

EL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y EL PERIODO DE PRUEBA DEL CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A EMPRENDEDORES

Manrique Cos Egea

Doctor en Derecho. Profesor Asociado. Universidad de Murcia

EXTRACTO

El objeto del presente estudio es analizar la relación entre el principio de estabilidad en el empleo y el periodo de prueba de un año del contrato indefinido de apoyo a emprendedores (CIAE), incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 3/2012.

El derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo, esto es, el derecho a no ser despedido sin justa causa, constituye, según doctrina del Tribunal Constitucional, el aspecto individual del derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 de la Constitución Española.

El periodo de prueba, como instituto jurídico que permite la libre resolución contractual, supone una limitación de este principio de estabilidad. La compatibilidad entre el citado instituto y el derecho a no ser despedido sin justa causa requiere que la facultad empresarial de desistimiento durante el periodo de prueba aparezca limitada temporalmente, debiendo fijarse este límite temporal en atención a la finalidad propia del periodo de prueba: que la empresa pueda verificar la aptitud del trabajador para el desempeño de la prestación laboral.

En el presente estudio se mantiene que el periodo de prueba de un año del CIAE resulta irrazonable atendiendo a la finalidad típica de esta institución y supone la vulneración del principio de estabilidad en el empleo.

Palabras claves: principio de estabilidad en el empleo, periodo de prueba, contrato indefinido de apoyo a emprendedores.

Fecha de entrada: 20-11-2014 / Fecha de revisión: 15-01-2015 / Fecha de aceptación: 15-01-2015

THE PRINCIPLE OF EMPLOYMENT STABILITY AND THE PROBATIONARY PERIOD OF OPEN-ENDED CONTRACT IN SUPPORT OF ENTREPRENEURS

Manrique Cos Egea

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze the relationship between the principle of employment stability and the probationary period of one year of open-ended contract in support of entrepreneurs (CSE), created by Law 3/2012.

The employee's right to job security, that is, the right not to be unjustified dismissed, is, according to doctrine of Constitutional Court, the individual aspect of the employee's right to work recognized in the article 35.1 of Spanish Constitution.

The probationary period, as a legal institution that allows employment at will, is a limitation of the principle of employment stability. The compatibility between the said institute and the right not to be unjustified dismissed requires the withdrawal during the probationary period appears limited in time. This time limit must be set in response to the very purpose of the probationary period: establish employee's suitability for the post.

This work argues that the probationary period of a year of CSE infringes the principle of employment stability.

Keywords: principle of employment stability, probationary period, open-ended contract in support of entrepreneurs.

Sumario

1. La duración del periodo de prueba como especificidad jurídica del contrato indefinido de apoyo a emprendedores (CIAE)
2. El periodo de prueba del CIAE como vulneración del principio de estabilidad en el empleo: Crítica a la STC 119/2014, de 16 de julio
 - 2.1. El periodo de prueba del CIAE como vulneración del principio de estabilidad en el empleo
 - 2.2. Crítica a la nueva finalidad del periodo de prueba mantenida por la STC 119/2014, de 16 de julio
3. El periodo de prueba del CIAE como medida de «flexiseguridad»: Crítica al «despido libre» instaurado a través del periodo de prueba de un año
4. Reflexiones finales

1. LA DURACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA COMO ESPECIFICIDAD JURÍDICA DEL CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A EMPRENDEDORES (CIAE)

La [Ley 3/2012, de 6 de julio](#), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico laboral una nueva modalidad de contrato indefinido: el contrato indefinido de apoyo a emprendedores.

Este nuevo tipo de contrato, que tiene como destinatarias las empresas de menos de 50 trabajadores¹ y que puede concertarse con una jornada a tiempo completo o a tiempo parcial², tiene como finalidad el fomento de la contratación indefinida y la creación de empleo estable (exposición de motivos y art. 4.1 de la citada ley). En aras de la consecución de este objetivo, este contrato alumbrado por la Reforma Laboral dispone diversos incentivos a favor de los empresarios (beneficios fiscales y bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social por la contratación de determinados colectivos con especiales dificultades de acceso al empleo: art. 4.4 y 5 [Ley 3/2012](#)) y establece como especialidad que la duración del periodo de prueba de este tipo de contrato sea en todo caso de un año, medida esta última que, tal y como señala la [STC 119/2014, de 16 de julio](#)³, «cabe interpretar como un instrumento adicional de incentivación de la creación de empleo, que eventualmente puede contribuir a potenciar la decisión empresarial de concertar contratos de trabajo indefinidos».

Nótese que la excepción a la regulación estatutaria del periodo de prueba solo se produce respecto a la duración de dicha institución, de forma que, tal y como ha mantenido algún pronunciamiento judicial, el CIAE no establece un régimen diferente, autónomo o especial del periodo de prueba sino que solo modifica la duración del mismo ([STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2013](#)⁴ y [STSJ de Asturias de 28 de febrero de 2014](#))⁵.

¹ Señala a este respecto la Exposición de Motivos de la [Ley 3/2012](#) que «las empresas de cincuenta o menos trabajadores constituyen, según datos del Directorio Central de Empresas del Instituto Nacional de Estadística, el 99,23 % de las empresas españolas» por lo que representan «a la mayor parte del tejido productivo de nuestro país».

² Tras la modificación del artículo 4 de la [Ley 3/2012](#) introducida por el artículo 2 del [Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre](#), de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

³ Como se comentará más adelante en el cuerpo del texto, esta [STC](#) resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la [Ley 3/2012](#) y en el que se impugna, entre otros y por lo que a este trabajo interesa, el artículo 4 de la [Ley 3/2012](#) por posible vulneración del periodo de prueba de un año del CIAE de los derechos de igualdad (art. 14 [CE](#)), a la negociación colectiva (art. 37 [CE](#)) y al trabajo (art. 35 [CE](#)).

⁴ Rec. núm. 1868/2013.

⁵ Rec. núm. 285/2014.

El periodo de prueba como institución laboral a la que se remite el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 aparece regulado en el artículo 14 del [Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) y se configura como un pacto escrito que las partes pueden concertar con carácter previo o simultáneo al comienzo de la ejecución del contrato⁶ y que tiene por finalidad «la experimentación "sobre el terreno" de la relación de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes»⁷. Tal y como señala la [STS de 23 de octubre de 2008](#)⁸, es precisamente para que el periodo de prueba pueda responder a la finalidad que le es propia que el citado precepto estatutario establece la obligación de empresario y trabajador de realizar durante dicho periodo «las experiencias que constituyen el objeto de la prueba» (art. 14.1.III ET).

En cuanto a la regulación estatutaria de la duración máxima que haya de tener el periodo de prueba, tras la [Ley 11/1994](#) se produce una dispositivación de esta materia de forma que se faculta a la negociación colectiva a regular esta condición de trabajo y, solo en defecto de pacto, el artículo 14.1.I del ET fija de manera supletoria el límite de seis meses para los técnicos titulados y de dos meses para los demás trabajadores, no pudiendo exceder de tres meses para los que no sean técnicos titulados en las empresas de menos de 25 trabajadores⁹.

Como acaba de decirse, el artículo 4.4 de la [Ley 3/2012](#) introduce una excepción a este régimen general y establece que la duración del periodo de prueba será «de un año en todo caso». A la luz de la transcrita dicción del precepto, debe entenderse, en cuanto a la relación entre la configuración legal del periodo de prueba del CIAE y la negociación colectiva, que resulta inconclusa –aunque criticable– la voluntad del legislador de que esta materia resulte indisponible para los agentes sociales que no podrán, pues, adaptar y adecuar la duración de la prueba de los CIAE

⁶ Según doctrina jurisprudencial, para que exista el periodo de prueba es necesario que el mismo se haya acordado por escrito al celebrar el contrato, sin que su omisión pueda quedar suplida por la regulación establecida en convenio colectivo. Por tanto, «el periodo de prueba recogido en los Convenios Colectivos no tiene virtualidad directa y sus previsiones no son suficientes para entenderlo existente, ya que se ha configurado siempre como un pacto típico en el inicio del contrato, dependiente de la voluntad de empresa y trabajador, a quienes puede o no interesar pactarlo»: STS de 5 de octubre de 2001 (rec. núm. 4438/2000). Cuestión distinta es que, para entender pactado el periodo de prueba en el contrato, se considere suficiente que en este conste su establecimiento aunque en cuanto a su duración se realice una remisión expresa al convenio colectivo: por todas, STSJ de Madrid de 7 de junio de 2006 (rec. núm. 1133/2006) y STSJ de Cataluña de 18 de septiembre de 2008 (rec. núm. 3965/2008).

⁷ MARTÍN VALVERDE, A.: *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Madrid: Montecorvo, 1976, pág. 13.

⁸ Rec. núm. 2423/2007.

⁹ Tras la redacción dada al artículo 14.1 del ET por el apartado dos del artículo 1 del [Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre](#), de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, en «el supuesto de los contratos temporales de duración determinada del artículo 15 concertados por tiempo no superior a seis meses, el periodo de prueba no podrá exceder de un mes, salvo que se disponga otra cosa en convenio colectivo». Se corrige así normativamente la doctrina jurisprudencial que venía permitiendo que, en los contratos temporales de corta duración, coincidiese la duración del contrato con la del periodo de prueba, lo que suponía que el trabajador estuviese a prueba durante todo el tiempo contratado: por todas, [STS de 4 de marzo de 2008](#) (rec. núm. 1210/2007).

a las concretas circunstancias, particularidades y necesidades de los distintos sectores y empresas¹⁰. La duda acerca de la constitucionalidad de esta disposición de derecho necesario absoluto ha sido resuelta por la [STC 119/2014, de 16 de julio](#), que desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra y, partiendo de la primacía de la ley sobre los convenios colectivos, declara que el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 no vulnera el derecho a la negociación colectiva reconocido en el artículo 37.1 de la [Constitución Española](#) (CE).

