



Regulación de empleo y extinciones computables: el despido colectivo *de facto*, feliz concepto en continua expansión

Con ocasión de la **Sentencia del Tribunal Supremo 933/2021,**
de 23 de septiembre

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén

Extracto

La reforma laboral de 2012-2014 quiso reconocer a las empresas mayor flexibilidad de gestión de las causas habilitadoras de despidos colectivos, incluyendo el fin de la autorización administrativa. Sin embargo, no menos claro quedaba que el procedimiento de consulta no era disponible para la empresa, eludiéndolo a través de fragmentar y diversificar despidos y extinciones. La construcción del despido colectivo de hecho fue una creación jurisprudencial para garantizar que despidos materialmente colectivos, pero formalmente individuales o plurales, se canalicen por la vía del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Esta construcción de derecho vivo ha ido creciendo con el tiempo y hoy conoce una gran vis atractiva. Como acaba de confirmar el Tribunal Supremo, también los ceses por no superación de los periodos de prueba *ex* artículo 14 del ET, aunque no conste la causa, pueden considerarse ceses incluidos en el cómputo para el umbral del artículo 51 del ET. Una vez más, la realidad y la buena fe, con prohibición del ejercicio antisocial del derecho del artículo 7 del Código Civil, se imponen al formalismo y a la libertad de decisión empresarial, en aras del orden público-económico laboral.

Palabras clave: despido colectivo *de facto*; buena fe; periodo de prueba; derecho vivo; orden público laboral.

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). Regulación de empleo y extinciones computables: el despido colectivo *de facto*, feliz concepto en continua expansión. Con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo 933/2021, de 23 de septiembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 464, 186-196.



Employment regulation and eligible terminations: *de facto* collective dismissal, a happy concept in continuous expansion

On the occasion of the Supreme Court Ruling 933/2021,
of 23 September

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

The 2012-2014 labour reform aimed to provide companies with greater flexibility in the management of the causes of collective dismissals, including the end of administrative authorisation. However, it was no less clear that the consultation procedure was not available to the company, which circumvented it by fragmenting and diversifying redundancies and dismissals. The construction of the *de facto* collective dismissal was a jurisprudential creation so that materially collective dismissals, but formally individual or plural, were channelled through article 51 of the Workers' Statute. This construction of living law has grown over time and today has great appeal. As the Spanish Supreme Court has just confirmed, even dismissals for failure to pass the probationary periods *ex* article 14 of the Workers' Statute, even if the cause is not declared, can be considered as dismissals included in the computation of the threshold of article 51 of the Workers' Statute. Once again, reality and good faith, with the prohibition of the antisocial exercise of the right of article 7 of the Civil Code, prevail over formalism and the freedom of business decisions, for the sake of public-economic labour order.

Keywords: *de facto* collective dismissal; good faith; probationary period; living law; public labour order.

Citation: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). Employment regulation and eligible terminations: *de facto* collective dismissal, a happy concept in continuous expansion. On the occasion of the Supreme Court Ruling 933/2021, of 23 September. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 464, 186-196.



Sumario

1. Primacía de la realidad sobre la forma: la construcción del despido colectivo *de facto*, garantía de efectividad del orden público económico-laboral
2. La ausencia de obligación formal empresarial de justificar el desistimiento por no superación del periodo de prueba no excluye su control jurisdiccional
3. Reflexión final: de nuevo la vitalidad del principio jurídico de buena fe en el trasfondo de una exitosa construcción jurisprudencial

Una decisión extintiva de carácter colectivo puede adoptarse formalmente como tal, sometándose al procedimiento legalmente previsto [...]. Pero puede también producirse al margen de este procedimiento –prescindiendo, por ejemplo, del periodo de consultas– o incluso ocultando su carácter colectivo.

En el primer caso, estaríamos ante un despido colectivo irregular y en el segundo ante un «despido colectivo de hecho».

[Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2013 \(rec. 52/2013\).](#)

Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

La idea de una interpretación del derecho, que no es solo un sistema normativo complejo, sino también realidad empírica, puramente lógica, libre de todo pragmatismo, es una ilusión. El ejercicio de la jurisdicción no está orientado solo por las normas jurídicas, sino que está dirigido también por el discurso de los fines sociales y por la construcción teórica de las conexiones sociales relevantes para la consecución de dichos fines.

Alf Ross (Sobre el derecho y la justicia, 1958)

1. Primacía de la realidad sobre la forma: la construcción del despido colectivo *de facto*, garantía de efectividad del orden público económico-laboral

En la tipología de despidos analizados en el capítulo anterior de estos fragmentos de derecho vivo del trabajo de hoy con mirada de la doctrina jurisprudencial de ayer, la protagonizada por el magistrado don Aurelio Desdentado, la tutela reforzada con la nulidad se producía en virtud del blindaje que ofrecen, frente a su plus de antijuridicidad (discriminación, violación del derecho a la salud e integridad) respecto de la ilicitud ordinaria, los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, revaluando su condición humana por encima de su condición de «recursos productivos». Frente a la causa formal, y al margen del régimen legal, se hace triunfar la verdad material (la causa real evidencia un plus de reprochación no ya ética, sino jurídico-social). En cambio, en la tipología de despidos (por causas no inherentes a las personas trabajadoras y dimensión colectiva) atendida por las Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) [933/2021, de 23 de septiembre](#), y [929/2021, de 22 de septiembre](#)¹, el blindaje deriva, además, de los imperativos comunitarios de procedimiento

¹ Esta cuestión jurídico-laboral de fondo es la subyacente igualmente a la [STS 926/2021, de 22 de septiembre](#) (Gran Casino Nervión, SA). Sin embargo, en este caso, el TS constatará de oficio la caducidad de la

de despido colectivo, requiriendo una fase de consulta-negociación ([Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio](#), relativa a despidos colectivos).

También la regulación nacional de estos despidos está hoy en el ojo del huracán de los procesos de reforma abiertos. Procesos que parecen llegar a su fin (contrarreforma laboral) y en los que se discute la posibilidad de recorrer el camino inverso al de la reforma de 2012-2014: la vuelta al sistema de la autorización administrativa. Un sistema que, dicho sea de paso, al margen de lo que se opine sobre su eficacia real (muy limitada²), no plantea problema alguno de conformidad comunitaria, siempre que se regule eliminando la discrecionalidad –usual en este modelo– de la autoridad (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –[STJUE](#)– de 21 de diciembre de 2016, asunto C-201/15, que puso fin a la última trinchera europea de tal sistema: la griega). En todo caso, el derecho vivo está desempeñando una importante labor de garantías de la efectividad, no solo formal sino sustantiva, del procedimiento colectivo.

Ambas sentencias debaten sobre la eventual existencia de un despido colectivo encubierto («despido colectivo de hecho»). Pero en este estudio nos centraremos en la citada [STS 933/2021, de 23 de septiembre](#) (despido colectivo de Zener Plus, SL), sin perjuicio de hacer algunas referencias a la análoga doctrina reafirmada en la citada [STS 929/2021, de 22 de septiembre](#) (despido colectivo de Samic Iberia, SLU, Sociedad Estatal Paradores de Turismo), que incluye otra dimensión jurídico-laboral diferente, también muy importante, pero ajena a este análisis (no porque el magistrado Aurelio Desdentado no tuviese, en su día –2002–, que lo tuvo, un marcado protagonismo), como sería la figura de la subrogación empresarial ex [artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#)³. Y ello por dos razones,

acción de despido. De ahí que case y anule la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) del País Vasco de 22 de diciembre de 2020 (proc. de despido colectivo 33/2020), con la consiguiente desestimación de la demanda por despido colectivo.

