

EL CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A EMPRENDEDORES: UN NUEVO EJEMPLO DE MODALIDAD FRACASADA EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE RELACIONES LABORALES

Roberto Fernández Fernández

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de León*

EXTRACTO

Para facilitar el cumplimiento de las decisiones y recomendaciones de la Unión Europea en materia de política de empleo, el Gobierno dictó una serie de reformas de la legislación laboral entre las que se encuentra la Ley 3/2012, uno de cuyos objetivos es fomentar el empleo. A tal fin, su artículo 4 crea el contrato indefinido de apoyo a emprendedores, cuya misión consiste en potenciar la iniciativa empresarial, pero solamente de aquellas empresas con un menor tamaño, es decir, con menos de 50 trabajadores y que, a pesar de la situación de crisis, apuesten por la creación de empleo.

Desde su entrada en vigor, este contrato ha estado sometido a un exhaustivo control judicial, pues su peculiaridad más importante, el periodo de prueba de un año, ha terminado por convertirse en un importante foco de litigiosidad. El presente estudio analiza las decisiones judiciales que examinan si la regulación del contrato cumple o no la legislación española e internacional. La conclusión fundamental es que a pesar de las dudas planteadas, tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Constitucional español han validado esta modalidad contractual y la duración de su periodo de prueba.

Palabras claves: contrato indefinido de apoyo a emprendedores, periodo de prueba, libre desistimiento y control de constitucionalidad.

Fecha de entrada: 28-07-2016 / Fecha de revisión: 27-09-2016 / Fecha de aceptación: 03-10-2016

THE INDEFINITE CONTRACT TO SUPPORTING ENTREPRENEURS: A NEW EXAMPLE OF A FAILURE MODALITY IN THE SPANISH LABOR RELATIONS SYSTEM

Roberto Fernández Fernández

ABSTRACT

Law 3/2012 is intended to facilitate employment and is an example of the legislative reform in the field of employment prompted by the decisions and recommendations of the European Union on employment policy. Article 4 of Law 3/2012 provided for the employment contract of indefinite duration to support entrepreneurs and in order to facilitate stability while fostering the spirit of enterprise, undertakings with fewer than fifty workers, may conclude employment contract to support entrepreneurs.

Since its entry into force, this contract is subject to review by the courts, thus its more important characteristics, one-year probationary period, it has finally become an important source of litigation. This papers analyses court decisions determining whether the rules of this contract comply or not with Spanish and international legislation. Despite the doubts, the main conclusion is that the Court of Justice of the European Union and the Spanish Constitutional Court have validated this type of contract and the duration of the trial period.

Keywords: contract of indefinite duration to support entrepreneurs, probationary period, freely be dismissed and review of constitutionality.

Sumario

1. La justificación para la creación de una nueva modalidad contractual y su escasa utilización desde su entrada en vigor
2. El alcance de la noción de emprendedor: El todo incluido frente a una interpretación restrictiva
3. Peculiaridades en las condiciones laborales: En particular el polémico periodo de prueba
 - 3.1. Aspectos comunes del periodo de prueba
 - 3.2. El carácter imperativo de la regulación del periodo de prueba en esta modalidad contractual: Limitaciones al juego de la autonomía colectiva
4. La duración del periodo de prueba: La medida más contestada y causa de una elevada tasa de litigiosidad
 - 4.1. La duración del periodo de prueba de un año bajo el crisol de las normas internacionales
 - 4.2. La duración del periodo de prueba y su compatibilidad con el ordenamiento constitucional y legal español
 - 4.2.1. La corriente judicial proclive a considerar la medida como ilícita
 - 4.2.2. El refrendo constitucional de la regulación legal sobre el periodo de prueba de un año
 - 4.2.3. Una cuestión todavía no pacífica: Contestación y refuerzo de los argumentos del Tribunal Constitucional
5. Reflexiones finales

NOTA: El presente trabajo se enmarca dentro de las investigaciones realizadas en el marco del proyecto concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad: «Juventud y experiencia en el fomento del empleo y del emprendimiento: Un reto para Europa y para España. Marco jurídico del empleo de los trabajadores jóvenes» (DER2013-48120-C3-1-P).

1. LA JUSTIFICACIÓN PARA LA CREACIÓN DE UNA NUEVA MODALIDAD CONTRACTUAL Y SU ESCASA UTILIZACIÓN DESDE SU ENTRADA EN VIGOR

Si ha existido una modalidad contractual polémica en los últimos años en el sistema español de relaciones laborales, esa ha sido el contrato indefinido de apoyo a emprendedores, ampliamente contestada tanto desde cierto sector de la doctrina científica como desde los propios tribunales de justicia, nacionales e internacionales, llegando el eco de la discusión a instancias supranacionales.

Acuciado por las elevadas tasas de paro, que no dejaban de aumentar desde el inicio de la crisis situándose en uno de los niveles más elevados de toda la Unión Europea, tratando de mejorar la ocupabilidad de los trabajadores españoles, en especial de determinados colectivos con especiales dificultades para acceder al mercado laboral (jóvenes, mujeres, desempleados de larga duración, etcétera) y ante las presiones recibidas de las instituciones comunitarias y organismos económicos mundiales, el Gobierno español ha decidido acometer una serie de reformas laborales de hondo calado con el fin de intentar minimizar los efectos de los problemas planteados y poner en evidencia «la insostenibilidad del modelo laboral español»¹.

De esta forma, y con el objetivo declarado de aumentar las posibilidades de contratación estable en el seno de las pequeñas y medianas empresas, «la reforma laboral trata de facilitar la contratación de trabajadores por parte de estas empresas, que representan a la mayor parte del tejido productivo de nuestro país y que albergan las diversas fórmulas de organización empresarial que posibilita nuestro ordenamiento jurídico, entre las que cabe destacar el trabajo autónomo y las diversas familias de la economía social. Con esta finalidad se crea una nueva modalidad de contrato de trabajo por tiempo indefinido de la que solo podrán hacer uso las empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores que, pese a la situación de crisis económica, apuesten por la creación de empleo» (exposición de motivos [Ley 3/2012](#)).

Pese a sus buenas intenciones, ya desde la promulgación del [Real Decreto-Ley 3/2012](#) y la [Ley 3/2012](#), han generado un abierto y agrio debate tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, con apoyos y críticas importantes, en particular por cuanto hace a determinadas especialidades recogidas en su seno y que se apartan del régimen aplicable a un contrato ordinario que constituye su referencia. En efecto, esta figura contractual *ex novo* «ha dado lugar a grandes controver-

¹ SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 3 de diciembre de 2015 (rec. núm. 1906/2015) o de Madrid de 4 y 18 de marzo y 8 de abril de 2016 (reces. núms. 13/2016, 39/2016 y 104/2016).

sias doctrinales, sindicales y políticas sobre su verdadera naturaleza jurídica y que incluso han motivado que se dude de su posible constitucionalidad»².

En el contexto significado, los artículos 4 del [Real Decreto-Ley 3/2012](#) y de la [Ley 3/2012](#) ordenan el régimen jurídico de esta nueva modalidad contractual, si bien el tenor literal de ambos preceptos no es idéntico, pues durante la tramitación parlamentaria de la norma con origen en el real decreto-ley, se introdujeron una serie de modificaciones tendentes a aclarar algunas cuestiones ambiguas detectadas con la promulgación del [Real Decreto-Ley 3/2012](#), alterando en escaso margen de tiempo determinados aspectos que habían sido criticados por su falta de claridad y concreción; modificaciones que en muchas ocasiones vienen a limitar la utilización de esta modalidad contractual.

El objetivo declarado de este nuevo tipo contractual consiste en facilitar el empleo estable a la vez que se pretende potenciar la iniciativa empresarial (art. 4.1 [Ley 3/2012](#)), pero solamente dentro de aquellas empresas de menor tamaño, es decir, con menos de 50 trabajadores y que, a pesar de la situación de crisis económica, apuesten por la creación de empleo.

Por otra parte, cualquier trabajador puede ser contratado mediante esta clase de vínculo, pues la norma no parece querer limitar los colectivos a contratar, habida cuenta de que dicha interpretación resultaría demasiado restrictiva. Además, la explicación que acompaña al modelo oficial para esta modalidad así permite corroborarlo.

Eso sí, no es posible obviar que la propia reforma está dirigida, por cuanto pretende mejorar las posibilidades de contratación de determinados colectivos ya clásicos en los programas de fomento del empleo, de manera que cuando el vínculo se celebra con desempleados con derecho a prestación por desempleo, no ocupados mayores de 45 años, jóvenes entre 16 y 30 años o mujeres, las empresas tendrán derecho a aplicar una serie de incentivos fiscales o de Seguridad Social establecidos en la norma.

En cualquier caso, el legislador configura esta nueva modalidad contractual como un mecanismo transitorio para atender a un problema coyuntural en el sistema español de relaciones laborales; no en vano la disposición transitoria novena de la [Ley 3/2012](#) permite su celebración hasta que la tasa de desempleo en España se sitúe por debajo del 15%. Eso sí, dada la evolución del mercado laboral interno desde el comienzo de la crisis pueden repetirse experiencias pasadas y cuanto nace con fecha de caducidad, puede terminar por convertirse en una medida permanente en el tiempo a fin de dar solución a cuestiones de carácter estructural, aunque es cierto que si se llega a formar Gobierno, esta modalidad contractual puede desaparecer de llevarse a efecto la reforma laboral que todos los partidos han recogido en sus programas políticos.

En cuanto hace a su éxito, las estadísticas pueden constituir un buen termómetro para medir el mismo, así como el grado de utilización por parte de los empresarios.

² STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2013 (rec. núm. 1868/2013).

Evolución del número de contratos de apoyo a emprendedores celebrados

	2012	2013	2014	2015	2016
A jornada completa	45.490	75.443	67.141	82.222	51.528
A jornada parcial	0	0	29.918	45.298	30.092
Fijo discontinua	1.371	2.169	1.692	1.865	1.349
Total	46.861	77.612	98.751	129.385	82.969
Núm. de contratos indefinidos	650.658	1.134.409	1.350.331	1.509.165	855.753
% sobre contratos indefinidos	7,20 %	6,85 %	7,32 %	8,58 %	9,70 %
Núm. total de contratos	8.537.058	14.792.614	16.727.089	18.576.280	9.194.687
% sobre el total de contratos ...	0,55 %	0,53 %	0,60 %	0,70 %	0,90 %

Fuente: Elaboración propia, a partir de los resultados obtenidos de los Referentes de Información del Mercado de Trabajo publicados por el Observatorio de las Ocupaciones del Servicio Público de Empleo Estatal. Los datos relativos a 2012 incluyen los meses de junio a diciembre y los de 2016 abarcan las cifras publicadas de enero a junio.