La prolongación de la duración del periodo de prueba que se introduce, como regla de derecho necesario absoluto, en la nueva modalidad contractual de carácter indefinido creada por la reforma laboral suscita dudas acerca de su adecuación al principio constitucional de estabilidad en el empleo reconocido en el artículo 35 de la CE y ello debido a que la «difícil convivencia»¹¹ entre aquel instituto jurídico y este principio constitucional se agudiza conforme se amplía la duración del periodo de prueba. Así, el Parlamento de Navarra presentó recurso de inconstitucionalidad contra la [Ley 3/2012](#) en el que se impugna el artículo 4 de la [Ley 3/2012](#) por posible vulneración del periodo de prueba de un año del CIAE de los derechos de igualdad (art. 14 CE), a la negociación colectiva (art. 37 CE) y al trabajo (art. 35 CE). Por lo que se refiere a lo que es objeto de este trabajo, esto es, el análisis del periodo de prueba desde la perspectiva del necesario respeto al principio de estabilidad en el empleo, el recurso plantea que el periodo de prueba de un año «permite al empresario resolver libremente durante su transcurso el contrato de trabajo, sin causa y sin obligación de indemnizar al trabajador, lo que rompería el principio de causalidad en la extinción contractual por voluntad empresarial (...)). La [STC 119/2014, de 16 de julio](#), resuelve el recurso declarando la adecuación constitucional del precepto impugnado manteniendo, para fundamentar el respeto del principio de estabilidad en el empleo, una nueva finalidad del periodo de prueba del CIAE.

¹⁰ Por todos, GARCÍA BLASCO, J.: «Crisis económica, Reforma Laboral y reordenación del contrato de trabajo: entre el fomento de la contratación indefinida y la preocupación por el empleo», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 100, 2012, pág. 91. En contra, la STSJ de Asturias de 28 de febrero de 2014 (rec. núm. 285/2014), al entender esa resolución que lo razonable es deducir que la finalidad perseguida por el legislador a través del artículo 4.3 de la Ley 3/2012 ha sido la de, por un lado, impedir que la negociación colectiva pueda pactar una duración superior a un año para el periodo de prueba del CIAE y, por otro, que dicho tope máximo de un año opere siempre al margen de cuál sea la categoría o cualificación del trabajador contratado. Por tanto, entiende la citada resolución judicial, que no parece que haya de existir obstáculo alguno a que, «respetando el límite de duración máximo de un año legalmente establecido, por negociación colectiva se pueda fijar una duración del mismo diferente e inferior» a la de un año atendiendo a otros criterios, «como puedan ser grupos profesionales o por volumen de trabajadores según empresas».

Aplicando el citado criterio hermenéutico al supuesto sobre el que conoce, el Tribunal entiende que, por aplicación de los artículos 3.1 c) y 9.1 del ET debe reputarse como pacto nulo y sustituido por lo establecido en el convenio colectivo la cláusula del CIAE en la que se establece el periodo de prueba de un año, al resultar este de mayor duración –y, por tanto, menos favorable para el trabajador– que el fijado convencionalmente. Conforme a lo anterior, desestima el recurso de la empresa contra la sentencia de instancia que había calificado como despido improcedente la resolución empresarial del CIAE celebrado con un trabajador el 13 de septiembre de 2012 y a quien el 29 de agosto de 2013 –superado el periodo de prueba fijado convencionalmente y dos días después de iniciar una situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común–, la empresa comunica su cese por no superación del periodo de prueba.

¹¹ MARTÍN VALVERDE, A.: *El periodo de prueba...*, op. cit., pág. 19.

El criterio hermenéutico sentado en la sentencia del Tribunal Constitucional será objeto de análisis crítico más adelante pero, a continuación, y como paso previo y necesario a la consideración de si el periodo de prueba del CIAE supone la vulneración del artículo 35 de la CE, haremos una breve referencia a la configuración constitucional del citado principio y a su relación conflictual con el periodo de prueba.

En cuanto a la estabilidad en el empleo, esto es, el derecho a no ser despedido sin justa causa, constituye, según doctrina del Tribunal Constitucional, el aspecto individual del derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 de la CE (STC 22/1981, de 2 de julio).

La necesaria concordancia que debe establecerse entre el antecitado derecho al trabajo y la facultad empresarial de despido –que, como poder empresarial de gestión organizativa, se configura como una manifestación del reconocimiento constitucional a la libertad de empresa: art. 38 CE– exige la limitación de dicha facultad, sin que de la misma pueda deducirse un principio de libertad *ad nutum* de despedir (STC 192/2003, de 27 de octubre).

Podemos entender que esta exigencia de causalidad al acto extintivo empresarial derivada de la anterior doctrina constitucional supone una concreción de la que ha sido razón de ser histórica del ordenamiento jurídico laboral, esto es, la necesaria limitación de los poderes empresariales¹². La proscripción del despido libre en nuestro ordenamiento jurídico vendría, así, a «civilizar»¹³ el poder empresarial de extinción unilateral del contrato de trabajo. Configurándose el empleo estable como un vector esencial de inserción social e incluso de ciudadanía¹⁴, la estabilidad en el empleo aparece como un valor reconocido y garantizado en la conciencia de todas las sociedades civilizadas¹⁵. En la sociedad actual, la integración y participación social se produce de manera importante a través del trabajo, por lo que se ha podido caracterizar al despido como acto de violencia del poder privado empresarial en tanto supone la expulsión del trabajador de una esfera social y culturalmente decisiva¹⁶.

La limitación de este poder empresarial, a través de la exigencia de causalización del mismo derivada del principio de estabilidad, se configura así como una exigencia de nuestro Estado Social y democrático de Derecho (STC 192/2003, de 27 de octubre) y ha de entenderse que la adecuada reacción frente al despido o cese injusto constituye un aspecto esencial de la función tuitiva

¹² La limitación de la subordinación del trabajador a los poderes empresariales como «tema central del Derecho del Trabajo y la razón de su existencia» en APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A.: «Autoridad y democracia en la empresa» en Aparicio Tovar, J. y Baylos Grau, A. (coords.), *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid: Trotta, 1992, pág. 11.

¹³ La «civilización» del poder empresarial como razón de ser del Derecho del Trabajo en SUPLOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, Madrid: MTAS, 1996, pág. 148.

¹⁴ JEAMMAUD: «Mercado de Trabajo y Derecho del Trabajo», *RDS*, núm. 39, 2007, pág. 13.

¹⁵ MONTOYA MELGAR, A.: «La estabilidad en el empleo», *RPS*, núm. 118, 1978, pág. 45.

¹⁶ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid: Trotta, 2009, pág. 44.

que el Derecho del Trabajo tiene dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho, «cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador» (STC 20/1994, de 27 de enero).

Por lo que se refiere a la configuración del periodo de prueba como limitación del principio de estabilidad en el empleo, la misma deriva del hecho de que durante este lapso de tiempo inicial del contrato, los derechos y obligaciones del trabajador serán los mismos que le corresponderían «como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso» (art. 14.2 ET).

Dada la facultad de resolución contractual *ad nutum* de la que el trabajador dispone con carácter genérico y teniendo en cuenta las altas tasas de desempleo que caracterizan nuestro mercado de trabajo, no puede sino concluirse que la aparente disciplina neutra o equitativa que caracteriza la regulación normativa de esta figura encubre una institución que precariza la situación del trabajador al facultar al empresario a resolver libremente el contrato de trabajo durante el periodo inicial del mismo¹⁷.

Esta libertad de desistimiento que caracteriza el periodo de prueba permite afirmar que la problemática jurídica que acompaña a esta institución se deriva de su difícil convivencia con el principio de estabilidad en el empleo a la que se hizo referencia anteriormente.

Aunque no han faltado intentos doctrinales¹⁸ de causalizar la resolución empresarial del contrato durante el periodo de prueba, con base en que el deber de experimento recogido en la normativa solo tendría virtualidad en el caso de exigirse que la extinción empresarial haya de fundarse en la falta de aptitud del trabajador, es lo cierto que el criterio hermenéutico que se ha impuesto en nuestra doctrina jurisprudencial y constitucional es el de entender que la resolución contractual decidida unilateralmente por el empresario durante el periodo de prueba no requiere alegación de causa alguna.

Así, según esta doctrina debe entenderse que, con el periodo de prueba, «la ley ha previsto un sistema extintivo diferente al del despido, cuyas reglas y principios no le son aplicables, que se manifiesta (...) en la falta de necesidad de motivación» de la resolución contractual¹⁹. Durante la prueba, la extinción del contrato puede producirse, pues, «por la sola y exclusiva voluntad» del empresario, sin que sea necesario «cumplir ninguna exigencia especial al respecto, (...), sin que sea preciso para ello llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la

¹⁷ En este sentido, se ha señalado respecto del pacto de prueba que «lo que aparentemente no pasa de ser una equitativa disciplina liberadora por igual del empresario y el trabajador, en caso de frustración del experimento, encubre en realidad el otorgamiento de un privilegio patronal»: MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Madrid: Tecnos, 2012, pág. 521.

¹⁸ De forma destacada MARTÍN VALVERDE, A.: *El periodo de prueba...*, *op.cit.*, pág. 279.

¹⁹ STC 94/1984, de 16 de octubre.

causa (...), pues la motivación es meramente subjetiva»²⁰, lo que supone una clara atenuación del principio de prohibición de la libre extinción del contrato²¹.

Tal y como señala la [STS de 12 de julio de 2012](#)²², el empresario, en ejercicio del derecho constitucional a la libertad de empresa (art. 38 CE), será quien decida si conviene o no a su legítimo interés contractual el mantenimiento de una determinada relación de trabajo en periodo de prueba, pudiendo desistir de dicha relación libremente, sin que resulte necesaria, ni siquiera pertinente, una indagación ulterior de los motivos de la decisión empresarial, en tanto el legislador ha exonerado al empresario en tal supuesto de la expresión y de la acreditación de los motivos de su decisión de desistimiento²³.

