

ARÁNZAZU ROLDÁN MARTÍNEZ

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Europea de Madrid*

(Comentario a la STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 21 de febrero de 2005,
rec. núm. 134/2005) *

1. RESUMEN DE LOS HECHOS Y CUESTIONES DE FONDO

El actor había prestado servicios para un Grupo Editorial, suscribiendo el día 7 de julio de 2004 un contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción de tres meses en el que preveía un período de prueba de un mes. Se le asignó la categoría de redactor.

Dos días antes de que finalizara el período de prueba, se le notificó la extinción del contrato de trabajo con base en la no superación del mismo.

El demandante, con carácter previo a su contratación laboral, desde noviembre de 2003, había colaborado con la empresa, realizando labores tales como colaboraciones esporádicas, entrega esporádica de artículos y fotografías que la empresa le pagaba si le interesaban y colaboración en la realización de una base de datos.

El trabajador presentó demanda por despido atacando la legalidad de la rescisión con base en dos argumentos:

- El primero es que, con anterioridad al 7 de julio de 2004, fecha de su contratación laboral, ya existiría una relación laboral verbal desde noviembre de 2003, de manera que el contrato firmado el 7 de julio de 2004, al pactar un período de prueba, implicaría una renuncia de derechos *contra legem*, siendo dicho período de prueba ilícito.
- El segundo es que, aun cuando la relación preexistente no tuviera carácter laboral, a través de la misma el empresario habría obtenido un cabal conocimiento de las cualidades y forma de trabajar del actor, de forma que el período de prueba pactado en julio carecería de objeto.

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. CEF. Núm. 269-270, agosto-septiembre 2005.

El primer punto no será estudiado con profundidad en este comentario, toda vez que el encuadramiento jurídico, mercantil o laboral, de los colaboradores de prensa ha sido abordado en repetidas ocasiones por los Tribunales, habiendo variado la resolución en función de las circunstancias que permiten apreciar la existencia de una mayor o menor subordinación, en función esencialmente de la concurrencia de un poder de dirección empresarial que imparta órdenes, fije criterios y temas para la realización de reportajes o fotografías y establezca pautas temporales y de rendimiento para la entrega del material.

Sólo en la medida en que influye en la resolución de la segunda cuestión planteada, resulta necesario aclarar el carácter de la primera contratación que vinculó al redactor con la empresa. De acuerdo con los hechos probados en la sentencia, resulta evidente para el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) que la nota de dependencia está ausente: el trabajador no estaba sujeto a horario ni a jornada, ni tenía rendimiento alguno fijado, ni en consecuencia tenía garantizado ningún tipo de retribución periódica. Según se dice en los hechos probados, el actor entregaba a la empresa esporádicamente y sin estar sometido a obligación regular de ningún tipo colaboraciones periodísticas en forma de artículos y fotografías y la empresa era libre de aceptar.

Una vez aclarado el carácter no laboral de los servicios prestados desde noviembre de 2003, el núcleo de la fundamentación jurídica de la sentencia comentada se centra en aclarar si un contrato de naturaleza mercantil imposibilita el establecimiento de un período de prueba en un ulterior contrato laboral que tiene por finalidad desarrollar aquella misma actividad. Se hace preciso investigar si la ley prevé una prohibición de tal tipo o, si ante el silencio de aquélla, podría llegarse a la misma conclusión acudiendo a la Teoría general de los contratos y en concreto a la prohibición del abuso de derecho ¹.

2. ACLARACIONES PREVIAS: EL FUNDAMENTO DEL PERÍODO DE PRUEBA

El período de prueba se regula en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores (ET) a cuyo tenor:

«1. Podrá concertarse por escrito un período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los Convenios Colectivos. (...) El empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba.

*Será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, **bajo cualquier modalidad de contratación.**»*

¹ Conforme al artículo 7.º 2 del Código Civil (CC) «La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o 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 correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

La razón de ser de esta institución es permitir a las partes (principalmente al empresario) comprobar la idoneidad de «las experiencias que constituyan el objeto de la prueba», que no son otras que las del contrato mismo. Con la prueba se permite al empresario comprobar la idoneidad y adaptación del trabajador al puesto para el que ha sido contratado y a la organización empresarial, sin necesidad de asumir coste alguno en caso de que el trabajador no realice adecuadamente las «experiencias» a que se refiere el precepto y en consecuencia decida extinguir el contrato ². En este sentido, el artículo 14 debe ponerse en conexión con el artículo 52 a) del ET que permite extinguir el contrato, con el consiguiente abono de indemnización, «por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa», siempre y cuando dicha ineptitud no existiera con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba.