De la tabla anterior pueden extraerse dos consecuencias fundamentales:

1. Existe una tendencia al aumento en la utilización de esta modalidad contractual, pues no ha dejado de crecer el número de vínculos celebrados desde el 2012 hasta el 2015 y el avance a mitad de año del 2016 hace presumir que se superarán las cifras del año anterior. Semejante incremento puede explicarse, al menos para quien suscribe estas líneas, por la concurrencia de tres factores: de una parte, el crecimiento en el número total de contratos, también de los indefinidos, dejando atrás los peores años de la crisis hasta el momento; de otro, la modificación legislativa que permitió a partir de 2013 poder celebrar el contrato a jornada parcial; en fin, la actuación mayoritaria de los tribunales convalidando constitucional y legalmente la validez del periodo de prueba de un año y que ha aportado cierta seguridad jurídica al empresario a la hora de signar esta modalidad.
2. A pesar del crecimiento reseñado, la trascendencia del contrato es muy escasa y podría aseverarse que prácticamente insignificante, pues ni en sus mejores momentos llega a alcanzar la cifra del 10% de los contratos indefinidos celebrados, ni llega a suponer el 1% de los vínculos laborales en su conjunto, situándose, por comparación, en unas cifras similares al peso del contrato para la formación y el aprendizaje.

Tomando como referente las cifras reseñadas y teniendo en cuenta la alta litigiosidad (conforme se podrá comprobar a lo largo del presente texto) que ha provocado esta modalidad contractual, tras cuatro años de su puesta en marcha cabe concluir que los resultados no han sido los esperados y que no ha alcanzado los objetivos propuestos cuando se promulgó, introduciendo en el sistema español

de relaciones laborales un elemento más de distorsión, sin que ello haya podido verse compensado por una utilización razonable capaz de coadyuvar a mejorar la contratación estable en España.

Sobre dichas premisas, el presente comentario no pretende realizar un estudio del régimen jurídico completo de esta modalidad contractual, sino que su intención es analizar aquellos aspectos más polémicos y que han dado lugar a la intervención de los tribunales, en particular el tema estrella dentro del foro cual es la legalidad o no de la duración del periodo de prueba de un año.

2. EL ALCANCE DE LA NOCIÓN DE EMPRENDEDOR: EL TODO INCLUIDO FRENTE A UNA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

Conforme se ha dicho, no cualquier empresa puede firmar esta modalidad contractual, pues el legislador ha optado por permitir su utilización para aquellas empresas que tengan menos de 50 trabajadores; la noción de empleador junto con la denominación de emprendedor utilizada para nombrar al contrato lleva a realizar algunas precisiones que el precepto no deja del todo claro:

1. Es necesario aquilatar el término «empresa» y si este ha de ser interpretado de manera restrictiva o extensa. Al respecto, parece razonable optar por la segunda de las posibilidades, más aún de tomar en consideración la remisión que en el artículo 4.9 de la [Ley 3/2012](#) se hace a la [Ley 43/2006](#), de manera que la concisa previsión de la norma puede ser ampliada mediante la aplicación del artículo 1.3 de esta última, la cual incluye a los trabajadores autónomos y las sociedades laborales o cooperativas a las que se incorporen trabajadores como socios trabajadores o de trabajo, siempre y cuando estas últimas opten por su aseguramiento en un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena.

A este respecto, el párrafo 4 del apartado III de la exposición de motivos de la [Ley 3/2012](#) pretende aclarar la situación, pues al referirse a las empresas de menos de 50 trabajadores añade «y que albergan las diversas fórmulas de organización empresarial que posibilita nuestro ordenamiento jurídico, entre las que cabe destacar el trabajo autónomo y las diversas familias de la economía social», justificando semejante propuesta en que «las asociaciones de autónomos y de la economía social han mostrado un especial interés en que la norma incluya las diversas vías de organización empresarial. Se considera que el encaje propuesto en la Exposición de Motivos tiene un efecto declarativo más que el efecto legalista que tendría su inclusión en cada una de las medidas desarrolladas en la norma. Esta modificación da respuesta a las expectativas propuestas, evitándose por otro lado el riesgo de exclusión de otras fórmulas empresariales que podrían suponer la inclusión expresa en el articulado»³.

³ Enmienda número 646 presentada al Proyecto de Ley por el Grupo Popular publicada en el [BOCG Serie A núm. 4-6, de 27 de abril de 2012](#), págs. 516 y 517.

2. Resulta necesario tomar en consideración la empresa en su totalidad y no cada uno de sus centros de trabajo aisladamente considerados, pues la finalidad de la norma consiste en apoyar a aquellas unidades con un menor tamaño al representar la mayor parte del tejido empresarial español, y no a aquellas con un proceso productivo deslocalizado geográficamente en pequeños centros de trabajo pero que en su conjunto constituyen una empresa de cierto volumen.

En consecuencia, y con el fin de evitar utilizaciones fraudulentas de una figura pensada para iniciativas empresariales de reducida dimensión, en el caso de formas de organización productiva como los grupos de empresas laborales «habría que computar a todos los trabajadores del mismo, teniendo en cuenta la pacífica jurisprudencia que extiende la responsabilidad y otros efectos entre las diversas empresas del grupo»⁴.

3. La utilización del término «emprendedor» a la hora de nombrar el contrato lleva a preguntarse si esta modalidad incluye a cualquier pyme o solamente abarca aquellas que cumplan unas características especiales.

Según el diccionario de la RAE dicha noción define a aquellas personas que «emprenden con resolución acciones o empresas innovadoras»⁵, de manera que una interpretación restrictiva de la norma llevaría a considerar que están incluidos aquellos que no partan de una actividad previa sino que la inicien a partir de cero o, a lo sumo, que lo hagan en sectores pioneros.

Esta es la opción por la que ha optado alguna resolución judicial, prácticamente testimonial, eso sí, pues es de las pocas que defienden una interpretación restrictiva del término, cuando no duda en afirmar como «en la cuestión que ahora interesa, los fines expuestos en la Ley 3/2012, y el uso constante de palabras y términos como "emprendedores" o "creación de empleo" (así como el condicionamiento de esta modalidad a que la tasa de desempleo supere el 15%) indican que el objeto principal es que las empresas a las que va dirigida esta modalidad incrementen de forma efectiva y estable su plantilla. Bien por inicio de una nueva actividad, bien por ampliación de la ya existente, y ello pese a las incertidumbres motivadas por la crisis económica. Al fin y al cabo emprender es acometer y comenzar una obra, un negocio, un empeño, especialmente si encierran dificultad o peligro, según el

⁴ STSJ de Galicia de 19 de noviembre de 2014 (rec. núm. 3082/2014), de conformidad con la cual «el artículo 4.1 de la Ley 3/2012 [...] no contiene referencia alguna al número de trabajadores del grupo al que pertenece la empresa que contrata al trabajador, y si bien como consecuencia de ello podría concluirse que el número de trabajadores de la empresa que contrata bajo la modalidad de apoyo a los emprendedores ha de computarse sin tener en cuenta los trabajadores del grupo de empresas a efectos mercantiles en el que se integra dicha empresa. Mas la conclusión ha de ser diferente cuando se trate de un grupo de empresas a efectos laborales».

⁵ www.rae.es.

diccionario de la Real Academia, y en la jerga económica empresarial, pese a la manifiesta devaluación de la palabra por su reiterado uso en los últimos tiempos. El término "emprendedor" lleva asociadas la innovación, el riesgo, el cambio. Mal se puede considerar "emprendedor" a quien sigue realizando exactamente la misma actividad que antes sin asumir nuevos riesgos ni introducir innovaciones o cambios en el sistema productivo»⁶.

De esta manera, la creación de nuevas empresas o la expansión de las ya existentes constituye uno de los fines de la reforma, procurando evitar que estas actividades se vean truncadas por el temor a los costes laborales vinculados a la extinción contractual si el negocio falla a corto plazo por su falta de viabilidad; sin embargo, la actitud empresarial puede ser calificada de fraudulenta cuando «no consta que la empresa haya realizado ninguna actividad calificable como de emprendimiento, pues esencialmente sigue gestionando los dos mismos complejos hosteleros desde al año 1994, sin constar ni la apertura de nuevas instalaciones ni la ampliación de servicios»⁷.

Ahora bien, la anterior es una posición minoritaria habida cuenta de que la aplicación de dicha hermeneusis parece no estar acorde con el espíritu de la ley, de manera que es necesario utilizar una noción amplia de emprendedor sin mayores aditivos, encajando dentro de semejante término cualquier empresa con independencia de la actividad productiva a la que se dedique y el carácter más o menos innovador de su proceso productivo, pues «aunque emprendedor es un término más amplio que el de empresario [...] actualmente, el término se está empleando, con sentido elogioso, como sinónimo de aquel que, en la difícil situación económica actual, se lanza a un proyecto empresarial»⁸.

En consecuencia, cualquier empresa que no tenga el volumen de plantilla reseñado podrá acudir a esta modalidad contractual aun cuando no merezca el calificativo de emprendedora, habida cuenta de que «el concepto de empresa utilizado es el amplio que proporciona su sentido o significación económica, que da cabida a las distintas naturalezas y formas organizativas jurídicas»⁹.

⁶ SJS, núm. 5, de Santa Cruz de Tenerife de 24 de marzo de 2014 (autos 155/2014).

⁷ STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 12 de mayo de 2015 (rec. núm. 501/2014).

⁸ STSJ de Extremadura de 19 de febrero de 2013 (rec. núm. 6/2012). «Por tanto, el sesgo de esta modalidad viene determinado no porque se realice una actividad emprendedora –aunque esa sea su denominación– sino por el volumen de la plantilla que tenga la empresa, de manera que este modelo contractual solo puede ser utilizado por empresas que tengan menos de 50 trabajadores», PÉREZ CAMPOS, A. I.: *Contrato de trabajo indefinido de apoyo a emprendedores*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pág. 28.

⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «La nueva reforma laboral», *Relaciones Laborales*, núm. 28, 2012, pág. 16.

3. PECULIARIDADES EN LAS CONDICIONES LABORALES: EN PARTICULAR EL POLÉMICO PERIODO DE PRUEBA

Las dudas en torno a la naturaleza jurídica de esta modalidad contractual¹⁰ parecen haberse superado a partir de los pronunciamientos judiciales que se van analizar con posterioridad y que no titubean en considerarlo como una modalidad indefinida¹¹.

En la actualidad, por tanto, «el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores es [...] un contrato de trabajo común regido por el sistema de fuentes del art. 3 del ET, y es sobre dicho régimen jurídico sobre el que el legislador introdujo tres importantes correcciones con el fin de hacer esta modalidad contractual útil como instrumento para el fomento del empleo»¹².

Por otro lado, el contrato debe ser celebrado por escrito y en el modelo oficial establecido al respecto (art. 4.2 [Ley 3/2012](#)), y que en el momento de creación de esta modalidad contractual se podía encontrar en la página web del Servicio Público de Empleo Estatal bajo la numeración PE-151 y ahora se encuentra en modelo simplificado de contrato de trabajo indefinido recogido en el mismo *link*¹³. De esta manera, el legislador ha querido establecer un requisito *ad solemnitatem*, cuyo incumplimiento llevará a mutar su naturaleza pasando a transformarse en un contrato indefinido ordinario; de ser así, decaerá la cláusula de prueba pactada y el empresario no podrá aplicar incentivo fiscal o de Seguridad Social alguno.

