012)”. Revista de Derecho Social. Revista de Derecho Social 2012, núm. 57. Págs. 38 y 39.

³¹ Resulta interesante el análisis de la Sentencia nº 412/13, realizada por Hernández-Bejarano, M., “El período de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores: un ejemplo de vulneración de la Carta Social Europea. Sentencia nº 412/13 del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona, de 19 de noviembre de 2013. Temas Laborales: Revista andaluzad e trabajo y bienestar social. Nº 124/2014. Págs. 227-243.

³² Jimena Quesada, L., “A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derecho”. Aranzadi. Navarra. 2013. Pág. 24 y 25.

pudiendo la empresa en este período rescindir la relación laboral no teniendo el trabajador derecho a percibir indemnización alguna, salvo pacto en contrario. La fundamentación de la resolución – Resolución de 23 de mayo de 2012. Reclamación 65/2011 - se realiza argumentando que en los derechos de los trabajadores se encuentra el derecho a la protección de los mismos, lo que incluye disponer de un plazo de preaviso razonable en el caso de finalización de su relación laboral.

Pero con carácter previo a esta recomendación la OIT tiene aprobada una normativa para la protección del despido injustificado, con base principalmente en el Convenio 158 de 22 de junio de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo, que fue ratificado por España el 26 de abril de 1985. Este Convenio no permite la finalización de un contrato a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad, conducta o con base en el funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio – artículo 4 – y que establece el deber de garantizar las medidas frente a los contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección del convenio.

En aplicación de este artículo 4 *“debería declararse nulo por contrario a derecho e imponerse en canon de razonabilidad que establecen los textos internacionales”*. De todas maneras el propio Convenio también establece una posibilidad de exclusión, en su artículo 2, cuyo tenor literal excluye *“...de la totalidad o de algunas de las disposiciones del presente Convenio a... los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable...”* esta exclusión ha de tener por tanto una causa justificada, y para ello *“...las causas de terminación deben estar relacionadas con la capacidad o conducta del trabajador, o basarse en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”*, estimando que serán abusivas las finalizaciones de la relación laboral por parte del empresario *“...por un motivo cualquiera o sin motivo”*.

Sin embargo es necesario dejar constancia del informe que emitió la OIT a propuesta de la queja sindical francesa sobre el contrato de primer empleo de 2005, en el que se introducía un período de prueba de dos años y el Comité consideró que era incapaz de establecer si tal período era razonable dado que la jurisprudencia francesa había admitido los períodos de 6 meses instando, a cambio, que estos contratos no se puedan extinguir sin causa válida. Nos parece razonable por tanto la cita a este convenio pese a las dudas de razonabilidad que incluye en lo que a la duración de un período de prueba se refiere, porque afecta a otra de las vulneradas características que se cuestionan por su afección a los

derechos adquiridos por los trabajadores en el marco de una política de empleo, cual es la extinción sin causa válida.

A estos planteamientos debemos sumar la reciente sentencia dictada el pasado 5 de febrero por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con ocasión de la petición de decisión prejudicial planteada al amparo del artículo 267 del TFUE por el juzgado de lo Social número 23 de Madrid - Asunto C-117/14 -, que plantea la cuestión de la interpretación del artículo 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, cuyo tenor literal expresa: *“todo trabajador tiene derecho a la protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas”* y la Directiva 1999/1970/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al acuerdo marco de las CES, UNICE y CEEP sobre el trabajo de duración determinada³³.

Con esta base, la demanda se fundamenta en la estimación de que el periodo de prueba de un año fijado en el contrato de apoyo a emprendedores vulnera este convenio 158³⁴ al implicar el establecimiento de un despido sin causa ni indemnización al margen de los cometidos, funciones y cualificación del trabajador, cuestiones necesarias para el desempeño de un puesto de trabajo. La fundamentación viene recogida en la consideración que se hace de la institución *“...la institución del periodo de prueba está pensada para que el empresario, en los momentos iniciales del contrato, pueda comprobar la aptitud profesional y la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado”*, con habilitación expresa al empresario para la *“...extinción del contrato de trabajo por la nuda voluntad empresarial, que no requiere expresión de causalidad, ni procedimiento alguno, ni garantía sindical, ni contradicción, y sin tampoco asumir ningún coste o compensación a favor del trabajador, que se ve privado de su puesto de trabajo por la simple apreciación empresarial de que no le satisface la prestación de servicios, sin posibilidad de control judicial de si esa satisfacción tiene base real, objetiva y fundada, o no, y que opera en la práctica como un espacio de inmunidad para el empresario, con el solo límite del respeto a los derechos fundamentales”*.