Debe señalarse que la [STC 119/20014, de 16 de julio](#), al pronunciarse sobre la adecuación del periodo de prueba del CIAE al principio constitucional de estabilidad en el empleo parte de esta relación conflictiva a la que acaba de aludirse. Así, según la citada sentencia el periodo de prueba se configura como una «condición resolutoria, positiva y potestativa, expresamente asumida por las partes en el momento de suscripción del contrato (...)» y cuya activación está sujeta únicamente a la «mera declaración de voluntad de cualquiera de las partes –singularmente, del empresario– (...)», constituyendo de esta forma «un mecanismo que habilita la extinción contractual *ad nutum* a iniciativa empresarial». Desde esta perspectiva, por tanto, «el periodo de prueba admitido y regulado por el legislador puede actuar como una limitación del derecho a la estabilidad en el empleo –mayor cuanto más amplia sea su duración–, y que, por tal razón, entra en conexión con el art. 35.1 CE».

Esta admisión normativa del libre desistimiento empresarial de la relación laboral es posible –siguiendo la doctrina sentada en la [STC 119/2014](#)– en tanto el derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 de la CE «no es absoluto ni incondicional, sino que puede quedar sujeto a limitaciones justificadas en atención a la necesidad de preservar otros derechos constitucionales dignos de tutela». En la relación conflictiva que, como vimos, se mantiene entre el derecho al trabajo –y su concreta manifestación de no ser despedido sin causa– y la libertad de empresa reconocida en el

²⁰ [STS de 2 de abril de 2007](#) (rec. núm. 5013/2005). En este mismo sentido, y entre otras, [SSTS de 12 de diciembre de 2008](#) (rec. núm. 3925/2007), [14 de mayo](#) (rec. núm. 1097/2008) y [23 de noviembre de 2009](#) (rec. núm. 3441/2008).

²¹ [STC 173/2013, de 10 de octubre](#).

²² Rec. núm. 2789/2011.

²³ La total libertad de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba siempre que la extinción del contrato no implique violación de derechos fundamentales aparece afirmada en la doctrina jurisprudencial que permite resolver el contrato durante el periodo de prueba encontrándose el trabajador en situación de baja por incapacidad temporal, incluso para el supuesto de que a la empresa le hubiese resultado imposible verificar la idoneidad del trabajador por haberse producido la baja a las pocas horas de iniciada la prestación laboral: [SSTS de 3 de octubre de 2008](#) (rec. núm. 2584/2007) y de [12 de julio de 2012](#) (rec. núm. 2789/2011). Entendemos que sería más acorde con la finalidad de la institución y más coherente con la previsión estatutaria del deber de experimentación de las partes, el que en los casos en que haya resultado imposible comprobar la aptitud del trabajador no sea posible cesarlo lícitamente. En este sentido, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pág. 38.

artículo 38 de la CE, el periodo de prueba se configura como una limitación justificada del principio de estabilidad en el empleo que se concreta en el reconocimiento legal a favor del empresario de una facultad de resolución contractual que pasa a integrarse en su poder de gestión empresarial.

2. EL PERIODO DE PRUEBA DEL CIAE COMO VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO: CRÍTICA A LA STC 119/2014, DE 16 DE JULIO

2.1. EL PERIODO DE PRUEBA DEL CIAE COMO VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

La libertad de resolución contractual derivada del periodo de prueba y basada en la mera voluntad empresarial, a la que se acaba de hacer referencia en el apartado anterior, no se configura en nuestro ordenamiento como una facultad omnímoda en tanto la misma no tiene efectos si su ejercicio supone la vulneración de derechos fundamentales o si el periodo de prueba del que deriva se ha establecido en fraude de ley o de manera abusiva. Tal y como destaca la STSJ de Cataluña de 13 de mayo de 2010²⁴, «la facultad de desistir que prevé el artículo 14 del Estatuto no es omnímoda, 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».

En cuanto al primer límite, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, el desistimiento de la relación laboral durante el periodo de prueba no puede dar lugar a resultados inconstitucionales (SSTC 94/1984, 166/1988, 173/2013). De esta forma, «la facultad de resolución de la relación laboral (...) está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental» (STC 94/1984). Por tanto, la indiferencia que la regulación estatutaria muestra acerca de cuál haya sido el motivo de la resolución empresarial durante el periodo de prueba no es predicable respecto de los supuestos en los que la indagación de la causa del acto resolutorio «quiera mostrar la presencia de una discriminación de las prohibidas por los artículos 14 de la CE y 17.1 del ET –o, en general una violación de los derechos fundamentales y libertades públicas–»²⁵.

En cuanto al segundo límite –que es el que interesa en este trabajo–, es doctrina jurisprudencial que podrá revisarse la libre extinción del contrato y calificarse como despido improcedente el libre desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, cuando se aprecie fraude

²⁴ Rec. núm. 626/2010.

²⁵ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid: Civitas, 2000, pág. 242.

de ley (art. 7.2 [Código Civil](#)) o abuso de derecho (art. 6.4 del mismo texto normativo) en la actuación empresarial²⁶.

De entre los diferentes supuestos de fraude o abuso de derecho nos centraremos, por la importancia que tiene en cuanto al análisis de la problemática del CIAE, en el supuesto de establecimiento de periodos de prueba de excesiva duración.

En cuanto a la duración del periodo de prueba, debe partirse de que, según doctrina del Tribunal Supremo, dado que la función manifiesta de dicho periodo es la comprobación empresarial de la aptitud profesional del trabajador y su adaptación al puesto de trabajo, este instituto laboral «tiene, consustancialmente, un carácter de temporalidad y provisionalidad, y de ahí, que sea razonable, que su duración sea por lo general, breve» ([STS de 20 de julio de 2011](#))²⁷.

En este sentido, debe destacarse que, aunque resulta claro que en cuanto al establecimiento de la duración del periodo de prueba existe, conforme al artículo 14.1.I del ET, una relación de supletoriedad entre la regulación legal y la negociación colectiva, quedando esta última expresamente habilitada para establecer duraciones superiores a las fijadas en el texto estatutario –lo que se haría en detrimento de la estabilidad de los trabajadores en su puesto de trabajo: negociación *in peius*–, es criterio jurisprudencial que «la negociación colectiva no puede magnificarse hasta el extremo de admitir como válidas fórmulas convencionales que puedan resultar incompatibles con la propia finalidad y funciones (...) del instituto del periodo de prueba» ([STS de 20 de julio de 2011](#))²⁸.

Según doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de [12 de noviembre de 2007](#)²⁹ y de [20 de julio de 2011](#))³⁰, partiendo de que el tiempo de prueba debe adecuarse necesariamente «a la finalidad misma de la institución que no es otra que posibilitar el conocimiento recíproco entre las partes del contrato, de manera que el empresario pueda valorar las actitudes del trabajador y la conveniencia de mantener el vínculo contractual asumido», la regulación convencional que fije duraciones excesivamente dilatadas del periodo de prueba en relación con la funcionalidad del instituto –por no resultar razonable que el empresario necesite periodos tan largos para advertir la capacitación profesional del trabajador– será constitutiva de fraude de ley y deberán reputarse radicalmente nulas las cláusulas convencionales que fijen dicha duración por contrarias a la ley y al orden público social.

La desvirtuación de la razón de ser del periodo de prueba que supondrá el establecimiento convencional de duraciones excesivas de dicho periodo conlleva que se declare nula la cláusula

²⁶ Como señala la [STSJ de Madrid de 28 de noviembre de 2004](#) (rec. núm. 3995/2003), los límites a la duración del periodo de prueba vendrán determinados por la propia finalidad de la institución y por el abuso de derecho y el fraude de ley.

²⁷ Rec. núm. 152/2010.

²⁸ Rec. núm. 152/2010.

²⁹ Rec. núm. 4341/2006.

³⁰ Rec. núm. 152/2010.

contractual que acoge la previsión convencional y que la resolución empresarial del contrato por no superación de tal periodo de prueba fuera del plazo legal (que viene a sustituir al convencional fraudulento: art. 9.1 **ET**) sea constitutivo de despido improcedente.

Nótese que en estos supuestos en los que se califica judicialmente como despido improcedente la resolución empresarial del contrato durante el periodo de prueba no se exige la causalización del desistimiento –no se indaga acerca de la razón que llevó al empresario a entender que el trabajador no resultaba apto para el puesto de trabajo– sino que, partiendo de la finalidad del periodo de prueba, se reputa fraudulento el establecimiento del mismo por ser de duración excesiva e innecesaria, lo que trae consigo que al empresario no se le reconozca la libertad de extinción contractual.

De esta forma, aunque no se causaliza el desistimiento empresarial, la doctrina jurisprudencial del abuso de derecho o fraude de ley supone establecer un límite a la libertad de resolución empresarial en tanto circunscribe la misma a un plazo temporal cuya duración necesariamente ha de obedecer a la función propia de la institución.

Debe entenderse que la proscripción del despido *ad nutum* que, como vimos, es manifestación del aspecto individual del derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 de la **CE** exige limitar la libre extinción del contrato durante el periodo de prueba. Esta limitación vendría conformada por el carácter temporal del libre desistimiento al que estamos aludiendo, de forma que el mismo solo se puede producir durante el tiempo que resulte razonablemente necesario para conocer la aptitud del trabajador³¹.

Como vemos, este límite temporal obedece al componente causal que el periodo de prueba tiene –otorgamiento al empresario de un plazo razonable para que puede verificar que el trabajador responde a sus expectativas y es apto para el puesto de trabajo–, aunque este componente aparezca difuminado como consecuencia de la posibilidad de extinción sin causa (STSJ de Valencia de 11 de marzo de 2004)³².

Este límite temporal que causaliza, si no la extinción del contrato durante el periodo de prueba sí, al menos, la celebración del mismo, permite afirmar que esta institución supone, tal y como vimos anteriormente, una «clara atenuación del principio de prohibición de la libre extinción del contrato» (**STC 173/2013, de 10 de octubre**) pero no la eliminación/vulneración del mismo, en tanto la limitación temporal del periodo de prueba confiere a la suspensión del principio de causalidad del despido un carácter transitorio que será razonable en tanto obedezca a la funcionalidad propia de la institución; transcurrido el plazo razonable, el principio de causalidad surtirá plenos efectos.

³¹ En este sentido, la STSJ de Madrid de 28 de noviembre de 2003.