² Al margen de anomalías como dejar vivo un ERE (expediente de regulación de empleo) más de 12 años (Sentencia de la Audiencia Nacional –[SAN](#)– 194/2021, de 20 de septiembre).

³ En este asunto, el debate sobre el despido *de facto* se produce al hilo del cambio de contratista en la limpieza de diversos establecimientos hoteleros de la red Paradores de España, SA. El recurso trae causa de la demanda sindical presentada contra la empresa principal (Paradores de Turismo de España, SME), la empresa saliente (Samic Iberia, SLU) y la empresa entrante (Eulen, SA). Se sostiene que ha habido un despido colectivo tácito, apuntando a la responsabilidad de la empresa principal que lo consiente, de la saliente que da de baja en Seguridad Social a las 25 personas afectadas y de la entrante que rechaza la subrogación. En instancia, la [STSJ de Madrid 57/2021, de 28 de enero](#), declarará que el cese acontecido el 16 de septiembre de 2020 en el centro de trabajo del parador de Alcalá de Henares (25 camareras de piso) constituye un despido nulo (arts. 51 ET y 124 Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–), por tácito, pues debió producirse la subrogación de empresa al tratarse de una actividad intensiva en mano de obra (desmaterializada), condenando a la inmediata incorporación a sus puestos de todas las personas afectadas. La única responsable sería la empresa entrante (Eulen), absolviendo a las demás. El TS confirma esta sentencia porque Eulen asumió una parte relevante de la plantilla adscrita precedentemente a la limpieza del Lote de Paradores, según la [STJUE de 11 de julio de 2018, asunto C-60/17, Somoza Hermo](#) (cuya doctrina rechazara don Aurelio Desdentado).

vinculadas ambas a ese primado del principio de realidad económico-social (de extraordinaria raigambre en el derecho del trabajo) frente al principio de la apariencia, así como al predominio de los criterios de orden público-económico laboral (derecho necesario absoluto) sobre la disponibilidad (típico del derecho civil), en aras de una mayor flexibilidad de gestión del factor trabajo para las empresas (modelo de favor por las economías laborales de opción empresarial en virtud del principio de autonomía privada y de la libertad de empresa). A saber:

- Supone una reafirmación, y extensión, de una feliz construcción jurisprudencial, que se debe al saber jurisprudencial de don Aurelio Desdentado, al ser el ponente de la primera decisión que lo afirmó: [STS de 25 de noviembre de 2013 \(rec. 52/2013\)](#).
- Al tiempo, estamos ante una nueva reivindicación de la dimensión causal de toda decisión empresarial, incluso cuando las leyes le dan la forma de desistimiento libre, como resultaría en la institución del periodo de prueba ex [artículo 14 del ET](#).

En el primer ámbito, la construcción jurisprudencial del «despido colectivo de hecho» o *de facto* (prima la unitaria realidad económico-organizativa profunda del conjunto de decisiones sobre la diversidad formal de las extinciones formuladas, simultánea o en tiempos diversos –dentro del periodo computable a efectos del [art. 51 ET](#)–) se recordará que se trata de la proyección para las decisiones extintivas colectivas de una institución jurisprudencial consolidada para los despidos individuales: el despido tácito. La realidad habría venido evidenciando que las empresas tienden a diversificar, fragmentando, las decisiones de cese o extintivas, tanto por las causas formales como por el tiempo en el que se realizan, a fin de evitar el rigor procedimental del despido colectivo regular. Frente a este riesgo de prácticas elusivas de una norma de orden público-económico laboral, no solo de gestión (para las empresas y para la interlocución sindical), sino de protección (para las personas trabajadoras), se primará la dimensión materialmente colectiva del conjunto de decisiones extintivas sobre la forma ([STS 62/2020, de 24 de enero](#)):

Este sería el caso del despido colectivo tácito, en el que se produce el cierre de la empresa sin ninguna declaración extintiva y también tiene esta condición el despido colectivo de hecho cuando se produce mediante decisiones extintivas individuales, pese a sobrepasar los umbrales del art. 51.1.1 del ET (STS de 25 de noviembre de 2013, FJ 3.º).