Eso sí, tras la modificación introducida en el precepto analizado por el [Real Decreto-Ley 16/2013](#), ya no es necesario que el contrato se celebre a jornada completa como exigían las versiones iniciales tanto del [Real Decreto-Ley](#) como de la [Ley 3/2012](#), resultando admisible su concertación a tiempo parcial, viniendo a poner fin a una incongruencia existente dentro de la propia

¹⁰ Tal y como reconoce expresamente algún pronunciamiento «para un sector doctrinal se trata más bien de una modalización del contrato ordinario por tiempo indefinido, puesto que el régimen jurídico del contrato y los derechos y obligaciones que de él se deriven se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, con determinadas particularidades y limitaciones que se establecen en dicho precepto. Sin embargo, otros autores consideran que su verdadera configuración jurídica se aproxima a la de un contrato temporal transformable en indefinido, caracterizado durante la «fase temporal» del primer año por la falta de indemnización empresarial o libre rescisión y en el que está ausente la nota de causalidad, como era tradicional en nuestro derecho laboral, con excepciones como el viejo contrato temporal de fomento del empleo», [STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2013 \(rec. núm. 1868/2013\)](#).

¹¹ Eso sí, «la condición de trabajador indefinido de los contratos de apoyo a los emprendedores durante su primer año de vigencia es muy relativa, dado que su régimen jurídico lleva consigo una facultad de desistimiento empresarial durante un año, sin necesidad de causa», [STSJ del País Vasco de 29 de octubre de 2013 \(rec. núm. 1707/2013\)](#).

¹² [STSJ de Asturias de 28 de noviembre de 2014 \(rec. núm. 2485/2014\)](#).

¹³ <http://www.sepe.es>.

ley, en cuyo preámbulo no se dudaba en afirmar las bondades del trabajo a tiempo parcial como herramienta para crear empleo¹⁴.

3.1. ASPECTOS COMUNES DEL PERIODO DE PRUEBA

En cuanto hace al régimen jurídico y a los derechos y obligaciones derivados del contrato se ordenarán por las previsiones generales recogidas por el **TRLET** (Real Decreto-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) y los convenios colectivos para el contrato ordinario por tiempo indefinido.

La salvedad más significativa concurre por la no aplicación del **artículo 14 del TRLET** en cuanto a la duración del periodo de prueba («única excepción en el régimen de derechos y obligaciones que surgen entre las partes a raíz de la suscripción de este tipo de contrato»)¹⁵, habida cuenta de que este será de un año en todo caso (art. 4.3 **Ley 3/2012**). Además de la comentada, la reforma trae aparejados otros «cambios implícitos como la ausencia de distinción temporal según la categoría profesional»¹⁶.

Como novedad respecto al **Real Decreto-Ley 3/2012**, la **Ley 3/2012** introduce la imposibilidad de alcanzar dicho pacto cuando el empleado hubiera ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa bajo cualquier modalidad de contratación.

Esta modificación acaecida durante la tramitación parlamentaria de la norma legal ha sido calificada como «una mera adaptación técnica sin mayor virtualidad práctica, como precisa la enmienda de la que trae su origen, puesto que la redacción vigente del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores» ya establece la nulidad del pacto de prueba cuando concurren las circunstancias descritas, «lo que significa que aunque no se hubiera matizado en el artículo 4 dicho extremo, llegaríamos a la misma conclusión práctica por aplicación directa de la dicción del artículo 14 del ET, precepto que únicamente ha sido modificado respecto a la duración del periodo de prueba pero no respecto al resto de su régimen jurídico»¹⁷.

Sea como fuere, la doctrina judicial ha tenido oportunidad de aplicar dicha cláusula en el caso de contratos de apoyo a emprendedores cuando la prestación de servicios se realiza sucesivamente para empresas distintas o aparentemente diferentes en circunstancias particulares. De esta manera, se ha considerado nulo el pacto probatorio en el supuesto de la extinción contractual acaecida en una empresa en concurso y posterior contratación de los trabajadores por la unidad

¹⁴ MIRANDA BOTO, J. M.ª: «El nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores», *Actuación Laboral*, núm. 8, 2012, pág. 913.

¹⁵ STSJ de Andalucía/Granada de 17 de diciembre de 2015 (rec. núm. 2662/2015).

¹⁶ STSJ del País Vasco de 18 de junio de 2013 (rec. núm. 970/2013).

¹⁷ **STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2013 (rec. núm. 1868/2013)**.

productiva que adquiere la primera por cuanto «carece de justificación la actuación empresarial de imponer un periodo de prueba a quienes previamente habían acreditado suficientemente su aptitud por el ejercicio de iguales tareas, aptitud que era conocida por la empresa antes de proceder a la formalización de los contratos de trabajo, razón por la que es procedente declarar la nulidad de la cláusula contractual que lo establece, por fraudulenta (art. 6.4 Código Civil) y abusiva (art. 7.2 del mismo texto legal), así como que el cese de los demandantes constituye despido improcedente»¹⁸; a un supuesto de sucesión empresarial con contratación temporal fraudulenta en la primera empresa¹⁹; al caso de contratación sucesiva para dos empresas del mismo grupo²⁰; o al supuesto de sucesión empresarial, extinguiéndose fraudulentamente el contrato con la primera y celebrándose un contrato indefinido de apoyo a emprendedores con la segunda²¹.

En cambio, los tribunales han admitido la validez del periodo de prueba pactado al amparo de la modalidad contractual analizada por cuanto «no existe constancia alguna de que el actor prestara servicios con anterioridad para la misma empresa»²², o al tratarse de dos empresas independientes, sin que se haya podido acreditar la concurrencia de un grupo de empresas²³.

3.2. EL CARÁCTER IMPERATIVO DE LA REGULACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA EN ESTA MODALIDAD CONTRACTUAL: LIMITACIONES AL JUEGO DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA

La finalidad perseguida por el legislador al ordenar como lo ha hecho el periodo de prueba parece doble²⁴: de un lado, en esta modalidad contractual la duración de la prueba no puede superar en todo caso un año, impidiendo a la autonomía colectiva pactar un plazo mayor, pacto factible de conformidad con el artículo 14 del TRLET para las restantes modalidades contractuales al establecer una remisión *in totum* en la norma paccionada al ser la competente para fijar los límites máximos de duración; de otro, ese límite máximo juega siempre y cuando se trate de este tipo de vínculo, con independencia de cuál sea la categoría o cualificación del trabajador contratado, suprimiendo los límites en atención a la titulación o no del empleado.

¹⁸ STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de julio de 2015 (rec. núm. 337/2015).

¹⁹ STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de octubre de 2015 (rec. núm. 694/2015).

²⁰ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 18 de diciembre de 2014 (rec. núm. 1528/2014).

²¹ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 15 de enero de 2014 (rec. núm. 1965/2013).

²² SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 28 de mayo de 2015 (rec. núm. 548/2015) y de Andalucía/Granada de 17 de diciembre de 2015 (rec. núm. 2662/2015).

²³ STSJ de Madrid de 9 de octubre de 2015 (rec. núm. 536/2015).

²⁴ Siguiendo en la exposición a la STSJ de Asturias de 28 de febrero de 2014 (rec. núm. 285/2014).

De esta manera, se ha considerado que el precepto ordena «una previsión de derecho absoluto de tal forma que ni el convenio ni el acuerdo podrán ampliar o reducir esa duración de un año»²⁵, con lo cual «la *voluntas auctoritatis* parece ser contraria a que se trate de una cuestión susceptible de transacción, quizá en el ánimo de que se mantenga –nuevamente en todo caso– el principal incentivo que tiene este contrato»²⁶.

No obstante, quien suscribe se encuentra más cercano a aquella otra opinión doctrinal que defiende que las partes están habilitadas para pactar un periodo «más corto (por la razón que sea y que convenga a ambas)»²⁷, habida cuenta de que es la norma paccionada la habilitada por el [artículo 14 del TRLET](#) para ordenar el periodo de prueba, actuando la norma heterónoma únicamente en caso de ausencia de pacto en convenio colectivo. En consecuencia, si las partes incluyen en el texto del convenio un plazo específico de prueba para esta modalidad contractual (no bastarían las cláusulas aplicables con carácter general a cualquier vínculo laboral celebrado por la empresa), dicha regulación habría de ser preferente sobre el tenor legal, el cual únicamente jugaría en caso de ausencia de previsión alguna en el convenio.

Esta última opción es la seguida por algún pronunciamiento judicial cuando no duda en afirmar que «no parece pues que haya de existir obstáculo alguno a que, como ocurría en aquel preterito régimen, respetando el límite de duración máximo de un año legalmente establecido, por negociación colectiva se pueda fijar una duración del mismo diferente e inferior al contemplado en el reiterado real decreto ley atendiendo a otros criterios, como pueden ser grupos profesionales o por volumen de trabajadores según empresas»²⁸.

Sin embargo, dicha interpretación ha sido descartada por el Tribunal Constitucional, por cuanto «la configuración legal como norma de derecho necesario absoluto de la duración del periodo de prueba de un año en el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores actúa como garantía hábil para evitar que, a través de la negociación colectiva, se pueda reducir o eliminar el potencial incentivo a la contratación indefinida que mediante esta medida ha querido introducir el legislador»²⁹, de manera que el periodo de prueba ordenado «es medida establecida

²⁵ QUIRÓS HIDALGO, J. G.: «IV. El nuevo contrato de apoyo a emprendedores», en AA. VV. (Fernández-Costales Muñiz, J., dir.), *Guía práctica de la reforma laboral 2012*, León (Eolas), 2012, pág. 48. En el mismo sentido, STSJ de Asturias de 15 de mayo de 2015 (rec. núm. 800/2015).

²⁶ SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Claves de la reforma laboral de 2012 (Estudio del RDley 3/2012, de 10 de febrero)*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pág. 183.

²⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: «Medidas para favorecer el empleo estable: El contrato de apoyo a los emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinido por reiteración de contratos temporales», en AA. VV. (García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J. R., dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid: Lex Nova, 2012, pág. 62.

²⁸ STSJ de Asturias de 28 de febrero de 2014 (rec. núm. 285/2014).

²⁹ [STC 119/2014, de 16 de julio](#).

por el legislador para todos los trabajadores, con independencia de su cualificación o categoría, y resulta indisponible para la negociación colectiva»³⁰.

Por otra parte, no faltan autores de reconocida relevancia que a la anterior añaden otra peculiaridad más cual es su incorporación obligatoria en esta clase de vínculo laboral³¹. Así parece corroborarlo también el modelo oficial del contrato donde se ofrecen pistas sobre la *voluntas legislatoris*, pues a diferencia de la norma general donde el pacto es facultativo para las partes, en este caso el sometimiento a periodo de prueba parece forzoso, habida cuenta de que la cláusula segunda del indicado Modelo PE-151 establecía que «la duración del presente contrato será indefinida [...], y se establece un periodo de prueba de un año en todo caso» y la nota 12 del modelo único de contrato indefinido señala expresamente que «en caso de acogerse al artículo 4 de la Ley 3/2012 el periodo de prueba será de un año».