Dado que en la relación que surge del contrato de trabajo, las condiciones personales de los sujetos pueden llegar a tener una importancia fundamental para su continuidad y mejor desarrollo, la comprobación o el conocimiento recíproco de las experiencias alcanza también al plano estrictamente humano y personal y ello no sólo en la relación bilateral entre empresario y trabajador, sino también entre éste y el resto de trabajadores de la empresa ³. Se trata, pues, de valorar tanto las aptitudes profesionales como humanas del trabajador.

Pese a que las partes son libres para fijar o no un período de prueba (el precepto dice «podrá concertarse...») ⁴, lo cierto es que dicha libertad no puede ser tan ilimitada que lleve a situaciones abusivas porque la ley no ampara el abuso del derecho ni el ejercicio antisocial del mismo (art. 7.º 2 del CC ⁵). Existirá este abuso cuando el período de prueba pactado por las partes esté desconectado del fin que le atribuye la ley, de forma tal que, inexistente la necesidad de comprobar la aptitud profesional del trabajador, simplemente exista un interés del empresario en reservarse la posibilidad de extinguir *ad nutum* el contrato.

La reflexión acerca del carácter abusivo que esta institución puede llegar a tener en un caso concreto cobra plena actualidad en un momento en que la doctrina se cuestiona el sentido de la misma ⁶. No puede negarse que la justificación de dicho período sobre la base de la necesidad de prueba del trabajador se debilita en un Derecho del Trabajo que hoy ofrece numerosas vías para ello: contratos formativos y becas, desde luego, pero también un recurso todavía cómodo a la contratación temporal, a la descentralización productiva, y, a los servicios de Empresas de Trabajo Temporal (ETT), muchos

² ARIAS DOMÍNGUEZ, A., CARDENAL CARRO, M., CHARRO BAENA, P., QUINTANILLA NAVARRO, R. Y. (dir. SEMPERE NAVARRO, A. V., coord. MARTÍN JIMÉNEZ, R.), *Los contratos de trabajo temporales*, Thomson-Aranzadi, 2004, pág. 416. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., «El período de prueba», en AA. VV., *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, Civitas, 2000, pág. 466.

³ ARIAS DOMÍNGUEZ, A., (et altri), *op. cit.*, pág. 416. Sobre la importancia de comprobar las condiciones personales del trabajador, *vid.*, MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2003, pág. 480.

⁴ Pese a que el período de prueba viene a satisfacer una necesidad estructural para el desarrollo adecuado del contrato, lo cierto es que el legislador lo ha configurado como un elemento accidental del mismo cuya existencia ni se impone ni se presume. Su única fuente es la autonomía de la voluntad de las partes. *Vid.*, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *op. cit.*, pág. 466.

⁵ SSTSJ de Andalucía de 6 de mayo de 1998 y de Madrid de 29 de octubre de 1998.

⁶ *Vid.*, en este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *op. cit.*, pág. 479.

de cuyos trabajadores pasan a prestar servicios directamente en las empresas usuarias en las que desarrollaron sus misiones. La práctica muestra cómo en nuestro mercado de trabajo el empleador puede conocer al trabajador por estas vías sin necesidad de plantearse una contratación con período de prueba.

3. LA «PRESUNCIÓN DE ABUSIVIDAD» DEL ARTÍCULO 14.1 TERCER PÁRRAFO DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES ⁷

El legislador aprovechó la reforma de 1994 ⁸ para introducir en el artículo 14 del ET un nuevo párrafo, el tercero, que recogía una doctrina constante de los Tribunales: la nulidad del período de prueba pactado con un trabajador cuyas aptitudes profesionales resultaban ya conocidas por el empleador por una relación laboral anterior ⁹. En estas condiciones, la concertación de un período de prueba se consideraba abusiva, por no responder a su auténtico objetivo, comprobar la adaptación del trabajador al puesto de trabajo.