Hasta fechas recientes, la aplicación de este concepto tuvo su mayor operatividad para las extinciones (disciplinarias u objetivas) en las que existe acuerdo extrajudicial o judicial (reconociendo la improcedencia), inicialmente rechazado por las empresas por entender que eran extinciones por mutuo acuerdo ([art. 49.1 a\) ET](#)) o por dimisión ([art. 49.1 d\) ET](#)). También para los despidos fraudulentos por decisión jurisdiccional. En todos estos casos, se trataría de «extinciones a iniciativa de la empresa» y «motivos no inherentes a la persona trabajadora»

(ni se vincula a su voluntad ni a su capacidad, sino al interés empresarial). Que pueda mediar transacción ([art. 1.809 Código Civil –CC–](#)) de autonomía no altera la naturaleza del despido, siendo un instrumento de terminación anticipada del pleito provocado por la decisión empresarial⁴. Solo se excepcionarían: los ceses en el tiempo válidamente convenido (y transcurrido) o a la realización de la obra o servicio determinado ([STS 660/2020, de 16 de julio](#)).

Pues bien, la gran novedad (relevante por la figura, quizás algo particularista por el elevadísimo número) de la [STS 933/2021, de 23 de septiembre](#), es la inclusión dentro de los ceses o de las extinciones computables de las que derivan del desistimiento empresarial ejercido en virtud de la habilitación dada por el [artículo 14 del ET](#): periodo de prueba. Para la empresa, la no renovación, en la plantilla del centro de trabajo de Zener Plus, SL, en la provincia de Vizcaya, de 6 personas con contratación temporal, así como el cese por no superación del periodo de prueba de 25 personas contratadas con esta condición resolutoria pactada y legalmente establecida, traería causa de la situación de riesgo de contagio por el virus SARS-CoV-2, al igual que la disminución en el rendimiento laboral de al menos 65 personas trabajadoras de dicha plantilla, 34 de las cuales serían objeto de un despido disciplinario, si bien reconoció la improcedencia en su carga de despido con la correspondiente indemnización. Pese a que podría haber tenido algún efecto esta alegación, también en relación con la eventual prohibición de este despido en virtud de la aplicación de la –polémica– norma ex [artículo 2 del Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo](#), esta cuestión quedó fuera del debate en la instancia social⁵ y, por tanto, de la casación.

2. La ausencia de obligación formal empresarial de justificar el desistimiento por no superación del periodo de prueba no excluye su control jurisdiccional

Ciertamente, conforme a la previsión estatutaria y conforme al derecho de la Unión Europea, si un cese responde a una condición extintiva previamente determinada en el contrato y válidamente establecida, como puede ser la temporalidad, por ejemplo, debe excluirse del cómputo ([STS 660/2020, de 16 de julio](#)). Ahora bien, ya se ha evidenciado que en este ámbito y en virtud de la construcción del despido colectivo de hecho o *de facto*, en el que prima la realidad sobre la forma, también sobre la decisión de autonomía formal, el derecho de precedentes, el derecho vivo sobre el despido colectivo, se ha conducido por una senda expansiva, claramente garantista. Y ello en aras de garantizar de manera efectiva el derecho a la participación efectiva *ex bona fides* en la regulación

⁴ Originariamente, SSTS de [26 de noviembre de 2013 \(rec. 334/2013\)](#) y de [18 de noviembre de 2014 \(rec. 65/2014\)](#).

⁵ No es baladí, si se tiene en cuenta que la sala de suplicación vasca es la única que mantiene de forma clara la nulidad de los despidos asociados, directa o indirectamente, a «causas COVID-19».

de empleo, dado que responde el procedimiento no a razones formales o de trámite burocráticas, sino de fondo, sustantivas (transparencia de la decisión y negociación de los efectos para reducir su nocividad social).