³² Rec. núm. 4212/2003.

Pues bien, una vez analizada la trascendencia que la duración del periodo de prueba tiene respecto a la posible vulneración del artículo 35.1 del ET y teniendo en cuenta la funcionalidad que informa a esta institución jurídico-laboral, parece claro que, a tenor del régimen normativo de su duración y la doctrina jurisprudencial analizada en el apartado anterior, no cabe sino concluir que la duración de un año resulta excesiva y vulneradora del principio de estabilidad en el empleo derivado del artículo 35 de la CE.

En cuanto a la comparación respecto al régimen fijado en el artículo 14.1.I del ET, el plazo de un año resulta, tal y como se destaca en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, una duración excesiva que duplica a la establecida con carácter general para los técnicos titulados, supera en seis veces la prevista para quienes carecen de dicha cualificación y en cuatro la contemplada para trabajadores sin cualificación en empresas de menos de 25 trabajadores.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, acabamos de ver como se mantiene la nulidad de cláusulas convencionales que recogían duraciones del periodo de prueba constitutivas de abuso de derecho en tanto resultaban excesivamente dilatadas por no adecuarse a la finalidad propia de esta institución, pronunciándose en este sentido la STS de 20 de julio de 2011 sobre un periodo de prueba de, precisamente, un año de duración³³.

El carácter irrazonable³⁴ del periodo de prueba de un año del CIAE atendiendo a la función propia de aquel se hace todavía más patente si se tiene en cuenta que la misma opera al margen de la cualificación exigida para el desempeño del puesto de trabajo, puesto que, como es lógico, la complejidad de los trabajos contratados se erige como elemento fundamental a la hora de delimitar si la duración del periodo de prueba cumple con su finalidad³⁵, por lo que esta duración lineal e indiferenciada del periodo de un año impide un uso racional de esta institución. Esta irracionalidad del periodo de prueba ha sido destacada por la doctrina judicial que ha se ha pronunciado sobre el periodo de prueba del CIAE: SJS de Barcelona núm. 2 de 19 de noviembre de 2013³⁶ y SJS de Toledo núm. 1 de 27 de noviembre³⁷; SSTSJ de Cataluña de 6 de junio de 2013³⁸ y del País Vasco 21 de enero de 2014³⁹.

³³ También la doctrina judicial había considerado constitutivo de abuso de derecho, en atención a la complejidad del trabajo a desempeñar, el periodo de prueba de un año: STSJ de Valencia de 8 de julio de 2009 (rec. núm. 1264/2009).

³⁴ El carácter irrazonable de la duración del periodo de prueba en LUJÁN ALCARAZ, J.; GONZÁLEZ DÍAZ, F. y RÍOS MESTRE, J. M.: «Medidas para el fomento de la contratación indefinida y a la contratación de empleo», en Cavas Martínez, F., (coord.), *La reforma laboral de 2012*, Murcia: Laborum, 2012, págs. 88 y 89.

³⁵ Por todas SSTSJ de Valencia de 11 de marzo de 2004 (rec. núm. 4212/2003 y 8 de julio de 2009 (rec. núm. 1264/2009).

³⁶ Rec. núm. 426/2013.

³⁷ Rec. núm. 536/2014.

³⁸ Rec. núm. 1868/2013.

³⁹ Rec. núm. 2018/2013.

A este respecto, cabe señalar que en la queja interpuesta por los sindicatos CC. OO. y UGT ante el director general de la OIT por violación de derechos de los trabajadores referido a la terminación de la relación de trabajo se mantiene la falta de razonabilidad del periodo de prueba de un año alegando que «dicha duración no se vincula, ni directa ni indirectamente, ni a la cualificación y formación profesional del trabajador, ni a la experiencia que haya adquirido a lo largo de su trayectoria profesional, ni a la mayor o menor responsabilidad exigible al puesto de trabajo, ni al grado de dificultad en el desempeño de las funciones pactadas, quedando desvirtuada por completo la institución y la función a la que sirve: comprobación de las aptitudes y de la adaptación del trabajador al puesto de trabajo. Se trata de un plazo de duración único y universal, aplicable indiscriminadamente a todos los trabajos contratables, desde la función de más alta responsabilidad en la gestión, y la técnicamente más compleja».

Parece claro que el alargamiento del periodo de prueba introducido por el CIAE no tiene como finalidad ampliar el plazo durante el cual el empresario pueda verificar que las aptitudes profesionales y personales del trabajador se ajustan a sus expectativas, sino el extender el lapso del tiempo durante el cual la empresa puede rescindir libremente el contrato. Esta duración de un año no obedece, pues, a la finalidad y naturaleza del periodo de prueba sino que se centra en extender indebidamente la consecuencia propia de la misma (la libre rescisión del contrato).

La excesiva duración y el carácter indiferenciado del plazo de un año previsto en el CIAE para su periodo de prueba supone, pues, una clara desnaturalización de este instituto jurídico en tanto no obedece a su función clásica.

Debe entenderse que, eliminada la racionalidad del límite temporal del periodo de prueba que permitía entender limitado pero no vulnerado el principio de estabilidad en el empleo, el periodo de prueba de un año supone la introducción fáctica, aunque formalmente encubierta, en nuestro ordenamiento jurídico del despido *ad nutum* o no causal⁴⁰.

El que a través de este «sucedáneo jurídicamente anómalo pero económicamente muy útil»⁴¹ que supone el periodo de prueba del CIAE se haya hecho realidad «el sueño empresarial del despido

⁴⁰ El periodo de prueba del CIAE como despido libre en VALDÉS ALONSO, A.: «Sobre la posible inconstitucionalidad del art. 4.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo», *RL*, núm. 21, 2012, pág. 1; SALA FRANCO, T.: «Puntos críticos para un debate sobre la Reforma Laboral de 2012», *RL*, núm. 10, 2013, pág. 4; FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pág. 89; GUAMÁN HERÁNDEZ, A. e ILLUECA BALLESTER, H.: *El huracán neoliberal: una reforma laboral contra el Trabajo*, Madrid: Sequitur, 2012, pág. 168; 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. 45; MIRANDA BOTO, J. M.: «El nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores», *AL*, núm. 8, 2012, pág. 3 (versión digital).

⁴¹ MOLINA NAVARRETE, C.: «De las reformas laborales...», *op. cit.*, pág. 45.

libre»⁴² implica la vulneración del derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 de la CE en tanto, tal y como vimos en el primer apartado de este trabajo, la vertiente individual de dicho derecho se concreta, según la doctrina del Tribunal Constitucional, en el principio de estabilidad en el empleo que supone la proscripción de nuestro ordenamiento jurídico laboral del despido sin causa⁴³.

Creemos, pues, acertado el criterio que se mantiene en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012 de entender que nos encontramos ante un fraude constitucional llevado a cabo por el legislador en tanto este, a través de una figura legal pretende conseguir una finalidad prohibida por nuestro ordenamiento jurídico. Así, mediante la indebida utilización de un impropio periodo de prueba pretende soslayar las exigencias de estabilidad que el derecho constitucional al trabajo reclama, con prohibición de los despidos sin justa causa.

2.2. CRÍTICA A LA NUEVA FINALIDAD DEL PERIODO DE PRUEBA MANTENIDA POR LA STC 119/2014, DE 16 DE JULIO

La STC 119/2014, de 16 de julio, ha entendido, en contra de lo defendido en el apartado anterior, que el periodo de prueba del CIAE no vulnera el derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 de la CE.

⁴² OLARTE ENCABO, S.: «La ilegalidad internacional del periodo de prueba de un año del contrato de apoyo a emprendedores (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona, de 19 de noviembre de 2013, núm. 412/2013)», *RTSS.CEF*, núm. 370, 2014, pág. 176.

⁴³ Entre la doctrina científica, plantean la posibilidad de que el periodo de prueba del CIAE vulnere el artículo 35 de la CE, entre otros y por todos: MOLINA NAVARRETE, C.: «De las reformas laborales...», *op. cit.*, pág. 46; VALDÉS ALONSO, A., *op. cit.*, pág. 1. En este sentido también el *Auto del TSJ del País Vasco de 21 de enero de 2014* (rec. núm. 2018/2013) que eleva cuestión de inconstitucionalidad por posible vulneración, entre otros y por lo que aquí interesa, del derecho al trabajo del artículo 35.1 de la CE.

En línea con lo que se ha defendido en el anterior apartado de este trabajo, el TSJ del País Vasco, en la citada resolución, parte de la consideración de que el periodo de prueba, como institución jurídica que supone una excepción legal al principio de causalidad de la extinción del contrato por decisión empresarial, tiene su justificación y razón de ser en la configuración de su propia finalidad, esto es, en la comprobación por el empresario de las aptitudes profesionales de la persona trabajadora al inicio de la relación laboral.

Esta regulación excepcional, destaca la citada resolución judicial, no puede abstraerse de la necesidad de objetivación de la misma y de proporcionalidad y razonabilidad en relación con la finalidad de la misma, requisitos estos que no se aprecian en el periodo de prueba del CIAE, dado que «se prevé un periodo de un año, sin conexión con el puesto de trabajo o los servicios encomendados ni la titulación de la persona trabajadora; se prevé un muy largo periodo de prueba que excede de manera relevante de la regulación general del artículo 14 del ET, sin justificación razonable, lo que merma extremadamente la protección de la persona trabajadora en relación con la extinción de su contrato y su derecho constitucional al trabajo en su vertiente individual de estabilidad en el empleo en el marco de un contrato denominado indefinido».

Debe recordarse que, tal y como señala el voto particular a la citada sentencia, el límite temporal del periodo de prueba es decisivo «para el logro de una adecuada configuración legal del periodo de prueba que garantice el constitucionalmente exigible equilibrio entre los intereses de los empresarios y de los trabajadores. Al formar parte el principio de causalidad del contenido esencial del derecho al trabajo *ex* artículo 35.1 de la CE, la limitación temporal del periodo de prueba confiere a la suspensión de dicho periodo un carácter transitorio, asegurando su activación una vez transcurrido ese plazo».