Sin embargo, para quien suscribe estas líneas, el tenor literal del precepto lleva a colegir que el resto de previsiones del artículo 14 del TRLET serían de plena aplicación a esta modalidad contractual, pues únicamente establece como excepción la duración del tiempo de ensayo, pero no lo extiende a la obligatoriedad de incorporar la prueba al contrato en toda circunstancia. Es más, la cláusula recogida en el modelo oficial bien podría ser calificada como una interpretación extensiva *contra legem*, en la cual el órgano administrativo encargado de elaborar el modelo se ha excedido de sus funciones, arrogándose la cualidad de intérprete auténtico de la norma, convirtiendo cuanto debiera ser potestativo en obligatorio.

A este respecto, dicha opinión aparece corroborada por algún pronunciamiento judicial de conformidad con el cual «no se establece por tanto para la nueva modalidad del contrato de trabajo indefinido para apoyo de emprendedores un régimen de la figura jurídica "periodo de prueba" diferente, autónomo o especial al regulado en ese último precepto, sino que tan solo se modifica la duración del mismo. Se mantienen pues el resto de las previsiones a él aplicables, entre ellas y fundamentalmente la necesidad de la concurrencia del concierto de voluntades para su existencia, que ha de ser previa al inicio de la relación laboral, y la formalidad necesariamente escrita»³².

Ahora bien, semejante interpretación vuelve a chocar con la validez de las restricciones al juego de la autonomía colectiva avalada por el Tribunal Constitucional y otras resoluciones judi-

³⁰ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 22 de abril de 2015 (rec. núm. 164/2015). En términos similares, STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 22 de abril de 2015 (rec. núm. 764/2014).

³¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «La nueva reforma laboral», cit., pág. 16.

³² STSJ de Asturias de 28 de febrero de 2014 (rec. núm. 285/2014) y SJS, núm. 4, de Pamplona de 1 de agosto de 2014 (prod. núm. 1394/2013). Pareciendo admitir de manera indirecta la necesidad del pacto por cuanto «la duda interpretativa es si, en caso de que las partes acuerdan por escrito que exista periodo de prueba, este será obligatoriamente de un año o si, por el contrario, las partes pueden determinar un periodo de prueba inferior, con ese límite máximo», SSTSJ del País Vasco de 8 de septiembre y 17 de noviembre de 2015 (recs. núms. 2018/2013 y 1995/2015).

ciales, que consideran que la negociación colectiva no puede alterar las reglas legales al presentar la naturaleza de normas de derecho necesario absoluto³³, constituyendo la única forma de impedir que a través de la negociación colectiva se pueda dar al traste con el objetivo legítimo de fomentar el empleo al garantizarse el incentivo empresarial de desistimiento *ad nutum* durante un año³⁴.

En otro orden de cosas, y resultando de aplicación el [artículo 14.2 del TRLET](#), durante el periodo correspondiente cualquiera de las partes puede solicitar la extinción del vínculo por no haberse superado las labores objeto del ensayo, sin tener que aportar mayor motivación, habida cuenta de que «en cuanto a la libertad extintiva, ninguna especialidad presenta en este punto el RD-Ley por lo que también para tal contrato el periodo de prueba constituye una condición resolutoria pactada por lo que, sobrevenida la condición, a instancia de cualquiera de las partes por medio de mera declaración con voluntad extintiva se tiene libremente y sin causa por extinguida la relación laboral»³⁵.

En consecuencia, «la decisión de no proseguir la relación laboral, si se manifiesta antes de la duración del plazo de prueba estipulada, no precisa especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora en cuanto que toda motivación es meramente subjetiva de quien la adopta»³⁶, de manera tal que «su validez no queda condicionada a la concesión de un plazo de preaviso como si de un despido se tratara»³⁷.

Eso sí, la libertad empresarial en dicho supuesto no es omnímoda, habida cuenta de que habrá de respetar los derechos fundamentales y una causa vinculada al espíritu de la prueba, sin ser admisibles aquellas completamente ajenas y extrañas a tal circunstancia, pudiendo ser controladas tales limitaciones por los tribunales. En cualquier caso, el derecho consagrado en el artículo 24.1 de la [CE](#) no avalaría el acceso a los órganos jurisdiccionales para solicitar una justificación causal del desistimiento o una indemnización ligada al mismo, pues se trata de condicionantes no contemplados por el legislador para el pacto probatorio³⁸.

Sobre las premisas significadas, la facultad del titular de la unidad productiva no ampararía aquella ejercida «con motivación torpe por vulnerar los derechos fundamentales»³⁹, pues «no al-

³³ [STC 119/2014, de 16 de julio](#) y SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 22 abril 2015 (rec. núm. 164/2015) y Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 22 de abril de 2015 (rec. núm. 764/2014).

³⁴ STSJ de Galicia de 15 de marzo de 2016 (rec. núm. 68/2016).

³⁵ STSJ del País Vasco de 18 de junio de 2013 (rec. núm. 970/2013). Admitiendo incluso la validez de la comunicación «a través del llamado whatsapp», STSJ de Galicia de 5 de junio de 2015 (rec. núm. 1300/2015).

³⁶ [STS de 2 de abril de 2007 \(rec. núm. 5013/2005\)](#).

³⁷ STSJ de Castilla y León/Burgos de 16 de octubre de 2015 (rec. núm. 633/2015).

³⁸ STSJ de Galicia de 12 de abril de 2016 (rec. núm. 403/2016).

³⁹ [STC 94/1984, de 16 de octubre](#). Así, «se exceptúa de la regla general de libre resolución del contrato los supuestos de cese durante el periodo de prueba que puedan producir resultados inconstitucionales, como lo sería la discriminación en el empleo de una mujer embarazada», STSJ de Cataluña de 25 de septiembre de 2014 (rec. núm. 3942/2014) —en el mismo sentido, SJS, núm. 2, de Pamplona de 9 de junio de 2014 (proc. núm. 947/2013)— o los casos de situación de riesgo durante el embarazo, STSJ de Castilla y León/Valladolid de 23 de julio de 2014 (rec. núm. 816/2014).

canza a la producción de resultados inconstitucionales, y que aunque la resolución del contrato no esté fundada en motivos tasados, sino en una decisión no motivada, no excluye que desde la perspectiva constitucional sea igualmente ilícita una resolución discriminatoria, ya que esa facultad resolutoria, de la que 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 es el de la igualdad recogido en el artículo 14 CE»⁴⁰.

Además, y junto a la contravención de tan importantes prerrogativas en el ordenamiento jurídico español, la jurisprudencia ha establecido «como límite al desistimiento empresarial la conducta calificable como fraudulenta en tanto que descansara en consideración ajena a las experiencias que constituyen el objeto de la prueba [...] o si el ejercicio de la facultad comentada fuera abusivo»⁴¹, circunstancia que acaece «cuando sistemáticamente la empresa incumple los fines perseguidos con el contrato de apoyo a los emprendedores»⁴², de manera que «la finalidad de la Ley 3/2012 no es en ningún caso que los contratos por tiempo indefinido suscritos al amparo de su artículo 4 no alcancen nunca o casi nunca el año de duración por una utilización sistemática de la facultad empresarial de resolver el contrato en el periodo de prueba de un año, pues junto con la potenciación de la iniciativa empresarial uno de los fines declarados de la ley es potenciar el empleo estable, y mal puede merecer ese calificativo un empleo que presenta una duración inferior a la de algunos contratos temporales y que dejan al trabajador más desprotegido en caso de resolución a instancias del empleador»⁴³.

En cualquier caso, si el empleador opta por rescindir el contrato durante la vigencia del periodo de prueba, su actuación resultará aséptica para sí mismo de no haber obtenido ninguna deducción fiscal o en las cotizaciones; sin embargo, mayores dudas alberga el caso de que haya recibido alguna bonificación o incentivo, pues el artículo 4.7 de la Ley 3/2012 y 37.3 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades carecen de la necesaria coordinación entre ellos. Así, el primero

⁴⁰ STC 166/1988, de 26 de septiembre. De esta manera, «la facultad de desistir [...] no es omnimoda, ya que para su validez es preciso que el periodo de prueba se halle todavía vigente y que no suponga un fraude de ley, sea discriminatorio o atente contra los dictados de la buena fe o suponga un ejercicio abusivo de la facultad de desistir, por cuanto, en tales casos, se vulnerarían normas de carácter público», STSJ de Castilla y León/Burgos de 10 de septiembre de 2014 (rec. núm. 611/2014), en el mismo sentido, STSJ de Madrid de 26 de febrero de 2016 (rec. núm. 780/2015); aplicando dicha contravención por «no sujetarse a la forma establecida legalmente», STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2015 (rec. núm. 338/2015).

⁴¹ STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de octubre de 2011 (rec. núm. 1010/2011). Del mismo parecer, las SSTs de 1 de octubre de 1990 y 25 de noviembre de 2005 (rec. núm. 5064/2004) y SSTSJ de Asturias de 10 de octubre de 2014 (rec. núm. 1913/2014) o 15 de mayo de 2015 (rec. núm. 800/2015).

⁴² STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 12 de mayo de 2015 (rec. núm. 501/2014).

⁴³ STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 12 de mayo de 2015 (rec. núm. 501/2014). En el caso en presencia, la empresa contaba con un plantilla de 20 trabajadores y en los 2 años transcurridos desde la entrada en vigor de esta modalidad contractual, había suscrito 91 vínculos de esta naturaleza, de los cuales solamente 3 habían superado el año de duración, habiendo finalizado casi todas esas contrataciones (52 de 69) por decisión unilateral de la empresa dentro del periodo de prueba.

no recoge expresamente entre las causas extintivas justificativas de un incumplimiento del deber de mantener el empleo durante tres años la finalización por periodo de prueba, mientras el segundo considera la extinción una vez transcurrido dicho periodo como causa exoneradora de la obligación de reintegrar lo indebidamente percibido. A este respecto, o el legislador quiso dar un tratamiento diferente a los incentivos fiscales frente a las bonificaciones sociales, o cabe entender que se trata de un *lapsus* y que tanto unos como otros presentan idénticos efectos.

4. LA DURACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA: LA MEDIDA MÁS CONTESTADA Y CAUSA DE UNA ELEVADA TASA DE LITIGIOSIDAD

La introducción de este plazo en el periodo de prueba ha sido uno de los aspectos más polémicos de la nueva regulación legal, en tanto la posibilidad de pactar un lapso tan amplio de práctica contradice cuanto ha venido fallando de manera mayoritaria la doctrina judicial española en los últimos tiempos, incluso se ha planteado la contravención de textos internacionales suscritos por España, y por esa razón se van a dedicar las siguientes páginas a analizar su licitud o ilicitud.

Ante las circunstancias reseñadas no deben extrañar las importantes críticas vertidas sobre la previsión legislativa, llegando a afirmar alguna resolución judicial que el legislador ha terminado por introducir «deliberadamente un importante elemento de precarización en el empleo y en el carácter tuitivo que constitucionalmente se deriva del derecho al trabajo, y que tiene mucho que ver con el derecho a no ver extinguido su contrato sin justa causa»⁴⁴, configurando «un contrato sometido a un larguísimo plazo de libre desistimiento para el empleador [...] que reduce a pura formalidad el carácter estable pretendido»⁴⁵.