³³ Los tribunales ordinarios hacen lo propio con los asuntos que tenían pendientes, en unos casos, anulando las decisiones de instancia que habían decidido dejar de aplicar la normativa nacional a favor de la internacional. STSJ de Cataluña 7937/2014, de 2 de diciembre.

³⁴ Pérez Rey, J., “El contrato de apoyo a emprendedores: una vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo”. Revista de Derecho Social. núm. 57. 2012. Págs. 61-63.

Tanto el Convenio 158 de la OIT como el artículo 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea imposibilitan fórmulas extintivas “ad nutum” como las que caracterizan este contrato. Asimismo, y en consonancia con lo establecido con el artículo 30 de la Carta, el período ampliado infringe el derecho fundamental a gozar de protección jurídica en caso de despido injustificado. Por su parte la Carta Social Europea establece que “*todos los trabajadores tienen derecho a la protección en caso de despido*”, añadiendo a continuación el derecho que reconoce la Directiva 1999/70 - relativa a los trabajos de duración determinada - a un trabajo estable con existencia de una clara restricción en orden al trato desigual de los trabajadores temporales con los fijos.

Se establece a la consideración de los juzgadores si la reforma laboral en lo que se refiere al tema que nos ocupa en este trabajo, es contraria a la Directiva de 1999 por establecer una diferencia de trato injustificada entre los trabajadores con contrato de fomento y los contratados bajo modalidades de duración determinada en punto a la inexistencia de indemnización en caso de extinción del primero durante el año del período de prueba, argumentando que existe infracción de la normativa comunitaria porque en realidad el contrato formalmente indefinido es “*un nuevo contrato de duración virtualmente determinada que impone condiciones de trabajo menos favorables a los trabajadores con los que se celebra*”, en relación con los restantes trabajadores con contratos formalmente temporales, situación que, además no puede corregirse con la negociación colectiva.

Con este marco es importante señalar que son dos, a nuestro parecer, las cuestiones que “atentan” contra el Derecho de la Unión. Por un lado, el planteamiento de si la regulación nacional que somete a un período de prueba de un año el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores es contrario al Derecho de la Unión y compatible con el derecho fundamental garantizado por el artículo 30 de la Carta. Por otro lado si se estima lesiva esta normativa con los objetivos y la regulación que se realiza en la Directiva 1999/70/CE, incluyendo las cláusulas 1 y 3 del acuerdo marco.

En la reciente sentencia del TJUE no se responden las cuestiones prejudiciales planteadas, sino que se falla la declaración de incompetencia para responder a las mismas. La principal razón esgrimida es que no nos encontramos ante un contrato de duración determinada al que sea de aplicación la Directiva de 1999, por tanto está excluido del Derecho de la Unión. La denominación del contrato de apoyo a emprendedores como “indefinido” hace que su consideración a efectos jurídicos lo excluya del ámbito de la Directiva, cual es los

contratos de “*duración determinada*”. Formalmente, por tanto, no nos encontramos ante un contrato de duración determinada, sino ante un contrato indefinido con un diferente periodo “ampliado” de prueba.

Con esta argumentación del TJUE no podemos reprochar – pura y formalmente – la valoración excluyente de la normativa europea. Sin embargo entendemos que la finalidad útil de este contrato al regularlo con el excesivamente ampliado periodo de prueba no es otra, a nuestro juicio, que su consideración de contrato temporal sin causa, de manera que la extinción durante el periodo de prueba sitúa en peor condición al trabajador despedido que a aquel cuyo contrato temporal se haya extinguido y le proporcione el derecho a una indemnización, aunque sea mínima.

No obstante, son muchos los espacios y argumentos que consideran esta cuestión litigiosa y solicitan fundamentadamente la inclusión de esta controvertida situación jurídica en el ámbito del derecho de la UE³⁵. Así, nos encontramos con la remisión al ámbito de aplicación del artículo 51 de la Carta, que expresa “*1. Las disposiciones de la presente carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, estos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión. 2. La presente carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados*”. Queda claro el argumento del TJUE para su intervención en las situaciones reguladas en el Derecho de la Unión, pero no fuera de ellas.