Por eso, es posible encontrar decisiones jurisprudenciales que asumen que, incluso si se trata de extinciones contractuales de naturaleza temporal (los cada vez peor vistos, o cada vez más «malditos», contratos de obra o servicio determinado), existirá estricta obligación de inclusión en el cómputo de las extinciones a atender para precipitar un despido colectivo de hecho. Así se entiende en el asunto resuelto por la [STS 283/2019, de 4 de abril](#). Esta sentencia casa y anula la de instancia (STSJ de Madrid de 5 de marzo de 2018, proc. 942/2017), de modo que se incluirían:

[...] los contratos temporales concertados para la ejecución de una contrata que finalizan antes de la fecha prevista o determinada por reducción de su volumen por la empresa comitente, estando excluidas solamente aquellas extinciones que se producen por motivos inherentes a la persona del trabajador y las que se produzcan por cumplimiento del término (FJ 3.º).

Una conclusión que no podría alterar, por su carácter de orden público laboral, ni una norma convencional que regulara de modo diverso las causas extintivas del contrato de obra en su vinculación con las contratas⁶.

En definitiva, deben computarse todas las extinciones por causas no inherentes a la persona trabajadora (por ejemplo, [STS 214/2020, de 10 de marzo](#) –relativa a los supuestos de falta de llamamiento de las personas trabajadoras fijas discontinuas en el tiempo previsto–). Naturalmente, ninguna relevancia real tendrá «que las empresas no invoquen causa expresa [...] para hacer desaparecer la existencia de un despido o extinción computable a esos efectos» ([STS 929/2021, de 22 de septiembre](#)⁷). Distinto será cuando, junto a los elementos fácticos, medie la necesidad de calificaciones jurídicas

⁶ Añade que el artículo 17 del Convenio colectivo de *contact center* no regula, ni puede hacerlo, una causa distinta y autónoma a las establecidas en el ET, por lo tanto, ha de acudirse al [artículo 51 del ET](#). En la misma línea, la [STS 62/2020, de 24 de enero](#). Aquí no se trata de contratos temporales que pudieran ser considerados fraudulentos o que hubieran finalizado al margen de las previsiones normativas sobre este tipo de contratos, sino de 27 contratos temporales extinguidos al amparo del artículo 17 del Convenio colectivo del sector de *contact center*. Aunque esta sentencia se remite al citado precedente de la [STS 283/2019, de 4 de abril](#), concluirá que la acción de despido colectivo de hecho está caducada.

⁷ También la [STSJ de Madrid 776/2020, de 23 de julio](#), hace aplicación de la doctrina del despido colectivo de hecho cuando, ante una situación de reversión de una contrata de restauración (Complejo de la Moncloa), materialmente calificable como sucesión de empresa, la Administración (Ministerio de la Presidencia) no asume formalmente a la plantilla de la contratista saliente (aunque la actividad sustancial del Ministerio de la Presidencia no sea realizar tareas de restauración).

de las causas (fraude de ley), precisándose entonces decisiones de carácter individual en procesos específicos de este fin, no en el del [artículo 124 de la LRJS \(STS 974/2018, de 22 de noviembre\)](#).

Sin duda, esta conjunción de aproximación realista a los escenarios de regulación de empleo cuando aparecen fragmentados, aparentando diversidad de causas y formas extintivas, pese a obedecer a una decisión económica unitaria de empresa, con visiones garantistas y expansivas en la interpretación de las normas (también por su fundamento de derecho de la Unión Europea), está en la base de la decisión alcanzada por la [STS 933/2021, de 23 de septiembre](#), que analizamos. En el asunto resuelto en ella quedó acreditado que la empresa, apartándose del procedimiento previsto, habría despedido fraudulentamente a 34 personas empleadas por contrato indefinido, a 6 personas contratadas de forma temporal, y extinguido, de forma simultánea, nada menos que 25 contratos de trabajo por la supuesta falta de superación del periodo de prueba ex [artículo 14 del ET](#). Para la sentencia de instancia ([STSJ del País Vasco 1493/2020, de 12 de noviembre](#)):