4.1. LA DURACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA DE UN AÑO BAJO EL CRISOL DE LAS NORMAS INTERNACIONALES

Diferentes organismos supranacionales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el particular como consecuencia de la presentación de peticiones de intervención en relación con el periodo de prueba recogido en la modalidad contractual analizada; fundamentalmente tres: la Organización Internacional del Trabajo; el Comité Europeo de Derechos Sociales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁴⁴ STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2013 (rec. núm. 1868/2013).

⁴⁵ MOLINA NAVARRETE, C.: «De las "reformas laborales" a un nuevo, e irreconocible, "estatuto del trabajo subordinado" (Comentario sistemático al Real Decreto-Ley 3/2012, de reforma del mercado de trabajo)», *RTSS.CEF*, núm. 348, 2012, pág. 44.

Comenzando por la primera de ellas, el 10 de mayo de 2012 los dos sindicatos más representativos a nivel estatal, CC. OO. y UGT, presentaron a la Oficina de la Organización Internacional del Trabajo una reclamación por posible incumplimiento por parte de España del [Convenio de la OIT número 158 de 1982](#)⁴⁶, por cuanto la reforma del año 2012 podría vulnerar varios preceptos de dicho texto internacional en relación con la terminación del trabajo.

Tras la presentación de alegaciones por las mentadas organizaciones obreras, las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y el Gobierno de España, la OIT en su 321.ª reunión celebrada el 13 de junio de 2014 hizo público el [informe del comité](#) encargado de examinar dicha petición⁴⁷. Este comité, sin señalar claramente que el periodo de prueba de un año recogido en la [Ley 3/2012](#) contraviene la normativa internacional de la OIT ratificada por España, sí que siembra algunas sombras de duda en la regulación de dicho periodo al albur del contenido recogido en el [Convenio número 158 de la OIT](#); en particular señala las siguientes observaciones:

1. La posibilidad de excepcionar la aplicación de las cláusulas del [Convenio número 158](#) a cierta clase de trabajadores prevista en el artículo 2 párrafo 2 [cuya letra b) hace referencia a los trabajadores que efectúan un periodo de prueba siempre que la duración sea fijada de antemano y sea razonable] debe ser interpretada de manera restringida, sin que sea factible un uso generalizado de las exclusiones por tratarse de una interpretación contraria a la finalidad buscada por el convenio, de manera que resultaría necesario lograr un equilibrio entre los intereses empresariales y de los trabajadores, promoviendo el diálogo social como mecanismo para alcanzar dicha ponderación.
2. La ausencia de un acuerdo en el marco del diálogo social en la promulgación de la norma creadora del contrato de apoyo a emprendedores sustrae al comité de los elementos de juicio suficientes para decidir si la extensión de un año puede ser considerada o no razonable, más aún cuando dicho periodo no ha sido el resultado de la concertación social y la excepción a las cláusulas generales del convenio se han aplicado de manera generalizada en dicha modalidad contractual.
3. Las dudas anteriormente expuestas llevan al comité a invitar al Gobierno español a presentar informes sobre la evolución de esta modalidad contractual, y a la vista de los datos obtenidos, examinar la posibilidad de adoptar medidas, en el marco del diálogo social y previa consulta con los interlocutores sociales, tendentes a evitar que este tipo de vínculo laboral pueda ser terminado por iniciativa de un empleador con el objetivo de eludir de manera abusiva la protección recogida en el convenio.

⁴⁶ Advirtiendo sobre la posible vulneración de este tratado internacional ya desde el momento mismo de puesta en marcha del contrato como gran experto y conocedor de la normativa laboral internacional, MIRANDA BOTO, J. M.ª: «El nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores», cit., págs. 913 y 914.

⁴⁷ [Documento GB.321/INS/9/4](#)

Por cuanto hace a la intervención del Consejo de Europa, se ha planteado el incumplimiento de la [Carta Social Europea de 1961](#)⁴⁸, y la aplicación al caso concreto de la interpretación que sobre la misma ha realizado el Comité de Derechos Sociales en su Decisión de 23 de mayo de 2012 en relación con la ampliación en Grecia del periodo de prueba de 2 a 12 meses⁴⁹. Así, a nivel interno no faltan pronunciamientos en instancia que han considerado que el periodo de prueba estudiado «vulnera el art. 4.4 de la Carta 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 atención a sus tareas», sin que semejante criterio pueda ser excepcionado por las especiales consecuencias de la recesión económica pues el citado organismo internacional ha dejado claro que «dicha crisis no podía tener como consecuencia la reducción de la protección de los derechos reconocidos en la Carta y, por lo tanto, que los Gobiernos estaban obligados a adoptar las medidas necesarias para garantizar que los derechos de la Carta fuesen especialmente garantizados en el momento en que la necesidad de protección se hace sentir más»⁵⁰.

El Comité Europeo de Derechos Sociales se ha pronunciado sobre este particular el 22 de enero de 2015 en su documento sobre [Conclusiones XX-3 \(2014\) para el caso de España](#). De esta manera, dicho comité considera que la necesidad de preavisar o, en su lugar, la compensación económica vinculada al fin de la relación laboral alcanza a todos los trabajadores con independencia de tener una relación de duración determinada o indefinida, incluyendo el periodo de

⁴⁸ «El periodo de crisis económica en el que están inmersos un número considerable de países ha derivado, por lo que se refiere a España, en la adquisición de un protagonismo sin precedentes en la normativa internacional, en particular de la Carta Social Europea. La explicación es lamentablemente clara puesto que la adopción de medidas restrictivas que afectan principalmente a los derechos sociales ha implicado que se recurra a ella con la finalidad de exigir su reconocimiento, respeto y garantía. Con ello, se ha producido la lógica tensión frente al derecho nacional, resistente a ceder o asimilar que su estándar de protección es inferior, volviendo al primer plano la controversia entre las teorías monistas y dualistas en cuanto a la forma de articular la relación entre ambos», SALCEDO BELTRÁN, M.^ª C.: «La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales», *Trabajo y Derecho*, núm. 13, 2016 (versión electrónica obtenida de <http://www.smarteca.es>).

⁴⁹ Aunque el comité no se había pronunciado hasta ese momento sobre el periodo de prueba, en el caso griego termina por fallar que la regulación helena incumple la norma internacional por dos motivos fundamentalmente: «por un lado, por no establecer un plazo de preaviso ni indemnización compensatoria en caso de finalización del contrato de trabajo. Y, por otro lado, por la fijación de una duración tan amplia, no caracterizándola de razonable pues proporciona al empresario la capacidad para celebrar, de forma encubierta, un contrato temporal sin tener que fundamentarlo en una causa, permitiendo que se pueda dar por finalizado sin observar ninguna formalidad durante el primer año», SALCEDO BELTRÁN, M.^ª C.: «Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y periodo de prueba del Contrato de Apoyo a Emprendedores: La aplicación del control convencional en España», *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 4, núm. 2, 2014, pág. 38.

⁵⁰ *SJS*, núm. 2, de Barcelona de 19 de noviembre de 2013 (rec. núm. 426/2013).

prueba, circunstancia que no acaece en el caso analizado. Por todo ello, considera que la normativa española no es conforme con el artículo 4 párrafo 4 de la [Carta Social Europea de 1961](#)⁵¹.

Sin embargo, el valor de las conclusiones elaboradas por dicho comité ha sido minimizado por la mayor parte de los tribunales españoles, considerando sus decisiones no aplicables al supuesto en presencia⁵², y ello debido a dos razones fundamentales: de un lado, la técnica jurídica utilizada para redactar la carta, a partir de la cual los Estados asumen los compromisos y obligaciones que quieren; en segundo lugar, y dada la formulación genérica de sus mandatos, la posibilidad de que los particulares puedan invocar la carta necesita de la adopción de medidas nacionales, imposibilitando el denominado *self-executing*, de modo que si la carta no puede ser invocada a efectos de su aplicación directa, menos lo son las conclusiones emitidas por el Comité Europeo de Derechos Sociales⁵³.

En tercer lugar, el Juzgado de lo Social número 23 de Madrid decide presentar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, solicitando de dicho órgano que evalúe si el periodo de prueba de un año del contrato de apoyo a emprendedores es compatible o no con el artículo 30 de la [Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) y la [Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999](#), sobre el trabajo de duración determinada⁵⁴.

Con su petición, el juzgador español plantea «de manera abierta el posible vínculo entre la coordinación de las políticas económicas y de empleo y una reforma acometida a nivel interno que puede ser contraria a la Carta de Derechos Fundamentales», si bien el tribunal rechaza la vinculación de esta modalidad contractual con dichos instrumentos de coordinación, pues estos no hacían referencia alguna a periodos probatorios, y «al basar su rechazo en la ausencia de obligaciones concretas sobre el periodo de prueba en tales orientaciones y recomendaciones, el Tribunal parece dar por sentado que estos instrumentos de *soft law* también podrían desencadenar la eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales»⁵⁵.

⁵¹ «Dicho incumplimiento no es específico del contrato de apoyo a emprendedores –ya que ningún periodo de prueba ni contrato temporal de duración inferior a un año tienen previsto en el ordenamiento español la existencia de un plazo de preaviso–, ni tampoco es la primera vez que el Comité emite esta conclusión sobre el régimen de preaviso contemplado en la normativa española [...]. Por lo tanto, no parece que el Consejo de Europa se pronuncie sobre el caso del contrato de apoyo a los emprendedores en particular sino, más bien, sobre el posible incumplimiento por la legislación española respecto del artículo 4.4 de la Carta Social Europea», HERNÁNDEZ-LAHOZ ORTIZ, P.: «Análisis del régimen jurídico del periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores desde una perspectiva constitucional, internacional y comunitaria», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 183, 2016, versión electrónica (BIB 2016/313).

⁵² Entre muchas, SSTSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 22 de abril de 2015 (rec. núm. 764/2014); de [Cataluña de 22 de junio de 2015 \(rec. núm. 134/2015\)](#) y 15, 16 o 22 de septiembre de 2015 (reces. núms. 3760/2015, 3399/2015 y 3537/2015) o 10 de febrero de 2016 (núm. 5011/2015) y del País Vasco de 17 de noviembre de 2015 (rec. núm. 1995/2015).

⁵³ STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 2016 (rec. núm. 6039/2015).

⁵⁴ AJS, núm. 23, de Madrid de 4 de marzo de 2014 (proc. núm. 860/2013).

⁵⁵ MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M.º: «El contrato de apoyo a los emprendedores y el artículo 30 CDFUE. Reflexiones a propósito de la STJUE de 5 de febrero de 2015, asunto C-117/14, Nisttahuz Poclav», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 40, 2015, pág. 381.

De esta manera, el tribunal⁵⁶ se declara incompetente para contestar a las cuestiones planteadas por cuanto la legislación española que regula la modalidad contractual analizada no constituye una aplicación del Derecho de la Unión Europea, pues la *carta* únicamente puede ser invocada ante el tribunal cuando los Estados apliquen el Derecho de la Unión, ni, lo que resulta más directamente vinculado al supuesto estudiado, en el caso concreto se encuentra concernida la *Directiva 1999/70/CE*, habida cuenta de que «un contrato como el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores previsto por el Derecho español no es un contrato de duración determinada comprendido en el ámbito de aplicación» de la misma.