Resultando inconcuso que la duración de un año del periodo de prueba, atendiendo a la configuración normativa y jurisprudencial de dicha institución, tal y como vimos, es exorbitante –por utilizar el calificativo que se recoge en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra– en relación con la finalidad típica de la prueba y, por tanto, atentatorio del principio de estabilidad en el empleo derivado del artículo 35 de la CE, el Tribunal Constitucional interpreta, para salvar la constitucionalidad del artículo 4.3 de la Ley 3/2012 y acogiendo el argumento de oposición dado por el Abogado del Estado, que la finalidad propia de la prueba del CIAE no es solo la tradicional o típica sino que a esta se le añade una nueva: disponer de un periodo de tiempo durante el cual el empresario pueda constatar «la sostenibilidad económica del nuevo puesto de trabajo creado».

Así, según el criterio interpretativo del Tribunal Constitucional, ha de entenderse que la cuestionada duración del periodo de prueba del CIAE está vinculada a los objetivos de política de empleo que son propios de esta nueva modalidad contractual de carácter indefinido. De esta forma, con la finalidad de fomentar la contratación indefinida y la creación de empleo estable se articula un periodo de prueba cuya duración atiende a «la necesidad empresarial de determinar, en un contexto de crisis como el actual, si el puesto de trabajo es viable económicamente y por tanto, sostenible»⁴⁴. Con el periodo de prueba del CIAE, sostiene el Tribunal Constitucional, se pretende no solo el mutuo conocimiento de las partes y la constatación de las aptitudes del trabajador contratado sino, sobre todo, «facilitar y promover decisiones de creación de empleo de pequeñas y medianas empresas, reduciendo las incertidumbres propias de todo proyecto de inversión empresarial, favoreciendo además que tales decisiones se orienten hacia la contratación de carácter estable».

Por tanto, con la figura del artículo 4.3 de la Ley 3/2012, en interpretación del Tribunal Constitucional, no solo se somete a prueba al trabajador sino también al puesto de trabajo que aquel pasa a ocupar y que demostrará su aptitud si resulta viable económicamente y, por tanto, sostenible. Si el puesto de trabajo no resulta sostenible económicamente, el trabajador contratado para desempeñarlo podrá ver extinguido su contrato sin preaviso ni indemnización y esto aunque haya

⁴⁴ La constitucionalidad del artículo 4.3 Ley 3/2012 con base en esta «nueva finalidad» del periodo de prueba del CIAE ha sido defendida por el profesor GARCÍA BLASCO con anterioridad a la sentencia del Tribunal Constitucional y con fundamentación normativa en la disposición transitoria novena de la Ley 3/2012: GARCÍA BLASCO, J.: «La contratación laboral en la reforma legal de 2012: entre el estímulo de la contratación indefinida y la preocupación por el empleo», *DL*, núms. 95-96, 2012, pág. 14.

acreditado durante la prueba su aptitud y capacidad profesional. Esta nueva finalidad económica del periodo de prueba y la posibilidad de resolución contractual libre y sin costes obedecería a una nueva concepción del Derecho del Trabajo conforme a la cual y siguiendo al profesor GONZÁLEZ-POSADA⁴⁵, las exigencias de flexibilidad y disponibilidad del factor trabajo transforma la subordinación individualizada del trabajador respecto del empleador en una subordinación genérica respecto del sistema económico y productivo en tanto es el trabajador quien asume el riesgo de que su trabajo por cuenta ajena no resulte viable económicamente en un contexto de crisis económica, desvirtuándose así la nota de ajenidad en los riesgos que caracteriza al trabajo por cuenta ajena.

Atendiendo a esta nueva finalidad económica que se postula respecto del periodo de prueba del CIAE, el Tribunal Constitucional mantiene que la duración del mismo es conforme al derecho al trabajo del artículo 35 de la CE, en tanto no resulta desproporcionada.

El Tribunal Constitucional en su pronunciamiento, tras mantener esta nueva finalidad del periodo de prueba del CIAE pasa a examinar si el mismo supera las debidas exigencias de razonabilidad y proporcionalidad, pero en este trabajo nos centraremos en esta nueva finalidad predicada por el Tribunal Constitucional respecto del periodo de prueba y que se constituye como punto de partida necesario para salvar la constitucionalidad del referido periodo de prueba. El criterio interpretativo del Tribunal Constitucional nos merece las siguientes críticas:

1. Atribuir una nueva finalidad al periodo de prueba supone desnaturalizar una figura jurídica tradicional en nuestro ordenamiento jurídico cuya finalidad deriva de su regulación jurídica. Tal y como señala la STS de 23 de octubre de 2008⁴⁶, al disponer el artículo 14.1 del ET «que las partes están obligadas a realizar las experiencias que constituyen el objeto de la prueba, evidencia que el fin del periodo de prueba es acreditar la idoneidad del trabajador para el empleo que motiva el contrato y el logro de ese objetivo lo condiciona todo»; condiciona, entre otros aspectos y como hemos visto en el segundo apartado de este trabajo, la duración máxima de esta institución que necesariamente ha de ser razonable en cuanto a la función perseguida.

Además, entendemos que el Tribunal Constitucional no tiene apoyo normativo en la regulación jurídica que del CIAE hace el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 para sustentar su interpretación, pues de la misma se deriva que la única especialidad del periodo de prueba de este nuevo contrato respecto al general regulado en el artículo 14 del ET es la relativa a su duración. En cuanto al resto de sus características –y, entre ellas la trascendental de su finalidad– resultará aplicable el régimen jurídico general.

⁴⁵ GONZÁLEZ POSADA MARTÍNEZ, E.: «Recomposición del sistema económico y Derecho del Trabajo», en *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1984, pág. 25.

⁴⁶ Rec. núm. 2423/2007.

A este respecto, llama la atención que en la [STC 119/2014](#) se destaque que «la regulación del periodo de prueba que realiza el art. 4.3 Ley 3/2012 constituye la única especialidad del régimen jurídico del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores que esta Ley introduce, tal como afirma expresamente el art. 4.3 analizado», cuando en realidad lo que únicamente se exceptúa del régimen general de manera expresa por el citado artículo es «la *duración* del periodo de prueba a que se refiere el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores» y ningún otro aspecto jurídico de dicha institución.

Esta interpretación que del periodo de prueba del CIAE hace el Tribunal Constitucional supone la introducción de una excepción al régimen general del artículo 14 del [ET](#) no prevista por la [Ley 3/2012](#), como es la de una nueva finalidad puesto que, junto con la finalidad típica de todo periodo de prueba, el periodo de prueba del CIAE tendrá, además, una finalidad específica: potenciar la iniciativa empresarial como instrumento para contribuir, junto con otras medidas de su régimen jurídico, a promover la creación de empleo estable.

A este respecto, nos alineamos con la tesis mantenida en el voto particular a la sentencia que comentamos, según la cual la finalidad legalmente legítima de promoción del empleo estable es predicable únicamente del CIAE pero no de la duración de su periodo de prueba, pues a esta última institución le es ajeno el objetivo de creación de empleo⁴⁷.

La falta de sustento normativo para la nueva finalidad postulada por el Tribunal Constitucional no se deriva solo de la expresa y única excepción recogida en el artículo 4.3 de la [Ley 3/2012](#) a la que acaba de hacerse referencia, sino también del hecho, destacado por el voto particular a la [STC 119/2014](#), de que en su regulación jurídica no se prevé ninguna previsión que permita defender la tesis de la nueva función económica del periodo de prueba. Tal y como afirma el mencionado voto particular, para poder atribuir el menor viso de verosimilitud legal a esta nueva finalidad económica, «el legislador tendría que haber regulado el CAE en unos términos bien diferentes a como lo ha hecho; en concreto, tendría que haber condicionado la celebración de cada singular contrato de esta nueva modalidad contractual a la creación de un nuevo puesto de trabajo» y tendría, añadimos nosotros, que haber previsto que la resolución del contrato durante el periodo de prueba habría de traer consigo necesariamente la desaparición del puesto de trabajo inviable económicamente, evitando así la rotación fraudulenta de trabajadores para un mismo puesto de trabajo.

2. Por otra parte, nos parece forzado el razonamiento jurídico seguido por el Tribunal Constitucional para defender la nueva finalidad del periodo de prueba y su acomodo

⁴⁷ En este mismo sentido, el citado [Auto del TSI del País Vasco de 21 de enero de 2014](#) (rec. núm. 2018/2013), para el que «la institución del periodo de prueba y la libertad de desistimiento empresarial durante la vigencia del mismo no guarda relación alguna causa-efecto con el fomento del empleo».

dación constitucional al artículo 35 de la CE. Tal vez consciente de la desnaturalización del periodo de prueba que se produce con la atribución al mismo de una finalidad que no le es propia, el Tribunal Constitucional mantiene en un principio que el debate acerca de la naturaleza y finalidad de tal institución es ajeno al control de constitucionalidad puesto que la figura del periodo de prueba no aparece expresamente prevista y regulada en el texto constitucional. Según la STC 119/2014, no resulta trascendente el dilucidar si «la cuestionada regulación del art. 4.3 de la Ley 3/2012 encaja en la configuración que del periodo de prueba efectúa con carácter general el art. 14 LET, como si en ella se diseña una institución de contenido y alcance diferentes, aun recibiendo del legislador idéntica denominación, lo único relevante a efecto de nuestro análisis es determinar si el art. 4.3 de la Ley 3/2012 vulnera o no el art. 35.1 CE».

Pero dicho lo anterior, da por hecho que entre el «contenido y alcance» de la figura creada por el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 se encuentra la característica fundamental del periodo de prueba, esto es, la posibilidad de desistimiento empresarial sin alegación de causa y para salvar la constitucionalidad de la figura le otorga una finalidad económica que, como venimos diciendo, es desconocida para el periodo de prueba en su configuración normativa e interpretación jurisprudencial.