Si bien la empresa no ha de esgrimir la causa por la que considera no superado el periodo de prueba, si, como es el caso, la extinción por tal causa se produce en coincidencia cronológica con otros despidos disciplinarios declarados improcedentes y con extinciones de contratos temporales también improcedentes, así como en número elevado (25), la decisión empresarial requiere [...] acreditación, cuya ausencia conduce a la conclusión [...] reseñada.

La sentencia de casación confirma, una vez repasa los diversos precedentes sobre el despido colectivo de hecho⁸, este criterio, considerando razonable concluir que estas últimas extinciones constituyeron «un claro abuso de derecho». Es totalmente desproporcionado extinguir un número tan alto de contratos por esta causa al mismo tiempo, sin que la empresa hiciese intento alguno por acreditar mínimamente las razones de «una medida tan extravagante». Que la eventual causa justificativa pudiera estar en «supuestas quejas» de varias personas empleadas, «porque consideraban que no se aseguraba su salud durante la pandemia», no solo carecería de realidad y seriedad, sino que resulta contradicho por la conducta procesal de la empresa. En efecto, esta ensayó «introducir en el relato fáctico que las extinciones controvertidas se basaron en una bajada generalizada del rendimiento» ([STS 933/2021, de 23 de septiembre](#), FJ 3.^o).

⁸ Incluida la rectificación más reciente en orden al método de cómputo del periodo de 90 días para fijar el arco temporal relevante para determinar el umbral cuantitativo mínimo, debiéndose realizar, por razones también de garantía de efectividad o efecto útil de la norma comunitaria, sea hacia adelante sea hacia atrás, desde el último despido producido por causas no inherentes a la persona trabajadora (*vid.* [STS 427/2021, de 22 de abril](#); descarta tal conclusión, cuando no se alcanzan los umbrales citados, la [STS 1086/2020, de 9 de diciembre](#)).

3. Reflexión final: de nuevo la vitalidad del principio jurídico de buena fe en el trasfondo de una exitosa construcción jurisprudencial

Aunque el principio de primacía de la realidad sobre la apariencia formal está en la base de esta construcción jurisprudencial, debida a la maestría de un jurista de la talla de Aurelio Desdentado, es evidente que no se creó ni se desarrolló solo sobre elementos de hecho o fácticos (observación realista de la norma) y una aplicación expansiva de los criterios legales. Como casi siempre, en el trasfondo de tan solvente como práctico u operativo⁹ concepto de factura típicamente jurisprudencial (tópica jurídica) subyace y ofrece nuevo aire un principio jurídico sustantivo axial, como sería el de buena fe, así como el de prohibición del ejercicio antisocial del derecho ex [artículo 7 del CC](#). Justamente, la [STS 933/2021, de 23 de septiembre](#), recordará que estos principios jurídicos han de operar en el control aplicativo de toda ley, también del [artículo 14 del ET](#) en relación con su [artículo 51](#):

[...] aun cuando sea cierto que el art. 14 ET viabiliza la extinción del contrato durante el periodo de prueba sin necesidad de motivar las razones del desistimiento empresarial [...] dicha vía de extinción contractual debe acomodarse obligatoriamente a las exigencias de buena fe [art. 20.1 ET en relación con el art. 7.1 CC], subrayándose [...] que, todo acto u omisión que [...] por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar [...] a la adopción de las medidas judiciales [...] que impidan la persistencia en el abuso.