4.2. LA DURACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA Y SU COMPATIBILIDAD CON EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL ESPAÑOL

En el caso español, y para no retrotraerse demasiado en el tiempo, la jurisprudencia reciente ha vuelto a insistir en que «la finalidad del instituto del periodo de prueba es la experimentación "sobre el terreno" de la relación de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes, siendo sus funciones manifiestas la comprobación de la aptitud profesional y la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado, teniendo mayor significación estas funciones en los trabajos cualificados y de dirección o supervisión, que en otros menos cualificados y tiene, consustancialmente, un carácter de temporalidad y provisionalidad, y de ahí que sea razonable que su duración sea, por lo general, breve»⁵⁷.

Sobre las premisas anteriores, son considerados como abusivos aquellos pactos en los cuales atendiendo a las circunstancias de las labores a desempeñar «el empresario necesite de un periodo de prueba tan largo para advertir la capacitación profesional en una actividad de estas características, que en principio no presenta –ni se describen– circunstancias tan particulares como para necesitar un periodo de prueba tan prolongado»⁵⁸.

De esta manera, «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 periodo de prueba, pues una regulación convencional en la que se fije una duración excesivamente dilatada de dicho periodo, bien puede sugerir [...] que se esté dando amparo a un resultado que, en la práctica, puede asemejarse a la funcionalidad real

⁵⁶ STJCE C-117/14, de 5 de febrero de 2015, asunto *Nistahuz Poclava*.

⁵⁷ STS de 20 de julio de 2011 (rec. núm. 152/2010). «Ciertamente, la función de ese periodo puede ser no solo el apreciar la capacidad técnica del trabajador, que además el título no garantiza, sino otros muchos elementos que pueden ser a veces importantes en un contrato de trabajo, como puede ser la actitud ante el propio trabajo o ante los compañeros o superiores, la puntualidad u otras muchas circunstancias que influyen en una relación tan compleja como puede ser la laboral», STSJ de Canarias/Las Palmas de 30 de marzo de 2016 (rec. núm. 989/2015).

⁵⁸ STS de 12 de noviembre de 2007 (rec. núm. 4341/2006).

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»⁵⁹, habiendo sido calificadas como tal aquellas que establecían pactos de ensayo que se prolongaban uno o dos años. En consecuencia, «declarado abusivo y nulo el pacto que fijó al trabajador un periodo de prueba de 2 años, es claro que el cese amparado en la no superación de tal periodo de prueba constituye un despido improcedente, al que deben anudarse las consecuencias legalmente establecidas»⁶⁰.

Siendo ello así, diversos han sido los pronunciamientos tanto de los órganos jurisdiccionales del orden social como del Tribunal Constitucional que han entrado a conocer sobre la licitud o no de la previsión legal, en tanto en cuanto ya no es el convenio colectivo el objeto de impugnación por incorporar una cláusula abusiva, sino que es la propia norma heterónoma la que positiviza dicho plazo y la que habrá de ser puesta en tela de juicio.

Por las razones expuestas, no es de extrañar que esta previsión legal haya sido objeto de la presentación de algún recurso de inconstitucionalidad y varias cuestiones de constitucionalidad y existan cerca de medio centenar de resoluciones judiciales que se han pronunciado en torno a su legalidad, si bien la cuestión no ha resultado pacífica pues los fallos no se han encaminado todos hacia la misma interpretación jurídica.

4.2.1. La corriente judicial proclive a considerar la medida como ilícita

Las dudas sobre la constitucionalidad del periodo de prueba han llevado a la presentación de dos recursos de constitucionalidad por parte del Parlamento de Navarra y 104 diputados del Parlamento español, y a la presentación de varias cuestiones de inconstitucionalidad bajo el argumento de que «dada la repercusión que, en orden a la extinción del contrato y a sus consecuencias, tiene la regulación del periodo de prueba, se trata de una norma cuyo análisis ha de ser extremadamente cuidadoso desde el punto de vista de los derechos de las personas trabajadoras. En efecto, esta regulación supone que durante el año de periodo de prueba, el contrato de trabajo podrá ser extinguido por desistimiento empresarial, por tanto, sin causa, sin derecho a indemnización alguna, lo que plantea serias dudas de adecuación de esta previsión al texto constitucional», poniendo en duda el precepto bajo el prisma de los siguientes principios constitucionales⁶¹:

1. Posible vulneración del principio de igualdad ante la ley y no discriminación del artículo 14 de la **CE** al permitir celebrar este tipo de contratos únicamente a las

⁵⁹ STS de 20 de julio de 2011 (rec. núm. 152/2010).

⁶⁰ SSTSJ de Madrid de 22 de septiembre de 2009 (rec. núm. 3392/2009) y 9 de diciembre de 2011 (rec. núm. 4015/2011).

⁶¹ Auto del TSJ del País Vasco de 21 de enero de 2014 (rec. núm. 2018/2013).

- empresas con menos de 50 trabajadores y consentir solamente a ellas ampliar el periodo de prueba a un año.
2. Posible contradicción de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos prevista en el artículo 9.3 de la [CE](#), pues la institución del periodo de prueba y la libertad de desistimiento empresarial durante la vigencia del mismo no guardan relación alguna causa-efecto con el fomento del empleo.
 3. Posible incumplimiento de cuanto ordena el artículo 35.1 de la [CE](#) por vulnerar el derecho al trabajo y a la continuidad o estabilidad en el empleo, esto es, a no ser despedido de manera acausal y no motivada.
 4. Posible afectación del derecho a la negociación colectiva recogido en el artículo 37.1 de la [CE](#) haciendo esta materia indisponible para los agentes sociales e impidiendo su adaptación y adecuación a las concretas circunstancias, particularidades y necesidades de los distintos sectores y empresas, a diferencia de la regulación ordinaria en el [artículo 14 del TRET](#).
 5. Posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la [CE](#) al impedir una reacción adecuada contra el despido o cese, debilitando la consistencia del Derecho del Trabajo y vaciándolo en su función tuitiva.

Al margen de la cuestión constitucional, en cuanto hace a los órganos judiciales que han entrado a valorar la legalidad del desistimiento empresarial por no superar el periodo de prueba, varios de los consultados consideran excesivo dicho periodo atendiendo a los siguientes argumentos:

1. Contravención de normas internacionales suscritas por España, en los términos ya analizados en el epígrafe precedente⁶².
2. Vulneración de la finalidad perseguida por el periodo de prueba tendente a que empresario y trabajador puedan conocer si las condiciones y aptitudes profesionales del segundo se ajustan al puesto a desarrollar, así como si las condiciones laborales satisfacen o no las aspiraciones del empleado. En consecuencia, «el plazo de un año parece excesivo si con ello se pretende conocer y valorar la aptitud de las partes y aún lo es más si tenemos en cuenta que no se aplica en función de la dificultad o especialización técnica de la actividad, sino de manera lineal, introduciendo deliberadamente un importante elemento de precarización en el empleo y en el carácter tuitivo que constitucionalmente se deriva del derecho al trabajo, y que tiene mucho que ver con el derecho a no ver extinguido su contrato sin justa causa», apuntando de esta manera, aun cuando sea indirectamente, hacia la ilegalidad de dicho periodo por excesivo y abusivo. Eso sí, la resolución comentada califica como plenamente lícita la extinción realizada por el empresario, pues esta había tenido lugar transcu-

⁶² SJS, núm. 2, de Barcelona de 19 de noviembre de 2013 (rec. núm. 426/2013).

ridos únicamente 45 días desde la celebración del vínculo considerando «que no resulta decisivo para la decisión del pleito que el plazo legal precitado de un año pueda resultar, o no, ajustado a la legalidad constitucional, pues en cualquier caso no se habría vulnerado aquí el régimen general sobre el periodo de prueba previsto en el artículo 14 ET y en el convenio colectivo de aplicación, que establece, para la categoría profesional del actor, un periodo de prueba de 45 días. Por lo que no puede sostenerse que el libre desistimiento del contrato por el empresario carezca de amparo legal y convencional, ni que la decisión empresarial extintiva entrañe abuso de derecho, pues se ejercita antes incluso de transcurrir el plazo máximo de duración del periodo de prueba previsto en el convenio colectivo del sector»⁶³.

A partir de los pronunciamientos reseñados, cabe preguntarse cuáles son las posibles consecuencias derivadas de la consideración como ilícita de la regla legal analizada; al respecto, cabe dar cuenta fundamentalmente de las tres opciones siguientes:

1. Calificar la contratación celebrada en fraude de ley por no cumplir el periodo de prueba la finalidad perseguida por el TRLET, ocultando bajo una modalidad estable cuanto no es más que un contrato de duración determinada sometido al término de un año y, por tanto, en aplicación del [artículo 15.3 del TRLET](#) presumir la celebración de un vínculo laboral ordinario e indefinido.

En efecto, las normas de 2012 no hacen sino contravenir «la legislación nacional en materia de contratación temporal, puesto que a través del contrato de emprendedores con un periodo de prueba de un año, durante el cual el empleador puede dar por finalizado el contrato sin preaviso ni indemnización, se excluye la aplicación del art. 15 ET, en el que siempre se exige una causa para la contratación temporal. El RD-Ley convierte al contrato de emprendedores en un contrato temporal carente de causa, algo prohibido en nuestro ordenamiento jurídico»⁶⁴.

2. Considerar la nulidad total de dicha previsión impidiéndole poder desplegar efecto alguno en el tráfico jurídico, de manera que el empresario no podrá extinguir el contrato de trabajo de manera anticipada y sin justificar causa alguna bajo el amparo de que el trabajador no ha superado el correspondiente periodo de prueba, de manera que habría que entender este como no puesto en el contrato celebrado.
3. Aplicar las reglas sobre nulidad parcial de las cláusulas previstas en el contrato de trabajo en atención a lo previsto en el [artículo 9.1 del TRLET](#). En consecuencia, «un eventual desajuste a la Constitución del plazo fijado en la novedosa figura contractual comentada no determinaría la nulidad total de la cláusula sobre periodo de

⁶³ STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2013 (rec. núm. 1868/2013).

⁶⁴ SJS, núm. 2, de Barcelona de 19 de noviembre de 2013 (rec. núm. 426/2013).

prueba pactada en el contrato, pues solo quedaría, en su caso, afectado por la nulidad el exceso de duración respecto de la establecida convencionalmente, quedando rectificadas la cláusula ajustando este aspecto a la regulación del convenio colectivo [...]. No desaparece, pues, el pacto de periodo de prueba, sino solamente en lo relativo a la duración que exceda de la legal o convencionalmente aplicable»⁶⁵.

Eso sí, cuando el desistimiento acaezca una vez hubiera pasado el periodo de prueba convencionalmente pactado, semejante extinción debe ser considerada como un verdadero despido carente de causa, con las consecuencias previstas para el despido improcedente por los artículos 55 del TRLET y 108 de la LRJS⁶⁶.