Para RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO ¹⁰ aparece aquí, por primera vez, la prueba como elemento condicionante del régimen jurídico de esta figura, como aquello que justifica el período de prueba y permite su concertación. Si esta prueba no es posible, por ser innecesaria dado que el empleador conoce ya las habilidades del trabajador, entonces la justificación desaparece. La calificación del pacto como nulo, que en realidad es una prohibición de pactar el período de prueba en estos supuestos, supondría operar sobre una presunción, aquella según la cual su concertación cuando la prueba resulta superflua e innecesaria es abusiva: presunción de abusividad que sería *iuris et de iure*, sin posibilidad de prueba en contrario si nos encontramos ante el supuesto legalmente diseñado. Tendríamos aquí otro elemento para la definición del período de prueba en el Derecho español del Trabajo: es el pacto para realizar una prueba del trabajador, condicionada a que ésta sea posible y necesaria.

Creemos que efectivamente la prohibición del artículo 14.1 del ET obedece a una presunción de abusividad en el sentido de que el legislador presume que la concertación previa de otro contrato hace innecesario el período de prueba posterior, porque durante aquél el empresario ha conocido o ha tenido la oportunidad de conocer al trabajador. Consecuencia de esta presunción es, en buena lógica, la consideración del período de prueba en el segundo contrato como abusivo.

⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO toma la expresión «presunción de abusividad» de BALLESTER PASTOR, M. A., quien la acuña en su obra *El período de prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 66.

⁸ Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del ET, del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

⁹ *Vid.*, SSTSJ de Murcia de 25 de junio de 1992 (Ar. 3289); Madrid de 17 de junio de 1992 (Ar. 3441); País Vasco de 11 de mayo de 1993 (Ar. 2195); Andalucía/Málaga de 30 de julio de 1993 (Ar. 3325); Canarias/Las Palmas de 18 de noviembre de 1993 (Ar. 4987) y Extremadura de 30 de abril de 1994 (Ar. 1382).

¹⁰ *Vid.*, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *op. cit.*, pág. 470.

Que la presunción establecida no admite prueba en contrario de la necesidad de realizar esa experimentación, se deduciría del hecho de que, pudiendo haber establecido una duración mínima al contrato previo, suficiente para proporcionar ese conocimiento entre las partes, sin embargo, no lo ha hecho. Contrasta el silencio del artículo 14 con la regulación recogida, por ejemplo, en el artículo 11.2 d) del ET que prohíbe la concertación de un contrato para la formación con quien desempeñó el mismo puesto de trabajo en la misma empresa por tiempo superior a 12 meses. Mientras en el artículo 11 el legislador presume la cualificación que ha alcanzado el trabajador en virtud de un contrato previo, en el artículo 14 presume el conocimiento por parte del empresario de la persona del trabajador en virtud de un contrato también previo.

Para que opere la prohibición contenida en el párrafo tercero del artículo 14.1 del ET es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1. Que el trabajador haya estado vinculado con anterioridad con la misma empresa bajo cualquier modalidad de contratación.
2. Que las funciones desempeñadas hubieran sido las mismas.

El precepto adolece de un alto grado de imprecisión. En primer lugar, la expresión «*cualquier modalidad de contratación*» admite dos interpretaciones. Una primera identificaría dichas modalidades de contratación con los distintos tipos de vinculación jurídica –administrativa, civil, mercantil o laboral–, a través de los cuales una empresa puede unirse con un trabajador, entendido éste en sentido amplio como mero prestador de servicios, ya sea por cuenta propia o por cuenta ajena ¹¹. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 15 de septiembre de 1986 incluyó los contratos civiles y mercantiles ¹². Una segunda interpretación, más restringida, limitaría aquella expresión a las distintas modalidades de contratación laboral reguladas en el ET y en sus normas de desarrollo. Ésta es la lectura que realiza la doctrina más cualificada ¹³. Para la STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 2002 la polémica expresión guarda relación con la duración de los contratos laborales, de suerte que es indiferente que el primer contrato hubiera sido de duración determinada ¹⁴. Obsérvese que una expresión idéntica emplea el artículo 15.6 cuando regula el principio de igualdad de trato de los trabajadores temporales ¹⁵.