Otra cuestión interesante es la rescisión de la relación laboral sin previo aviso, además de la supresión del derecho a recibir indemnización salvo que se haya pactado en otro sentido. Antes de plantearse esta cuestión con la Ley

³⁵ En relación a la CSE en tanto que norma internacional que forma parte del derecho interno y a la matización en cuanto a su valor vinculante al mismo nivel de los tratados de la UE, Olarte Encabo, S., “La ilegalidad internacional del período de prueba de un año del contrato de apoyo a emprendedores. Comentario da la sentencia del Juzgado de lo Social num. 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013, núm. 412/2013”. CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social. núm 370. Enero 2014. Págs.174-175.

3/2012, el CEDS³⁶ se había manifestado respecto del período de prueba y la necesidad de que las legislaciones establezcan un plazo de preaviso, con aplicación del precepto a todos los casos de finalización de la relación laboral y no solo a los de despido. Las razones las podemos encontrar en las Conclusiones de 22 de octubre de 2010, en relación con Ucrania que establece como finalidad la de ofrecer al trabajador un tiempo para explorar o sondear el mercado laboral con anterioridad a la finalización del trabajo, incluso va más allá del simple derecho de búsqueda de empleo al disponer que en caso de que no se otorgue, el trabajador percibirá una compensación económica. De esta manera sí se plantea una opción de política de empleo que permite favorecer la permanencia en el mercado de trabajo una vez concluida la relación laboral que nos ocupa.

Se suscita también una polémica en relación a si en aplicación del principio de jerarquía normativa en la interpretación de la cuestión, en relación a la utilización del artículo 10.2 CE, reconoce los Tratados internacionales como parte del ordenamiento interno y su aplicación solo a los derechos de caracterización de fundamentales. Parte de la doctrina considera restrictiva la aplicación de este sentido interpretativo de atribución del carácter fundamental solo a los derechos civiles y políticos en función de su nivel de garantías, tanto a escala nacional como internacional³⁷. Lo relevante en este caso es el mantenimiento de la estricta legalidad ordinaria – pese a su carácter internacional – en el que los tribunales tienen que quedar vinculados por la jurisprudencia del CEDS, si tenemos en cuenta que en un sistema de justicia social global y eficiencia económica, otros órganos de garantías deben pronunciarse a nivel internacional. Por tanto, por el principio de competencia, en la decisión constitucional tiene efecto vinculante la doctrina o jurisprudencia de los órganos internacionales³⁸.

³⁶ Conclusiones XIII-4, de 30 de septiembre de 1996, en relación con Bélgica señaló que los estados que acepten el precepto fijado se comprometen a reconocer a todos los trabajadores el derecho a un plazo de preaviso razonable cuando finaliza la relación laboral. Igualmente en las Conclusiones XIV-2, de 30 de noviembre de 1998, en relación con Irlanda, se resolvió el deber de asegurar un determinado período razonable a todos los trabajadores en los supuestos en que finalice su trabajo, no siendo conforme la normativa que no lo recoja.

³⁷ Jimena Quesada, L., “La armonización procesal europea en materia de derechos fundamentales tras el Tratado de Lisboa: el caso de los derechos sociales”. En AAVV De la Oliva Santeos, A. y Calderón Cuadrado, M.P. (Dir.) “La armonización del Derecho Procesal tras el tratado de Lisboa”. Aranzadi.2012. Págs. 37 y 38.

³⁸ Molina Navarrete, C., “Reforma laboral y “justicia constitucional”: el Tribunal Constitucional ni es “infalible” ni ya tiene la “última palabra”. Comentario a la STC 119/2014 de 16 de julio, RI 5603-2012 interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, de 6 de julio

Ante este panorama, con carácter general, el régimen jurídico que se le aplica es el de los contratos regulados tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido ordinarios, con la única excepción de la duración del periodo de prueba - artículo 4.3. de la Ley 3/2012 -. Esta aplicación subsidiaria de la normativa general conlleva que, en caso de incumplimiento de aspectos tales como la obligatoriedad de la forma escrita, la presunción “*iuris tantum*” del artículo 8.2 ET en cuanto a la consideración del contrato por tiempo indefinido y a jornada completa carezca de relevancia por presentar estas connotaciones, señalándose que la consecuencia será la pérdida de los incentivos y bonificaciones asociados al mismo y la consiguiente sanción administrativa³⁹.