Y decimos que se trata de una interpretación forzada en tanto, como destaca el voto particular a la sentencia, en realidad no ofrece dudas interpretativas el hecho de que la institución regulada en el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 sea el periodo de prueba, en tanto existe una explícita remisión del citado artículo al artículo 14 del ET. Las dudas interpretativas surgen porque la remisión a la que acabamos de referirnos supone que deba «presumirse una correspondencia plena entre el *nomen* asignado por el legislador y la configuración (naturaleza, funciones o efectos por citar algunos elementos significativos) que resulte de aplicación».

Tal y como hemos analizado en el segundo apartado de este trabajo, la función o finalidad propia del instituto del periodo de prueba, derivada de su régimen normativo, es la de posibilitar el conocimiento recíproco entre las partes del contrato, de manera que el empresario pueda valorar las actitudes y aptitudes del trabajador y la conveniencia de mantener el vínculo contractual asumido. El principal efecto del pacto de prueba consiste en dotar a las partes –señaladamente al empresario– de un mecanismo que les permita resolver el vínculo contractual *ad nutum*, librándose de efectos indemnizatorios⁴⁸. Ahora bien, para que esta consecuencia o efecto no suponga una vulneración del principio de estabilidad en el empleo derivado del derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 de la CE, es necesario que la duración del periodo de prueba, esto es, el plazo durante el cual el empresario puede ejercer esta facultad de extinción, sea razonable atendiendo a la finalidad a

⁴⁸ GONZÁLEZ DEL RÍO, J. M.: «Nulidad del pacto sobre el periodo de prueba: una interpretación teleológica del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores», AS, núm. 4 (BIB 2005/1094), 2005, pág. 3.

la que acaba de hacerse referencia. Como decíamos, las dudas interpretativas de la doctrina científica y judicial acerca del instituto regulado en el artículo 4.3 de la [Ley 3/2012](#) no han girado, tal y como hemos visto en el apartado anterior de este trabajo, en torno a su consideración como periodo de prueba sino acerca de la razonabilidad de la duración de un año prevista en el citado artículo.

3. En todo caso, si amparándonos en una interpretación que atendiese a la realidad social en la que se enmarca el CIAE –contexto de crisis económica que se traduce en elevadas tasas de desempleo– fuese dable, conforme al criterio hermenéutico del Tribunal Constitucional, defender la finalidad económica del periodo de prueba recogido en el artículo 4.3 [Ley 3/2012](#), entendemos que la libre resolución del contrato no sería aplicable en este caso.

Parece factible que, en la situación de crisis económica que atravesamos y en el marco del proceso de flexibilización laboral al que estamos asistiendo, el legislador optase por crear una nueva figura jurídica que vendría a ser un periodo de prueba para el puesto de trabajo, a través de la cual, y siguiendo el criterio de la [STC 119/2014](#), se trasladase al trabajador el riesgo de la inviabilidad económica de su puesto de trabajo, facilitando la resolución empresarial del contrato. Esta facilitación podría articularse a través de la omisión del plazo de preaviso y de la indemnización prevista para el despido objetivo económico del artículo 52 c) del [ET](#) pero no, so pena de vulnerar el artículo 35 de la [CE](#), a través de la descausalización de la extinción contractual.

Así, si, tal y como hace la [STC 119/2014](#), se postula una nueva finalidad económica del periodo de prueba, lo coherente en un plano jurídico sería exigir que la resolución empresarial durante el mismo fuese causal, debiendo la empresa acreditar que no ha sido posible sostener económicamente el puesto de trabajo para el que se contrató al trabajador bajo la modalidad del CIAE.

Y es que, si se ha podido defender doctrinal y jurisprudencialmente la resolución *ad nutum* durante el periodo de prueba, ha sido con base en la imposibilidad de controlar la valoración subjetiva empresarial acerca de la actitud/aptitud del trabajador para desempeñar el puesto de trabajo en tanto podían ser objeto de apreciación durante el periodo de prueba no solo capacidades de carácter profesional sino también cualidades de carácter personal difíciles de ponderar objetivamente. Pues bien, esta dificultad de fiscalización de la decisión empresarial acerca de la conveniencia de mantener o no el vínculo contractual con base en las capacidades del trabajador evaluadas subjetivamente por el empresario durante la prueba no se da en el supuesto de que la causa de resolución contractual sea la inviabilidad económica del puesto de trabajo, circunstancia esta última que puede y debería acreditarse objetivamente.

Llegados a este punto, si la finalidad de la figura creada con el artículo 4.3 de la [Ley 3/2012](#) ha sido, según la [STC 119/2014](#), el promover la creación de empleo reduciendo las incertidumbres propias de todo proyecto de inversión empresarial a través de la facilitación de la extinción contractual en caso de inviabilidad económica del puesto de trabajo, cabría plantearse el porqué no ha optado el legisla-

dor por permitir el despido objetivo basado en causas económicas sin preaviso ni indemnización durante el primer año de vida del contrato⁴⁹.

Una primera respuesta, que presupone asumir la finalidad de carácter económico a la que acaba de hacerse referencia, sería la de que, con objeto de facilitar al máximo y evitar totalmente las incertidumbres empresariales (que podrían derivar de una revisión judicial de la causa del despido), el legislador acuda a la figura del periodo de prueba para permitir la resolución *ad nutum* sabedor de que un despido objetivo acausal resultaría incompatible con el artículo 35.1 de la CE.

La segunda respuesta, acorde con lo defendido en el apartado segundo de este trabajo, supone negar la procedencia de la cuestión en tanto se discute la premisa de la misma: el legislador no acude a la facilitación del despido objetivo porque su intención no es evitar incertidumbres y riesgos de carácter económico en un contexto de crisis sino simple y llanamente promocionar la celebración de contratos posibilitando el despido libre durante el primer año de vida del contrato. Entendemos que la medida de fomento de empleo no consiste en añadir una finalidad económica a la ya tradicional del periodo de prueba, de forma que la empresa no asuma el riesgo de inviabilidad económica del puesto de trabajo, sino en liberar al efecto propio de esta figura –la resolución *ad nutum* del contrato– del límite temporal que lo racionaliza. Curiosa medida de fomento de empleo institucional basada en la creencia neoliberal «según la cual el mejor incentivo legal para crear puestos de trabajo consiste en permitir la destrucción de los existentes por parte de los operadores jurídicos»⁵⁰.

3. EL PERIODO DE PRUEBA DEL CIAE COMO MEDIDA DE «FLEXISEGURIDAD»: CRÍTICA AL «DESPIDO LIBRE» INSTAURADO A TRAVÉS DEL PERIODO DE PRUEBA DE UN AÑO

Tal y como se viene diciendo, el objetivo del CIAE, y, por tanto, del incentivo jurídico⁵¹ que supone el periodo de prueba del citado contrato, es la creación de empleo estable.

Desde un punto de vista ideológico, dicho incentivo se inserta en el proceso de deslegitimación teórica (GOLDIN)⁵² que está sufriendo el Derecho del Trabajo, según el cual las instituciones

⁴⁹ Valdés Alonso ya había advertido de forma crítica que el objeto del periodo de prueba de un año no era la comprobación de aptitudes sino la comprobación de la viabilidad económica de la empresa y que dicho periodo se asemeja a un singular despido objetivo encubierto por causas económica en el que no es preciso acreditar causa ni pagar indemnización: VALDÉS ALONSO, A.: *op. cit.*, pág. 19

⁵⁰ ROMAGNOLI, U., prólogo en Baylos Grau, A. y Pérez Rey, J.: *op. cit.*, pág. 11.

⁵¹ La distinción entre incentivos monetarios y jurídicos propios del CIAE en MIRANDA BOTO, J. M.: *op. cit.*, pág. 2.

⁵² GOLDIN, A.: «Algunos rasgos definitorios de un derecho del trabajo en proceso de cambio», *RL (I)*, núm. 2 (La Ley 40/2014), 2014, pág. 9.

protectoras propias de este sector del ordenamiento jurídico resultan incompatibles con la eficiencia y competitividad empresarial y, por ende, con la creación de empleo que se derive de las mismas.

Esta señalización del Derecho del Trabajo como responsable de las tasas de desempleo –el Derecho del Trabajo como freno al derecho al trabajo–⁵³ no es un fenómeno novedoso sino una actuación recurrente que acompaña a las situaciones de crisis económica y que legitima teóricamente «la subordinación de la tutela del trabajo a las exigencias de la producción y del sistema económico y la supresión de límites a los poderes empresariales con la esperanza de reducir el desempleo»⁵⁴.

De esta forma, los temas jurídicos laborales son analizados desde una nueva perspectiva según la cual el Derecho del Trabajo ha de formular soluciones jurídicas apropiadas a las necesidades económicas y servirá como válido ordenador social siempre que responda a las mismas. Conforme a este criterio, «el contenido de la tutela de los derechos de los trabajadores vendrá determinada por las exigencias económicas»⁵⁵, produciéndose así un desplazamiento del centro de gravedad del Derecho del Trabajo desde la tutela de los derechos del trabajador a la primacía del interés empresarial⁵⁶.

La crisis económica trae de esta forma consigo la crisis del Derecho del Trabajo, en tanto aquella supone la introducción de nuevas ideas o criterios de regulación que «disputan el terreno a las ideas y principios clásicos del ordenamiento laboral»⁵⁷. El Derecho del Trabajo de la crisis se pone al servicio de los objetivos del empleo, cuando su sentido tradicional es el de compensar las desigualdades y desequilibrios existentes en el seno de la relación laboral⁵⁸.

Y no es solo que bajo esta nueva perspectiva economicista del Derecho del Trabajo se le atribuyan a este objetivos –competitividad empresarial, creación de empleo– que tradicionalmente le han sido ajenos y para cuya consecución presenta importantes limitaciones⁵⁹, sino que,

⁵³ ROMAGNOLI, U.: «El Derecho del Trabajo ante la crisis», *RDS*, núm. 58, 2011, pág. 21.

⁵⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.; VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M. E.: «La aplicación de la Reforma Laboral», *RL*, núm. 12, 2013, pág. 2.

⁵⁵ APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A.: «Introducción», en *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 1984, pág. XVII.