¹¹ La STSJ de Andalucía de 6 de mayo de 1998 utiliza la expresión «vínculos contractuales de cualquier naturaleza», incluyendo la contratación mercantil.

¹² Ar. 4973 (sentencia citada por RON LATAS, R. P., «Algunos supuestos de calificación del desistimiento empresarial durante el período de prueba como despido disciplinario», en *Actualidad Laboral*, 1998, núm. 17, pág. 336, nota 45).

¹³ *Vid.*, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *op. cit.*, pág. 470; BALLESTER PASTOR, M. A., GARCÍA GÓMEZ DE LA FLOR, M. E., ROSAT ACED, C., ROSAT ACED, J. I., SALA FRANCO, T., SERRA ALLUSTANTE, R., VELASCO PAÑOS, M. (dir. SALA FRANCO, T., coord. ROSAT ACED, C.), *Guía práctica de la contratación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 125.

¹⁴ Recuerda la sentencia que en el caso examinado, el anterior vínculo contractual también estuvo sometido a prueba y que, no obstante, la empresa no se acogió al mismo para extinguir la relación laboral, lo que hace entender superada la experimentación propia del período de prueba.

¹⁵ «Cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y los Convenios Colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador, ésta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación.»

Tampoco indica el precepto si la contratación previa debió alcanzar una determinada duración, ni si en ese contrato, a su vez, se pactó o no período de prueba. En este sentido, un sector de la doctrina, interpretando literalmente el artículo 14, considera que la prohibición que éste contiene es absoluta, por lo que no se admitirían soluciones graduales tales como permitir un período de prueba de menor duración, o de una duración condicionada a la de la contratación anterior ¹⁶.

Algunos TSJ, sin embargo, vienen admitiendo la fijación de un segundo período de prueba si sumando el establecido en el primer contrato y en el segundo no se supera la duración máxima permitida. Así, en la STSJ de Andalucía/Granada de 23 de abril de 2002 la Sala aprecia que lo que realmente prohíbe la Ley es que al utilizarse la forma contractual temporal, con contratos sucesivos, el período total del período de prueba pueda exceder en su conjunto del límite máximo permitido legal o convencionalmente, no así cuando exista un contrato de mínima duración, seguido de otro contrato, en que no se pueda pactar válidamente un período de prueba, siempre que en conjunto no se supere el plazo legalmente establecido, que es lo que ocurrió en el caso objeto de la sentencia, pues si a la primera relación contractual, que tuvo una duración de 13 días, se le añadieron los otros 12 de la segunda relación laboral, en total hacían 23 que no superaban el límite previsto ¹⁷. La interpretación contraria se sostiene en la STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 2002 ¹⁸.

Sensu contrario, aun existiendo contrato laboral previo, sí sería lícito concertar un nuevo período de prueba cuando las funciones que pasa a desempeñar el trabajador son diferentes, pues en este caso, el empresario necesitará comprobar o verificar la aptitud e idoneidad del trabajador ¹⁹.

La polémica ha alcanzado también a la expresión «*mismas funciones*». Probablemente, el legislador no ha querido referirse al «mismo puesto», sino también al mismo grupo profesional lo que solventaría en gran medida las dudas, debido al alto grado de polivalencia funcional admitido hoy en día ²⁰. Algunos autores, sin embargo, acuden al concepto más restringido de «categoría profesional» ²¹. Además del grupo profesional, debería acudirse al concepto de «oficio» ²², de forma tal que aunque el trabajador hubiera estado asignado a categorías diferentes, tampoco sería lícito el período de prueba si las funciones realizadas hubieran sido idénticas ²³. Incluso, alguna resolución judi-

¹⁶ Vid., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *op. cit.*, pág. 470.

¹⁷ Cita en su apoyo las SSTSJ de Baleares de 27 de abril de 2000, así como la del mismo Tribunal de Galicia de 23 de abril de 1999 y de Cataluña de 7 de agosto de 1995. En el mismo sentido, se pronuncia la STSJ de Andalucía/Granada de 8 de octubre de 2002 (Rec. 1744/2002): en caso de existencia de varias contrataciones entre el trabajador y la empresa para un mismo puesto de trabajo, el período de prueba no puede exceder del máximo permitido, computando los períodos de duración de la relación contractual. Dado que la trabajadora había prestado servicios para la empresa 11 días en el mes de febrero, nada obstaba para que en el nuevo contrato suscrito en agosto pudiera convenirse un período de prueba por el tiempo que faltaba para completar el período de dos meses legalmente previsto.