La inclusión de este excesivo periodo de prueba provocó la presentación de dos quejas - por parte de UGT y CCOO - a la OIT por violación de los derechos de los trabajadores protegidos en el ámbito del Convenio nº 158 de la OIT sobre terminación de la relación de trabajo por parte del empleador⁴⁰. Las mismas organizaciones presentaron al CEDS el 23 de julio de 2014, conforme al artículo 23 de la CSE, alegaciones al procedimiento de control de informes al que se someten todos los estados que han ratificado la CSE⁴¹.

Nos resulta interesante dedicar una referencia específica a la valoración del CEDS. En las conclusiones XIX-2 de 2009 del CEDS señala que la crisis no puede tener “*como consecuencia la reducción de la protección de los derechos reconocidos en la Carta*” y establece la obligación de los Gobiernos a adoptar las medidas necesarias en el momento de más necesidad de protección. Así el Comité ha sido tajante a la hora de valorar la aplicación de la CSE en el sentido

de reforma del mercado de trabajo”. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros. Núm. 377-378. 2014. Pág. 188-190.

³⁹Pérez Rey, J., “El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo”. Revista de Derecho Social. Núm. 57. 2012. Págs. 51-56.

⁴⁰El Consejo de administración del organismo internacional decidió que la reclamación era admisible y estableció la creación de un comité tripartito para su examen. Los documentos se pueden consultar en <http://www.ugt.es/actualidad72012/mayo/Queja%20OIT%20RDL%203-2012%20Despido.pdf> y http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PRO CEDURE_ID.P50012_LANG_CODE:3088009.es:NO

⁴¹Parra profundizar sobre los procedimientos de control de informes relativos a los derechos relacionados con el trabajo, Salcedo Beltrán, M.C., “Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea”. Bomarzo. Albacete. 2014. Págs. 28-32.

de que los derechos sociales no pueden ser derechos otorgables en tiempos de prosperidad y suprimidos en tiempos de crisis, porque *“lo que vale en materia de salud y protección social no vale menos en materia de derecho del trabajo”*⁴².

Igualmente es necesario tener en cuenta y mencionar la decisión de 23 de mayo de 2012, en relación al establecimiento del período de prueba de un año por el artículo 4.3 de la Ley 3/2012, en el sentido de que conculca el artículo 4.4 de la Carta Social Europea de modo que no procede la aplicación de esta ley, una vez que de acuerdo con el principio de jerarquía normativa garantizado en la CE, debe prevalecer la norma internacional que resulta de aplicación, quedando sin efecto el artículo que nos ocupa, porque además conculca el principio de igualdad y el derecho de todo trabajador a las protección en caso de despido injustificado, tal y como se recoge en el texto comunitario y que es de aplicación directa en nuestro ordenamiento, con base en el artículo 10.2 CE.

El Comité considera que el establecimiento de una mayor flexibilidad en el trabajo para luchar contra el desempleo no puede conducir a privar a un gran número de trabajadores de sus derechos fundamentales en materia laboral, contra la arbitrariedad del empleador o los avatares de la coyuntura económica.

En este sentido expresa que a pesar de *“la situación de crisis económica que tiene el país”* o con independencia de que *“el origen de las medidas esté en las obligaciones dictadas por la troika, el país debería haber realizado estudios e investigaciones en orden a la posibilidad de adoptar otras medidas así como salvaguardar, en todo momento, una protección suficiente respecto de las personas más vulnerables de la sociedad”*⁴³, en relación a que la crisis no puede ser un elemento a valorar en las restricciones o vulneraciones de los derechos sociales, que no son un lujo de manera que puedan ser suprimidos en tiempos de crisis y otorgados en tiempos de bonanza económica⁴⁴.

⁴² Nivard, C., “Comité Européen des droits sociaux (CEDS): Violation de la Charte Sociale Européenne par les mesures « anti-crise » grecques ». Lettre Actualités-Droits-Libertés du CREDOF. 15 novembre 2012. Pág.1.

⁴³ Reclamaciones nº 76, 77, 78, 79 y 80 contra Grecia por parte de distintas federaciones de pensionistas y empleados públicos. Octubre 2012.