La recurrente llamada (por ejemplo, [SAN 215/2021, de 18 de octubre](#) –anula los recortes salariales de Ryanair por no negociarlos de buena fe ex [art. 41 ET](#)–) a principios jurídicos «eternos» serviría, pues, para fijar la debida conexión de coherencia entre todas las normas e instituciones jurídicas. Por su virtud, la excepción legal que el periodo de prueba representa («cese» libre: sin causa –desistimiento– y sin forma) respecto de las reglas generales de estabilidad en el empleo (cese causal) se mantiene dentro de unos límites razonables (Sentencia del Tribunal Constitucional –[STC- 119/2014, de 16 de julio](#)).

De este modo, tanto el requerimiento de los principios jurídicos como de los derechos fundamentales [«leyes de las personas contratantes más débiles»; aunque son también instrumentos al servicio de las personas contratantes más fuertes, como, por ejemplo, el

⁹ En ocasiones no se entra en el fondo por cuestiones procesales. Por ejemplo, la [STS 951/2021, de 29 de septiembre](#), confirmará la decisión de instancia que apreció la falta de competencia objetiva, en el entendimiento de que, si no cabe la acción del [artículo 124 de la LRJS](#), no ostenta competencia para conocer de la demanda ([art. 7 a\), párrafo segundo, LRJS](#)). En el caso, los contratos de obra se extinguieron por su causa y los despidos disciplinarios no se calificaron de improcedentes. La sentencia recuerda que esta interpretación no es contraria al derecho comunitario ([doctrina Cobra Servicios Auxiliares](#)).

derecho a la prueba ex [art. 24 Constitución española \(CE\)](#) –[STC 61/2021, de 15 de marzo](#)–; o incluso hoy el derecho a la libertad de empresa ex [art. 38 CE](#) y ex [art. 16 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#)] serviría para compensar la idea de unilateralidad favorable a la empresa que presenta¹⁰. Hallamos un contraste nítido entre la imagen que ofrece la norma (equiparación de facultades de desistimiento libre) y la realidad laboral (ejercicio abrumadoramente mayoritario por las empresas). Además, esta reconducción, a través de los principios jurídicos, a sistema del periodo de prueba en el ámbito de la regulación extintiva de empleo, mediante la figura del despido colectivo de hecho, también permite configurar a las personas en periodo de prueba más allá de la ficción jurídica que las trata «como si fueran de plantilla», integrándolas de pleno en ella. De nuevo, pues, lo real y lo valorativo se imponen sobre lo dogmático, si, lógicamente, se cuenta con decisiones jurisdiccionales a la altura de la construcción de un auténtico sistema jurídico-laboral de equilibrio efectivo entre las razones de las empresas y las razones de las personas trabajadoras, y viceversa, como solían ser las que abanderaba, con sus ponencias, don Aurelio Desdentado, aun discutidas y discutibles.

Hoy, esa construcción de conexiones de sentido entre las diferentes normas, a fin no solo de mantener la coherencia de un sistema jurídico, a su vez condición de trato igual real, sino de que cumpla sus fines sociales, se hace primando la dimensión europea o comunitaria de ese orden. Por lo que, por encima del dogma de desistimiento libre por ambas partes, la realidad de una decisión a iniciativa de la empresa durante el periodo de prueba, se trate o no de decisión abusiva, debería computar, a los efectos de los umbrales del [artículo 51 del ET](#), como «extinción del contrato de trabajo asimilable al despido»¹¹. Pero esta es ya otra historia jurídico-laboral que, desgraciadamente, habrá que construir sin la sabia luz de don Aurelio Desdentado. Se le echará de menos, incluso para el sereno y docto debate sobre cuestiones en las que se discreparía de él. D. E. P.

¹⁰ Esta prevalencia de la imagen realista de estar ante una decisión unilateral del periodo de prueba por parte de la empresa justificaría su inclusión en la garantía de la [disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo](#).

¹¹ En este sentido, Beltrán de Heredia Ruiz (2021), «[Despido colectivo y extinciones computables: deben tenerse en cuenta las producidas \(abusivamente\) durante el periodo de prueba \(STS 23/9/21\)](#)».