Quien suscribe estas líneas considera más adecuada la tercera de las opciones, pues las dos anteriores, en particular la primera, parecen demasiado excesivas y supondrían un obstáculo más para la celebración de esta modalidad contractual. Además, resulta coherente con la defensa de la preferencia de la autonomía colectiva de la voluntad de las partes *ex artículo 14.1 del TRLET* que se ha defendido anteriormente.

4.2.2. El refrendo constitucional de la regulación legal sobre el periodo de prueba de un año

Con carácter previo a los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional, no han faltado fallos que consideran plenamente aplicable y lícito el pacto de periodo de prueba ligado a esta modalidad laboral por cuanto «el contrato que firmó la actora [...] fue un contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores que prevé que el periodo de prueba será de un año en todo caso. Y aunque es cierto que la trabajadora pudiera haber demostrado ya sus aptitudes profesionales para su anterior empleadora, nada impide que la nueva empleadora [...] someta a la trabajadora a un nuevo periodo de prueba, y más tratándose de una profesión como la de ayudante de camarera, en la que prima el trato personal»⁶⁷.

⁶⁵ STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2013 (rec. núm. 1868/2013).

En el mismo sentido, cabe señalar que «el pacto de periodo de prueba plasmado en la cláusula segunda del contrato de trabajo que suscribieron los litigantes no deviene nulo porque se haya pactado una duración de un año en todo caso, sino que solamente queda afectado por la nulidad el exceso de duración respecto de la establecida convencionalmente, quedando rectificadas la cláusula ajustando este aspecto a la regulación del Convenio Colectivo, como un supuesto de nulidad parcial regulada en el art. 9.1 del Estatuto de los Trabajadores, lo que se ha denominado nulidad parcial coactiva o imperativa», STSJ de Asturias de 28 de febrero de 2014 (rec. núm. 285/2014); siguiéndola, la SJS, núm. 4, de Pamplona de 1 de agosto de 2014 (proc. núm. 1394/2013).

⁶⁶ SJS, núm. 2, de Barcelona de 19 noviembre de 2013 (rec. núm. 426/2013) y SJS, núm. 1, de Toledo de 27 de noviembre de 2014 (rec. núm. 536/2014). Del mismo parecer, la STSJ de Andalucía/Málaga de 15 de mayo de 2014 (rec. núm. 528/2014).

⁶⁷ STSJ del País Vasco de 18 de junio de 2013 (rec. núm. 970/2013). En efecto, «aun cuando pudiera cuestionarse la constitucionalidad del artículo 4.3 examinado, en tanto en cuanto el Tribunal Constitucional no declare la incons-

En cualquier caso, su constitucionalidad ha quedado plenamente avalada por tres sentencias del máximo intérprete de la Carta Magna⁶⁸ que fallan contra los recursos y la cuestión de inconstitucionalidad de la que se ha dejado noticia en páginas precedentes, si bien la decisión no ha resultado unánime como consecuencia de la firma de un interesante voto particular al respecto.

Los argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional para avalar tan controvertida medida pueden quedar sintetizados en los siguientes:

1. El derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 de la **CE** puede entrar en conflicto con otros bienes y derechos constitucionales en juego, en particular y por cuanto aquí interesa, con el artículo 38 de la **CE** que reconoce la libertad de empresa y mandata a los poderes públicos velar por la garantía y protección de su ejercicio y la defensa de la productividad.

De esta manera, la medida analizada se enmarca dentro de una situación de una virulenta crisis económica y constituye una herramienta destinada a favorecer la creación de empleo estable, respetando lo previsto en el **Convenio número 158 OIT** y las consideraciones recogidas por el Comité de Expertos de la OIT ya reseñado y el precepto constitucional en juego por cuanto «la propia Ley 3/2012 establece un límite temporal a la posibilidad de utilizar esta modalidad contractual: solo "hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento" [...] lo que] pone de relieve el carácter coyuntural y restringido en el tiempo con que el legislador concibe el recurso a este contrato y a su ahora cuestionada peculiaridad relativa a la duración del periodo de prueba»⁶⁹, de manera que es necesario advertir «en primer lugar, que dentro de un escenario de grave crisis económica, la medida controvertida persigue como finalidad incentivar la contratación indefinida, sobre todo de los colectivos de desempleados más vulnerables (jóvenes, mujeres en ciertos casos y mayores de 45 años). En segundo lugar, que tiene, como el propio contrato de trabajo en el que se inserta, un carácter excepcional y limitado en el tiempo, pues solo podrá aplicarse hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15%. En tercer lugar, que posee un alcance limitado en tanto que se aplica solo en empresas de pequeñas dimensiones, en las que hay mayores reticencias para optar por la contratación indefinida por la dificultad de afrontar eventuales riesgos económicos. En cuarto lugar, que se trata de una medida integrada en un contrato en el que los beneficios que reporta al empleador (deducciones fiscales

titucionalidad del mismo, resulta de plena vigencia y de debida aplicación para los operadores jurídicos», STSJ de Castilla y León/Valladolid de 6 de febrero de 2014 (rec. núm. 4/2014).

⁶⁸ Sin poder obviar tampoco la existencia de una serie de autos del tribunal que consideran infundadas las cuestiones de constitucionalidad presentadas al estar clara la interpretación sobre estos extremos en las sentencias que van a ser analizadas a continuación, como, por ejemplo, AATC 250/2014, de 21 de octubre y 60/2015, de 17 de marzo.

⁶⁹ STC 119/2014, de 16 de julio.

y bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social) se condicionan a la estabilidad en el empleo del trabajador contratado y al mantenimiento del nivel de empleo del resto de la plantilla de la empresa contratante. Y, en fin, que tal medida se acompaña de otras que pretenden atemperar el aspecto más gravoso que para el trabajador tiene un periodo de prueba de mayor duración, como son, de un lado, la eventual compatibilización del salario con la prestación de desempleo o el mantenimiento del derecho a su percepción a la finalización, y, de otro, y esto es lo más relevante, que a la superación del mayor periodo de prueba se le anuda el carácter indefinido de la relación laboral»⁷⁰.

De igual manera, la medida adoptada resulta proporcionada en relación con la finalidad perseguida, pues constituye un estímulo para que las empresas de pequeño tamaño puedan contratar de manera estable a su personal, más aún en un momento de incertidumbre económica como el actual, ofreciéndoseles a cambio de apostar por un empleo indefinido la posibilidad de extinguir el contrato sin causa durante un año, periodo en el que podrán no solo comprobar las capacidades del trabajador sino también si el puesto cubierto es o no económicamente viable⁷¹.

2. Tampoco se aprecia vulneración del artículo 14 de la **CE**, por cuanto «los recurrentes no ofrecen un término válido de comparación para efectuar el juicio de igualdad [pues] los colectivos de trabajadores que se contrastan se rigen por regímenes jurídicos diversos, resultando plenamente diferenciadas las modalidades contractuales a las que unos y otros están sometidos»⁷². De esta manera, la fijación del lapso probatorio se destina «no solo a facilitar el mutuo conocimiento de las partes y de las condiciones de prestación de la actividad laboral y a acreditar que el trabajador posee las aptitudes necesarias para su contratación [...], sino también, desde la perspectiva empresarial, a verificar si el puesto de trabajo es económicamente sostenible y puede mantenerse en el tiempo. Esta finalidad adicional justifica que el legislador haya fijado un periodo de duración de un año para todos los trabajadores, sin distinguir por su categoría o cualificación»⁷³.
3. Conclusiones y argumentos idénticos se alcanzan y utilizan en relación con el examen de la vulneración del artículo 37.1 de la **CE**, por cuanto la libertad de las partes en materia de negociación colectiva «puede quedar limitada por la ley en cuanto a las materias objeto de negociación o el sentido en que pueden ser reguladas por la autonomía colectiva», de manera tal que «la decisión legislativa impugnada con-

⁷⁰ [STC 8/2015, de 22 de enero](#). Sobre la compatibilidad entre el contrato de apoyo a emprendedores y el cobro de una parte de la prestación por desempleo reconocida antes de la contratación, STSJ del País Vasco de 14 de octubre de 2014 (rec. núm. 1842/2014).

⁷¹ STSJ de Canarias/Las Palmas de 30 de marzo de 2016 (rec. núm. 989/2015).

⁷² [STC 8/2015, de 22 de enero](#).

⁷³ [STC 140/2015, de 22 de junio](#).

tribuye pues a impedir que la actuación de la autonomía colectiva pueda frustrar el legítimo y ya comentado objetivo de creación de empleo estable que se pretende alcanzar a través de esta modalidad contractual y su régimen jurídico»⁷⁴.

4. Finalmente, tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la [CE](#) queda quebrantado por cuanto el trabajador puede acudir a los órganos jurisdiccionales cuando considere que la decisión empresarial de desistimiento durante el periodo de prueba resulte no ajustada al régimen jurídico establecido por el ordenamiento laboral, sin que la resolución sin causa ni compensación económica ligada a la finalidad probatoria impida al trabajador reaccionar ni coarte el control judicial de la determinación empresarial⁷⁵.

4.2.3. Una cuestión todavía no pacífica: Contestación y refuerzo de los argumentos del Tribunal Constitucional

Tomando en consideración las diferentes soluciones que han aportado al caso en presencia los organismos y tribunales internacionales y el Tribunal Constitucional sobre la licitud o no del periodo de prueba recogido en el contrato de apoyo a emprendedores, no puede extrañar la existencia de resoluciones judiciales posteriores contradictorias entre sí, pues asumen postulas diferentes, volviendo a convertir la situación en una cuestión nada pacífica dentro del ordenamiento jurídico español.

De esta manera, algunas resoluciones, minoritarias eso sí, atendiendo a las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales para el caso de Grecia y considerando que las mismas constituyen «jurisprudencia que debe ser aplicada por los órganos jurisdiccionales nacionales» ha considerado que la norma interna vulnera el artículo 4.4 de la [Carta Social Europea](#) por cuanto «no fija ni plazo de preaviso ni indemnización por finalización del contrato durante el periodo de prueba de un año, no pudiéndose entender razonable un plazo de prueba de un año en el caso objeto de la *litis*, pues los requerimientos del puesto de trabajo de la demandante [...] no requieren de un año para que el empleador evalúe sus capacidades en atención a sus tareas»⁷⁶.

Incluso algunos pronunciamientos, conociendo la jurisprudencia constitucional pero justificando su parecer contrario en la falta de referencia del Tribunal Constitucional a la [Carta Social Europea](#), resuelven el conflicto de normas aplicando de manera preferente la legislación internacional, tanto el Derecho de la Unión Europea como la [Carta Social Europea](#)⁷⁷, de manera que «la

⁷⁴ STC 8/2015, de 22 de enero.

⁷⁵ STC 119/2014, de 16 de julio.

⁷⁶ SJS, núm. 1, de Toledo de 27 de noviembre de 2014 (rec. núm. 536/2014).