⁵⁶ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «La aplicación de la Reforma laboral de 2012 o el anunciado réquiem por la flexiseguridad», *RL*, núm. 12, 2013, pág. 5. En este mismo sentido, Rodríguez-Piñero, Valdés Dal-Ré y Casas Baamonde destacan como rasgo del Derecho del Trabajo que resulta de la Reforma Laboral la inversión de su función protectora de los trabajadores para reconocer derechos a los empresarios y proteger valores empresariales para crear empleo o evitar su destrucción: RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.; VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M. E., *op. cit.*, pág. 6.

⁵⁷ MARTÍN VALVERDE, A.: «El Derecho del Trabajo de la crisis en España», *REDT*, núm. 26, 1986, pág. 170.

⁵⁸ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: *op. cit.*, pág. 5.

⁵⁹ Tal y como destaca Montoya Melgar, no es responsabilidad del Derecho del Trabajo la creación de empleo, en tanto este sector del ordenamiento no puede más que «coadyuvar, en un plano de indudable modestia, a la búsqueda de soluciones para el problema del desempleo». MONTROYA MELGAR, A.: «La incidencia de la crisis económica en la

además, la consecución de estas nuevas metas implica necesariamente la negación de los valores tradicionales del ordenamiento jurídico laboral en tanto las medidas de flexibilidad –interna y externa– suponen un debilitamiento de la posición jurídica del trabajador frente a quien ya es detentador de poder, su empresario, y una acentuación, por tanto, del desequilibrio al que acaba de hacerse referencia. La intervención pública en las relaciones laborales se produce ahora para instaurar desequilibrios en perjuicio del trabajador, acentuando las notas de dependencia y subordinación del trabajo asalariado, cuya limitación y regulación estuvieron en el origen histórico del Derecho del Trabajo.

A este respecto, es conveniente tener en cuenta la observación que ya hiciera el profesor GALIANA MORENO acerca de la flexibilización del mercado de trabajo relativa a que «si se sucumbe de algún modo a esta nueva tentación neoliberal que nos acecha, el Derecho del Trabajo se vería peligrosamente apartado del que es su objetivo básico, y como tal irrenunciable, de aunar, en inestable pero necesario equilibrio, la paz y la justicia sociales»⁶⁰.

En esta línea de flexibilización del mercado de trabajo, con el periodo de prueba de un año, se normaliza «bajo la presión del chantaje del empleo»⁶¹ ese paradigma del neoliberalismo que constituye la extinción *ad nutum* del contrato de trabajo. Se apuesta así fuertemente por la flexibilidad de salida para facilitar la entrada al mercado de trabajo⁶² siguiendo un razonamiento economicista sobre la regulación del despido, según el cual, la «única forma de crear empleo pasa porque cueste menos destruirlo»⁶³.

La funcionalización del ordenamiento jurídico laboral a la creación de empleo va a suponer, en el caso del CIAE, la consolidación legal de un desequilibrio en perjuicio del trabajador que podrá ver rescindido su contrato sin causa, preaviso e indemnización durante el primer año de vida del mismo. Este desequilibrio obedece a la defectuosa implantación que en nuestro ordenamiento jurídico laboral está teniendo esa idea que, en el ámbito europeo, se presenta como solución justa a la necesidad de compatibilizar derechos de los trabajadores y mercado: la flexiseguridad.

Tal y como se expresa de la Exposición de Motivos de la [Ley 3/2012](#), la Reforma Laboral propuesta «trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos

dogmática de la relación laboral», en *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 1984, pág. 32

⁶⁰ GALIANA MORENO, J. M.: «Orden económico y ordenamiento laboral (Consideraciones sobre la flexibilización del mercado de trabajo)», *Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia*, 1984, pág. 8.

⁶¹ Señala Romagnoli como fenómeno más frecuente propio del re-equilibrio que se está produciendo en la actualidad entre los derechos sociales y la economía el que las reglas del trabajo sean normalizadas bajo la presión del chantaje del empleo. ROMAGNOLI, U.: «El Derecho del Trabajo ante la crisis», *RDS*, núm. 58, 2011, pág. 21.

⁶² OLARTE ENCABO, S.: *op. cit.*, pág. 173.

⁶³ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid: Trotta, 2009, pág. 33.

humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social» y tiene, por tanto, como objetivo la «flexiseguridad»⁶⁴.

Ahora bien, debe entenderse que en realidad, en la Reforma Laboral en general, y en el periodo de prueba de un año en particular, el acento se pone en el primer polo del concepto en perjuicio del segundo, ya que el legislador pone todo su énfasis en la defensa de la productividad y de la libertad de empresa⁶⁵, dando lugar a lo que se ha denominado «flexibilidad insegura», conforme a la cual, la seguridad de los trabajadores se invierte al servicio de la flexibilidad⁶⁶.

Tal y como destaca el Auto del Juzgado de lo Social núm. 23 de Madrid de 4 de marzo de 2014⁶⁷, el CIAE ofrece sin duda flexibilidad a las pequeñas empresas, «pero no otorga a cambio seguridad alguna a los trabajadores, sino que precariza la contratación de quienes sean objeto de esta modalidad contractual, al menos durante el primer año de su vigencia, pues durante ese periodo podrá producirse (...) la resolución del contrato de trabajo a instancias del empresario, sin tener que acreditar o probar una causa objetiva o subjetiva relacionada con la conducta de la trabajadora, bastando únicamente la alegación de que la trabajadora no ha superado el periodo de prueba». En este sentido, no cabe obviar que el periodo de prueba de un año introduce «un 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 el contrato sin justa causa» (STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2013)⁶⁸.

Y es que el despido no es solo un instrumento de gestión empresarial sino ante todo «un instrumento fundamental del poder real del empresario»⁶⁹. La posibilidad de libre rescisión empresarial del CIAE durante el primer año supone una medida de flexibilidad externa que refuerza el poder empresarial en detrimento de la seguridad que para los trabajadores implica el principio de estabilidad en el empleo⁷⁰.

⁶⁴ En este sentido, señala García Blasco que el CIAE, situado en el marco de la política de flexiseguridad adoptado por la Unión Europea, forma parte «de la conveniencia sobre la necesidad de redefinir el contrato por tiempo indefinido, a fin de que la protección del puesto de trabajo vaya aumentando progresivamente comenzando con un nivel básico de protección de este, que se incrementaría progresivamente con el ejercicio del mismo, hasta obtener la plena protección». GARCÍA BLASCO, J.: «La contratación laboral en la reforma legal de 2012: entre el estímulo de la contratación indefinida y la preocupación por el empleo», *DL*, núms. 95-96, 2012, pág. 11.

⁶⁵ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: *op. cit.*, pág. 2.

⁶⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.; VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M. E.: *op. cit.*, pág. 15.

⁶⁷ Proc. núm. 860/2013. Esta resolución plantea cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por considerar que la duración del periodo de prueba del CIAE vulnera el artículo 4.4 de la [Carta Social Europea de 1961](#) y la [Directiva 1999/70/CE](#).

⁶⁸ Rec. núm. 1868/2013.

⁶⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.; VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M. E.: *op. cit.*, pág. 18.

⁷⁰ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: *op. cit.*, pág. 10.

En definitiva, con el establecimiento de un periodo de prueba no limitado temporalmente por su funcionalidad típica de experimentación no se hace sino reforzar la posición hegemónica del empleador y acentuar la posición de contratante débil del trabajador⁷¹, en tanto «el miedo a perder el trabajo actúa como narcótico que neutraliza reclamaciones»⁷².

El reconocimiento factual del despido libre operado a través del periodo de prueba del CIAE supone un ataque al trabajo y el reconocimiento a las empresas de un poder al que, siguiendo a FERRAJOLI, no cabe sino calificar de «absoluto y salvaje»⁷³.

4. REFLEXIONES FINALES

Entendemos que el periodo de prueba de un año establecido en el artículo 4.3 de la [Ley 3/2012](#) se inserta, desde un punto de vista ideológico, en el proceso de deslegitimación teórica que está sufriendo el Derecho del Trabajo y conforme al cual se culpabiliza de manera importante a este sector del Derecho de las consecuencias negativas que sobre el mercado de trabajo trae consigo la crisis económica.

Estaríamos ante una concreción del proceso descrito por el profesor PALOMEQUE LÓPEZ⁷⁴ con ocasión de la crisis económica de los años setenta del siglo pasado. El citado proceso supone que, al amparo de esta crisis, se produce «el asalto neoliberal a la ciudadela del garantismo de los derechos de los trabajadores, fatigosamente conseguidos a lo largo de la historia y hoy ya patrimonio común del moderno Estado Social de Derecho (art. 1 CE)». Así, a través del periodo de prueba de un año, se lleva a cabo el desarme de la función tuitiva propia de este Derecho –representada en el principio de causalidad del despido– y el derrumbamiento de una señal de identidad esencial del ordenamiento jurídico laboral, como es el principio de estabilidad en el empleo.

Tal y como ya destacaran APARICIO TOVAR y BAYLOS GRAU⁷⁵, no se trata de ignorar la crisis económica, sino de destacar que la misma no puede justificar cualquier intento de desvalorización radical de la fuerza de trabajo y de negar «la unidireccionalidad de la salida de la misma, sobre la base de otra concepción del propio Derecho del Trabajo».

⁷¹ Este efecto del periodo de prueba sobre las posiciones de las partes del contrato de trabajo en MARTÍN VALVERDE, A.: *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Montecorvo, Madrid, 1976, págs. 162-163.

⁷² ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: *op. cit.*, pág. 8.

⁷³ Estos calificativos son utilizados por Ferrajoli para referirse al poder empresarial ejercido al margen de la Constitución, leyes y convenios colectivos. FERRAJOLI, J.: *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid: Trotta, 2011, pág. 72. Lo desconcertante es que, en el tema que estamos tratando, el poder «salvaje» de poder extinguir el contrato sin alegar causa ni indemnizar haya sido reconocido por el legislador y validado, como veremos posteriormente, por el Tribunal Constitucional.

⁷⁴ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «Un compañero histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica», *RPS*, núm. 143, 1984, pág. 17.

⁷⁵ APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A.: *op. cit.*, pág. 18.