⁴⁴ Deliyani-Dimitrakou, “La Charte Sociale Européenne et les mesures d’austérité grecques: à propos de la décision nº 65 y 66/2012 du Comité Européen des Droits Sociaux Fondamentaux». Revue du Droit du Travail, nº 7/8. 2013. Págs. 461 y ss.

4. VALORACIÓN Y CONCLUSIONES

La opinión restrictiva que aboga por la interpretación de acuerdo a las normas y Tratados internacionales sólo de las cuestiones que afecten a los derechos y libertades públicas supone, a nuestro juicio, dejar de lado la aplicación de un compromiso internacional adquirido a la condición de caracterización de un derecho.

Teniendo en cuenta todo este elenco normativo, la nulidad del período de prueba debería declararse en base a:

- El artículo 96.1 CE, el Convenio 158 OIT y la CSE, porque forman parte, como ya hemos razonado, del ordenamiento jurídico español y son de aplicación directa en nuestro país, puesto que el Convenio internacional establece un precepto claro y evidentemente opuesto a la norma interna, con lo que el conflicto debería resolverse a favor de esta, como norma interna de rango superior⁴⁵
- La contradicción del canon de razonabilidad que establecen tanto la CSE como el CEDS, que se desprende de la hermenéutica de las propias disposiciones nacionales, incluyendo del artículo 14 ET, considerando que el periodo de prueba es un *“tiempo de prueba efectiva vinculada a un objeto y articulada a través de determinadas experiencias, tiempo en el que se debe conocer y valorar la aptitud de las partes”* y no imponer un largo período de inestabilidad contractual.

Por tanto el establecimiento de un período de prueba de un año “en todo caso”, es contrario a la CSE.

Y con toda esta argumentación nos preguntamos, ¿es realmente un periodo de prueba? Para ello tendría que ser un pacto de duración razonable que permita la experimentación que justifique la inestabilidad en el empleo. Tal y como está planteado este contrato se logra desnaturalizar totalmente la institución de

⁴⁵Así se reconoce, aunque de manera implícita, por el Tribunal Constitucional en sentencia 38/1981, respecto de la carga de la prueba en despidos antisindicales y por el Tribunal Supremo en sentencia de 8 e febrero de 2010 (Recurso 1782/2009) en el caso de coincidencia de vacaciones y baja laboral, en el que aplica el Convenio 32 OIT “como obligado elemento interpretativo”, y e sentencia 2019/87 en aplicación del artículo 7 del Convenio 158 OIT en defensa de los cargos formulados en despido disciplinario.

manera que recurrir a ella no sea más que una huida del artículo 35 CE. Las razones que nos llevan a considerar que el año establecido no es un período de prueba “stricto sensu” se fundamentan en que la prueba ha de estar dirigida a comprobar las aptitudes precisas para el desempeño del trabajo.

La razonabilidad de la duración del período de prueba, al ser una cuestión no fijada específicamente, conducirá al análisis de cada caso concreto, con la consideración del tiempo que se haya dispuesto de contrato. La doctrina emitida hasta la fecha considera razonable un período de prueba cuando el objetivo del mismo sea la verificación por parte del empresario de la cualificación del trabajador y su adaptación a las condiciones del puesto de trabajo. Esto se traduce en que la duración no se extienda en el tiempo de manera que se prive al trabajador de los derechos que tiene atribuidos en materia de preaviso e indemnización.

Califica, igualmente, la duración tan amplia del período de prueba como no razonable, justificada esta irrazonabilidad en la capacidad que otorga al empresario la capacidad de celebración de un contrato temporal sin causalidad y con la prerrogativa de darlo por finalizado sin observar ninguna formalidad durante este periodo de prueba, lo que desnaturaliza su régimen jurídico y su finalidad.

Nos planteamos, para finalizar, si la precarización está justificada en el marco de una política de empleo necesaria en un período de crisis que, pese a que se establece como una medida de fomento de la contratación indefinida, nos suscita dudas más que razonables sobre su diseño y su implementación, convirtiéndose a nuestro juicio más en una política limitadora de los derechos laborales que en una política de incremento de la contratación, enfrentando la dimensión de política de empleo de los textos constitucionales e internacionales con la decisión del legislador aun no ajustada al ET, aunque sea en el establecimiento de una medida temporal.