⁷⁷ El pronunciamiento «realiza una aplicación de la normativa siguiendo los parámetros fijados en la propia Constitución, que han de ser valorados de forma muy positiva puesto que no es fácil encontrarse con pronunciamientos que

misión de los tribunales españoles es la aplicación de las normas jurídicas partiendo del principio de jerarquía normativa, y en este sentido es posible manifestar que los tratados internacionales están por debajo de la Constitución Española, pero por encima de las leyes internas, de manera que si las disposiciones de una norma legal vulneran un tratado internacional se han de aplicar preferentemente estas», debiendo tener en cuenta la interpretación que «de las normas internacionales puedan realizar los tribunales competentes para resolver un debate jurídico en que dos normas puedan entrar en contradicción»⁷⁸.

Sin embargo, los pronunciamientos mayoritarios acomodan su parecer a los argumentos vertidos por el Tribunal Constitucional⁷⁹, llegando a señalar que «por sí misma la Carta Social Europea de 1961 no desvirtúa la interpretación que hace el Tribunal Constitucional [...], ya que hace mención en el artículo 4, que se ha de reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación de empleo, ya que el término de razonabilidad es un concepto jurídico indeterminado, lo que determina el que no sea ajustado a derecho el citado motivo de oposición»⁸⁰; es más, dicho lapso temporal previo a la extinción no resulta exigible «cuando el contrato no es definitivo como acontece con el sometido a periodo de prueba válido»⁸¹.

Incluso llegan a poner en duda la vinculatoriedad para España de las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales habida cuenta de que «España únicamente ha ratificado la Carta primitiva de Turín y el Protocolo de 1988, pero no la Carta Revisada de 1996, lo que excluye a nuestro Estado de la competencia del Consejo para el conocimiento de las reclamaciones formuladas por entes colectivos; por consiguiente, no resultarían vinculantes para nuestro país resoluciones como las que cita el recurrente como infringidas»⁸². Por tal razón, la [Carta Social](#)

tengan tan claros aspectos como la aplicación directa de los Tratados internacionales frente a las normas que los vulneran, y menos aún que se proceda, como derivación de ello, a inaplicar estas últimas», de manera que «el Tribunal Constitucional no es el último intérprete sin la jurisdicción ordinaria, que debe erigirse en la principal garante del respeto de las normas internacionales, sirviendo esta sentencia para demostrar a los numerosos escépticos que esta interpretación no solo es posible, sino que es la que exige la legalidad y la Constitución Española», SALCEDO BELTRÁN, M.^ª C.: «De nuevo sobre el periodo de prueba tras la doctrina del Tribunal Constitucional: El necesario respeto a las normas internacionales», *Revista de Derecho Social*, núm. 68, 2014, pág. 159.

⁷⁸ SJS, núm. 3, de Barcelona de 5 de noviembre de 2014 (proc. núm. 116/2014). En este sentido, «quienes no aceptan la tibieza con la que el TC habría asumido desnaturalizar el periodo de prueba en el contrato de emprendedores, acomodándolo a la mera coyunturalidad de la crisis económica, han encontrado en la normativa internacional y comunitaria una válvula de escape», GALLEGO MOYA, F.: «El periodo de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores tras la STC 140/2015, de 22 de junio», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 181, 2015, pág. 204.

⁷⁹ SSTSJ de Asturias de 15 de mayo de 2015 (rec. núm. 800/2015); del País Vasco de 18 de septiembre de 2015 (rec. núm. 1632/2014); de Andalucía/Granada de 17 de diciembre de 2015 (rec. núm. 2662/2015); de Galicia de 15 de marzo y 12 de abril de 2016 (recs. núms. 68/2016 y 403/2016) o de Madrid de 17 de marzo y 9 de mayo de 2016 (recs. núms. 801/2015 y 221/2016).

⁸⁰ STSJ de Cataluña de 2 de diciembre de 2014 (rec. núm. 5253/2014).

⁸¹ STSJ de Galicia de 8 de julio de 2015 (rec. núm. 1844/2015).

⁸² SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 25 de marzo y 22 de abril de 2015 (recs. núms. 60/2015 y 164/2015).

Europea no puede ser invocada a efectos de su aplicación directa y menos aún las conclusiones que haya emitido el Comité Europeo de Derechos Sociales⁸³, pues los tribunales españoles no tienen que sentirse concernidos por ellas⁸⁴.

En algunos casos, lo hacen, eso sí, con la boca pequeña y atendiendo al principio de seguridad jurídica y acatamiento (más que por convencimiento) de las sentencias del Tribunal Constitucional⁸⁵, pues si este lo ha declarado constitucionalmente válido no pueden declarar la nulidad de una cláusula que es acorde con la legislación vigente, aun cuando *obiter dicta* reconozcan que «el plazo de un año [del periodo de prueba] parece excesivo si con ello se pretende conocer y valorar la aptitud de las partes y aún lo es más si tenemos en cuenta que no se aplica en función de la dificultad o especialización técnica de la actividad, sino de manera lineal, introduciendo deliberadamente un importante elemento de precarización en el empleo y en el carácter tuitivo que constitucionalmente se deriva del derecho al trabajo y que tiene mucho que ver con el derecho a no ver extinguido su contrato sin justa causa»⁸⁶.

Sobre las premisas anteriores, llegan a colegir que la norma española no contradice la normativa supranacional⁸⁷ y dan validez y plenos efectos al periodo probatorio de un año y al desestimamiento empresarial *ad nutum* realizado durante dicho plazo⁸⁸.

En fin, por si la existencia de las dos corrientes judiciales expuestas no fueran pocas y han sido capaces de introducir elementos distorsionadores al aportar poca seguridad a los operadores jurídicos, se ha abierto una tercera vía que, basándose en que el Comité Europeo de Derechos Sociales no cuestiona ni la existencia misma del periodo de prueba ni la duración de un año, sino

⁸³ Para un análisis detallado sobre la obligatoriedad de la aplicación e interpretación de la Carta Social Europea por los tribunales españoles, consultar las SSTSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 22 de abril de 2015 (rec. núm. 764/2014) y de Cataluña de 22 de junio de 2015 (rec. núm. 134/2015) –esta con existencia de voto particular al respecto– y 15, 16 o 22 de septiembre de 2015 (reces. núms. 3760/2015, 3399/2015 y 3537/2015).

⁸⁴ En efecto, «la nula referencia a la Carta Social Europea en los fundamentos de derecho de las sentencias del Tribunal Constitucional evidencian que el Tribunal Constitucional no se siente concernido por ella», STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 2016 (rec. núm. 6039/2015).

⁸⁵ Así, frente a la cuestión de constitucionalidad interpuesta «lo cierto es que quedan desbaratados los argumentos esgrimidos por esta Sala, debiendo declarar por principios de seguridad y justicia la validez constitucional del periodo de prueba efectuado en el contrato de emprendedores», STSJ del País Vasco de 8 de septiembre de 2015 (rec. núm. 493/2015).

⁸⁶ STSJ de Cataluña de 10 de febrero de 2016 (rec. núm. 5011/2015).

⁸⁷ SJS, núm. 5, de Valencia de 4 de junio de 2015 (proc. núm. 724/2014).

⁸⁸ SSTSJ de Canarias/Las Palmas de 31 (dos) de julio de 2014 (reces. núm. 979/2013 y 110/2014); de Murcia de 10 de septiembre de 2014 (rec. núm. 309/2014); de Asturias de 28 de noviembre de 2014 (rec. núm. 2485/2014); de Galicia de 3 de diciembre de 2014 (rec. núm. 3719/2014); de Cataluña de 10 de marzo y 24 de abril de 2015 (reces. núms. 7353/2014 y 5035/2013) o de Castilla y León/Burgos de 16 de octubre de 2015 (rec. núm. 633/2015) y SJS, núm. 23, de Madrid de 18 de marzo de 2015 (proc. núm. 860/2013).

la falta de fijación de un periodo de preaviso; la solución para esta resolución no es declarar nulo tal pacto probatorio ni la existencia de un despido improcedente, sino que lo procedente es fijar una indemnización por no respetar el plazo de preaviso oportuno, quedando fijada la misma por analogía y en atención a lo ordenado en los artículos 49 y 53 del TRET, en el importe correspondiente a 15 días de salario⁸⁹.

5. REFLEXIONES FINALES

Transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor del contrato indefinido de apoyo a emprendedores hora es de hacer balance y analizar si su implantación en el ordenamiento jurídico español ha servido o no para cumplir los objetivos marcados con su incorporación en el artículo 4 de la [Ley 3/2012](#).

A este respecto, y conforme ya se ha adelantado a lo largo del trabajo, la respuesta no puede ser sino negativa, pudiendo resumirse la trayectoria de esta modalidad contractual acudiendo al siempre sabio refranero popular, de manera que este vínculo ha venido cargado de mucho ruido y recogido pocas nueces.

En efecto, los datos muestran la escasa utilización que ha tenido por parte de los empresarios españoles, de manera que cuanto se vendió como la medida estrella en materia de contratación de la reforma ha vuelto a estrellarse con la realidad del sistema español de relaciones laborales. En este sentido, se vuelve a caer en errores del pasado y no se aprende de las experiencias preteritas (recuérdese cuanto ocurrió con el contrato para el fomento de la contratación indefinida), poniendo demasiadas expectativas en mecanismos ligados al fomento del empleo que nunca han dado los resultados esperados en el ámbito interno.

Por si lo anterior no fuera suficiente, su periodo de prueba de un año ha sido el foco de atención de significativas discusiones doctrinales y judiciales, con fervientes detractores y vehementes defensores, hasta el punto de que, a pesar de la escasez de su utilización, ha provocado niveles de litigiosidad elevados, demandando la intervención de organismos y tribunales internacionales, el Tribunal Constitucional y una gran panoplia de tribunales ordinarios.

Bien es cierto que la cuestión parece haber quedado casi cerrada (pues todavía existen pronunciamientos que no dan su brazo a torcer y se niegan a aceptar la posición judicial mayoritaria), habida cuenta de que la duración del pacto probatorio ha pasado todos los filtros de legalidad internacional y constitucional a los que ha sido sometido hasta ahora.

⁸⁹ STSJ de Canarias/Las Palmas de 30 de marzo de 2016 (rec. núm. 989/2015).

Sin embargo, quien suscribe se encuentra más cercano a las posiciones beligerantes con la figura que aquellos argumentos utilizados para respaldarla, pues no se comparte el pretexto fundamental de que, en la situación actual de crisis y en aras de mantener unos indicadores macroeconómicos capaces de contentar la voracidad de las instituciones comunitarias (aunque estas recientemente, tras el *brexit* y los renovados vientos antieuropeos que recorren el continente, hayan dado muestras de cierta humanidad, no imponiendo sanción alguna a España por el incumplimiento de su déficit, si bien habrá que estar atento al calado de las reformas que van a exigir a cambio), es posible realizar casi cualquier recorte en los derechos laborales reconocidos a los trabajadores.

Por todo ello, y dado su fracaso para aumentar la empleabilidad en las pequeñas y medianas empresas y causar más problemas que los que ha sido capaz de resolver, se aboga por su eliminación del ordenamiento español, para quedar convertida en un mal sueño de una noche de verano y una excepción no repetida en futuras reformas laborales.