¹⁸ Rollo 5924/2001.

¹⁹ ARIAS DOMÍNGUEZ, A., (*et altri*), *op. cit.*, pág. 420.

²⁰ ARIAS DOMÍNGUEZ, A., (*et altri*), *op. cit.*, pág. 420 y BALLESTER PASTOR, M. A., (*et altri*), *op. cit.*, pág. 126 consideran que debe entenderse sustituida la anterior tendencia jurisprudencial que consideraba posible un nuevo período de prueba cuando el trabajo se prestaba en diferente categoría profesional.

²¹ Vid., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *op. cit.*, pág. 470.

²² BALLESTER PASTOR, M. A., (*et altri*), *op. cit.*, pág. 126.

²³ SSTSJ de Madrid de 16 de marzo de 1997 y de Murcia de 16 de febrero de 1999.

cial ha admitido la fijación de un período de prueba para el trabajador que iba a desarrollar funciones específicas de una profesión, aun cuando ya estuvo contratado por la misma empleadora en puestos similares pero con funciones de inferior envergadura²⁴. Por otro lado, la referencia al ámbito de la «empresa» impediría considerar lícito el período de prueba cuando los servicios se prestaron en diferente «centro de trabajo»²⁵.

Fuera de la prohibición del artículo 14 del ET queda la posibilidad de pactar un nuevo período de prueba cuando el trabajador es ascendido. En realidad, el período de prueba para el ascenso no debe confundirse en modo alguno con el período de prueba que contempla el artículo 14 del Texto Refundido, pues mientras éste se aplica a los trabajadores de nuevo ingreso, aquél vale solamente para los supuestos de movilidad ascendente entre distintos puestos de la misma organización de trabajo. Por consiguiente, mientras que lo que está en juego en la relación de trabajo a prueba «es la propia continuidad de la misma»²⁶, lo que está en juego en el ascenso a prueba «es solamente la consolidación en el puesto de trabajo al que se ha ascendido»²⁷, de ahí que, en el primer caso, de no superarse la prueba, pueda procederse a la resolución del contrato y que, por contra, en el ascenso a prueba la no superación de ésta implique meramente la vuelta a la categoría anterior al ascenso, sin reabrir la posibilidad de resolver el contrato, ni menos abrir la de despedir²⁸.

Tampoco aclara el artículo 14.1 si la prohibición de concertar nuevo período de prueba existe sólo cuando entre ambas contrataciones no media solución de continuidad. Podría dar pie a esta interpretación el tenor literal del artículo 11.1 f) y 2 j) del ET referido a los contratos en prácticas y para la formación, que establecen que «si al término del contrato» el trabajador continuase en la empresa no podrá concertarse un nuevo período de prueba²⁹. Algunos autores ven en estos preceptos la voluntad del legislador de permitir el sometimiento del nuevo contrato a prueba cuando entre ambos contratos haya existido, aunque sea mínima, solución de continuidad³⁰. Otro sector de la doctrina, sin embargo, entiende que la aparente limitación que impone el artículo 11.1 f) quedaría salvada por una prohibición de carácter general contenida en el artículo 14, que no condicionaría su aplicación a lapso temporal

²⁴ STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de junio de 1998: el trabajo que había prestado previamente como fontanero lo fue en un centro hospitalario de muy inferior envergadura.

²⁵ En este sentido, un sector de la doctrina considera que debe entenderse sustituida la anterior tendencia jurisprudencial que consideraba posible un nuevo período de prueba cuando el trabajo se prestaba en diferente categoría profesional (STSJ de Baleares de 20 de diciembre de 1993, Ar. 5353) o diferente centro de trabajo (STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 30 de diciembre de 1993, Ar. 5236). *Vid.*, BALLESTER PASTOR, M. A., (*et altri*), *op. cit.*, pág. 126.