Esta salida a la crisis al amparo de una nueva concepción del Derecho del Trabajo implica pasos atrás en la tutela jurídica del trabajo en aras de una pretendida mejora de la productividad y competitividad. Estos retrocesos en el carácter tutitivo de la legislación laboral se encuadran en un proceso de mercantilización del trabajo que implica la recosificación del mismo⁷⁶ y, por tanto, «la crisis definitiva del Derecho del Trabajo por la desaparición de los elementos esenciales que crearon su nacimiento»⁷⁷.

Señala GOLDIN⁷⁸ que para poder valorar la trascendencia de los procesos de transformación a los que está siendo sometido este sector del ordenamiento jurídico «bajo fuego» que es el Derecho del Trabajo, debe determinarse si los cambios operan o no sobre sus «rasgos delimitadores», sobre sus «señas de identidad».

Pues bien, la reforma operada por el artículo 4.3 de la [Ley 3/2012](#) afecta de raíz a un principio fundamental que es rasgo delimitador y seña de identidad de la regulación del contrato de trabajo, como es el de estabilidad en el empleo y, por ello, debe entenderse que la misma se enmarca en el modelo de flexibilización económica al que MARTÍN VALVERDE⁷⁹ denomina «de inspiración neoliberal» y que se caracteriza por suprimir la legislación tutitiva propia del Derecho del Trabajo.

Entendemos que la anterior consideración puede y debe suavizarse atendiendo al carácter excepcional de la regulación del CIAE. Así, el carácter coyuntural y restringido del CIAE y sus correspondientes limitaciones de carácter temporal –solo podrá utilizarse hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15%– y objetivo –solo pueden formalizar el contrato las empresas de menos de 50 trabajadores– permiten entender que el ataque al principio de estabilidad no es definitivo⁸⁰.

Por otra parte, no cabe desconocer que, dada la regulación jurídica del despido improcedente –calificación esta que merece la resolución empresarial del contrato durante un periodo de prueba abusivo–, el principio de estabilidad en el empleo no pasa de ser algo que bien puede calificarse

⁷⁶ ROMAGNOLI, U.: «Del Derecho "del" trabajo al Derecho «para» el trabajo», *RDS*, núm. 2, 1998, pág. 15.

⁷⁷ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: *op. cit.*, pág. 26

⁷⁸ GOLDIN, A.: *op. cit.*, pág. 13.

⁷⁹ MARTÍN VALVERDE, A.: «El Derecho del Trabajo de la crisis en España», *REDT*, núm. 26, 1986, pág. 176.

⁸⁰ La propia [STC 119/2014](#), al ponderar la razonabilidad y proporcionalidad de la limitación del derecho al trabajo que implica el periodo de prueba de un año, ha destacado la importancia que, a la hora de determinar la concurrencia de estas exigencias, tienen el contexto de crisis económica en el que se aprueba la norma y el conjunto de límites, condiciones y garantías legales a las que queda sujeto el CIAE. El propio Tribunal Constitucional, queriendo resaltar lo circunstancial de su decisión de entender conforme a la [CE](#) un periodo de prueba de un año, advierte que «la eventual aprobación futura de normas legales que incidan sobre la duración del periodo de prueba en la contratación laboral, así como el control de constitucionalidad a que pudieran someterse, requerirán de este Tribunal una nueva valoración y decisión, no necesariamente condicionada por la solución ahora adoptada».

como retórico⁸¹. Siguiendo a KATZ⁸², debemos entender que no existe estabilidad en el empleo en sentido propio cuando, ante la calificación judicial de un despido como ilícito, es el empresario quien puede optar entre la conservación del puesto de trabajo y cierta indemnización. En ese camino de mercantilización de los valores jurídicos a que se refiere ZAGREBELSKY⁸³, el grave daño provocado a un trabajador por la pérdida injusta de su puesto de trabajo va a poder resarcirse por medio de una indemnización, que, como es sabido, ha sido rebajada por la propia [Ley 3/2012](#).

Pero pese a lo anterior no debe obviarse que la proscripción del despido libre y la defensa del principio de estabilidad –aunque se traduzca en una compensación económica reconocida al trabajador despedido sin causa– contribuye a la consecución de la que, según SINZHEIMER⁸⁴, es la misión especial del Derecho del Trabajo: lograr la dignidad del trabajador y evitar que sea tratado igual que las cosas.

Vista las posiciones del legislador y del Tribunal Constitucional en torno al periodo de prueba del CIAE, parece que la salvaguarda de la dignidad de los trabajadores pasa por acudir a la normativa internacional. En este sentido, tanto la doctrina científica⁸⁵ como la judicial han destacado la vulneración que el periodo de prueba del CIAE supone respecto de la normativa supranacional, en concreto del [Convenio núm. 158 de la OIT](#), de 22 de junio de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo, cuyo artículo 4.2 establece que la duración del periodo de prueba deberá ser «razonable» y de la [Carta Social Europea](#) de 1961 del Consejo de Europa, cuyo artículo 4.4 reconoce «el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo».

Puede decirse que la respuesta judicial más contundente la encontramos en la [SJS de Barcelona núm. 2 de 19 de noviembre de 2013](#)⁸⁶ que, tras señalar que durante la situación de crisis «no se puede desproteger a los trabajadores de sus derechos», califica como despido improcedente la resolución empresarial del CIAE celebrado con un trabajador al que, tras casi un año moviendo neumáticos, se le comunica la finalización de su contrato por no superación del periodo de prueba. La fundamentación de la decisión judicial se basa en la aplicación del principio de jerarquía normativa y en consideración de que el periodo de prueba de un año contraviene el artículo 4.4

⁸¹ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *op. cit.*, pág. 17.

⁸² KATZ, E.: *La estabilidad en el empleo y otros estudios de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires: Roque Depalma, 1957, págs. 3-4.

⁸³ ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta, 2011, pág. 126.

⁸⁴ SINZHEIMER, H.: «La esencia del Derecho del Trabajo», en *Crisis económica y Derecho del Trabajo: cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984, pág. 73

⁸⁵ Véase a este respecto el trabajo de la profesora SALCEDO BELTRÁN, M.^a C.: «El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional», *RDS*, núm. 62, 2013. En el mismo sentido, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: «El contrato indefinido de apoyo a emprendedores: argumentos para la inconstitucionalidad del periodo de prueba», *REDT*, núm. 158, 2013, pág. 208.

⁸⁶ Rec. núm. 426/2013.

de la [Carta Social Europea](#) conforme a la interpretación que ha realizado del mismo el Comité Europeo de Derechos Sociales⁸⁷. Se trataría, según JIMENA QUESADA, «de la primera vez que un órgano jurisdiccional español ha aplicado la Carta Social Europea descartando la aplicación de la legislación nacional contraria a ella; o lo que es lo mismo, la primera ocasión en la que una jurisdicción nacional española ha aplicado con tanta nitidez el denominado control de convencionalidad para asumir la solución más favorable ofrecida por el estándar europeo»⁸⁸.

A este respecto y siguiendo en este punto al profesor MOLINA NAVARRETE⁸⁹, se ha de entender que con la declaración de constitucionalidad del periodo de prueba de un año, el Tribunal Constitucional no ha escrito la última palabra sobre su validez jurídica. Así, el «principio de competencia –la garantía última de la legalidad ordinaria está en el Tribunal Supremo– y/o el de primacía de la norma internacional y/o transnacional –el efecto vinculante de la doctrina o jurisprudencia de los órganos internacionales– están llamados a revisar profundamente en la práctica la decisión constitucional (...)), debiendo los tribunales aplicar directamente la legalidad internacional contravenida por el periodo de prueba de un año de duración.

En esta línea, cabe citar la reciente [SJS de Toledo núm. 1 de 27 de noviembre de 2014](#)⁹⁰, que, tras la [STC 119/2014](#), reitera el criterio hermenéutico mantenido en la citada [SJS de Barcelona núm. 2 de 19 de noviembre de 2013](#)⁹¹ y declara improcedente la decisión extintiva empresarial durante el periodo de prueba de un CIAE.

⁸⁷ En esta misma línea de entender que el periodo de prueba de un año del CIAE contraviene la normativa comunitaria se encuentra el Auto del Juzgado de lo Social núm. 23 de Madrid de 4 de marzo de 2014 –proced. núm. 860/2013– que, al conocer de la demanda de despido presentada por una trabajadora que ve extinguido su CIAE al sexto mes –y 10 días después de haber sido dada de baja por enfermedad común–, acuerda plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por considerar que el periodo de prueba de un año podría ser contrario al Derecho de la Unión Europea, concretamente, a la [Directiva 1999/70/CE](#) del Consejo, de 28 de junio, sobre trabajo de duración determinada, al artículo 30 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) y a los principios fundamentales que dimanan de la Carta Social Europea (apartados 3 y 4 del art. 4) y del [Convenio núm. 158 de la OIT](#) (art. 4). También el citado [Auto del TSJ del País Vasco de 21 de enero de 2014](#) –rec. núm. 2018/2013– que plantea cuestión de inconstitucionalidad, cuenta con un voto particular que, aunque se muestra conforme con los razonamientos del auto, mantiene que no es necesaria la sustentación de la cuestión de inconstitucionalidad en tanto el periodo de prueba de un año contraviene la normativa comunitaria e internacional –Convenio 158 OIT, la Carta Social Europea y la [Directiva 1999/70/CE](#), relativa a los trabajos de duración determinada– que resultaría de aplicación directa.

⁸⁸ JIMENA QUESADA, L.: «La protección internacional de los derechos sociales y laborales: la Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales», *RDS*, núm. 65, 2014, pág. 26.

⁸⁹ MOLINA NAVARRETE, C.: «Reforma Laboral y "justicia constitucional": el Tribunal Constitucional ni es "infalible" ni ya tiene la "última palabra". Comentario a la [STC 119/2014](#), de 16 de julio, RI 5603-2012 interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la [Ley 3/2012](#), de 6 de julio, de reforma del mercado de trabajo», *RTSS.CEF*, núms. 377-378, 2014, pág. 189.

⁹⁰ Rec. núm. 536/2014.

⁹¹ Rec. núm. 426/2013