²⁶ *Vid.*, BARREIRO GONZÁLEZ, «El período de prueba», en *Comentarios a las Leyes Laborales*, Edersa (dir. BORRAJO DACRUZ, E.), Tom. IV, 1983, pág. 34.

²⁷ BARREIRO GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 34. Para PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA (*Derecho del Trabajo*, Ceura, 1998, pág. 833) en el ascenso «a prueba», el sometimiento a prueba no es del contrato, sino del ejercicio efectivo de la nueva categoría.

²⁸ *Vid.*, ALONSO OLEA (*Derecho del Trabajo*, Madrid, 1983, pág. 300) que cita las SSTs de 25 de junio y 7 de noviembre de 1973, y SCT de 23 de noviembre de 1980.

²⁹ Dicho precepto, al igual que el artículo 14, tiene su origen en la reforma de 1994, mientras que en la primigenia de 1980 la novación contractual no impedía la celebración de un período de prueba, si bien a su duración se descontaba el tiempo de prácticas. *Vid.*, ARIAS DOMÍNGUEZ, A., (*et altri*), *op. cit.*, pág. 305.

³⁰ BALLESTER PASTOR, M. A., (*et altri*), *op. cit.*, pág. 126.

alguno ³¹. Ambas líneas doctrinales, sin embargo, llegan a la misma conclusión desde el momento en que se ven obligadas a matizar sus afirmaciones, estimando que la exigencia legal del artículo 14 debe interpretarse «razonablemente». Dicha razonabilidad lleva a la primera interpretación a rechazar un nuevo período de prueba cuando se deja transcurrir un cierto tiempo, aunque no tanto que exija un nuevo período de prueba ³², y lleva a la segunda a admitir el sometimiento del contrato a prueba cuando entre un contrato y otro posterior mediara un espacio de tiempo que, razonablemente, hiciera pensar que los perfiles personales y profesionales del trabajador han podido cambiar ³³.

Ésta es la línea seguida por los Tribunales que, aplicando la doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo ³⁴, han atendido a la «razonabilidad» del período de tiempo que ha mediado entre los dos contratos, lo que, a estos efectos dependerá del tipo de trabajo y de los cambios tecnológicos u organizativos habidos en la empresa, además de la cantidad de tiempo transcurrido ³⁵. Por ejemplo, se ha considerado especialmente dilatado el período de dos años, lo que legitimaría la necesidad de la empresa de conocer si en tan prolongado tiempo han sufrido cambios las condiciones del trabajador ³⁶; pero no así cuando el tiempo transcurrido era de diez meses ³⁷.

Conviene, por otro lado, recordar que antes de que la reforma de 1994 positivizara la prohibición que estamos analizando, la jurisprudencia había aceptado otra excepción que desvirtuaba aquélla y que surgía cuando entre ambas contrataciones se daban ciertos hechos extraordinarios que desvirtuaban el propósito de la prueba. Por ejemplo, se admitió un período de prueba estipulado tras haber prestado servicios el trabajador para la empresa, pues se pactó «tras la condena penal por un delito abominable: abusos deshonestos con una niña de nueve años ³⁸».

Para finalizar el punto relativo al análisis de la expresión «*con anterioridad*» es preciso indicar que no faltan interpretaciones doctrinales y judiciales que admiten la estipulación de un período

³¹ Vid., ARIAS DOMÍNGUEZ, A., (*et altri*), *op. cit.*, pág. 306. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., también considera que la prohibición contenida en el artículo 14 del ET es total y que regiría aun mediando un lapso de tiempo dilatado entre una y otra contratación. Vid., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *op. cit.*, pág. 470. Vid., también STSJ de Asturias de 3 de mayo de 1996 (Ar. 2263), para la cual el transcurso de cuatro años entre dos contrataciones no es suficiente para enervar la prohibición legal, pues entiende la sentencia que «la sanción de nulidad no aparece condicionada en modo alguno por el período de tiempo habido entre ambos contratos» (sentencia citada por RON LATAS, R. P., *op. cit.*, 338, nota 64).

³² BALLESTER PASTOR, M. A., (*et altri*), *op. cit.* pág. 170.

³³ Vid., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *op. cit.*, pág. 470. ARIAS DOMÍNGUEZ, A., (*et altri*), *op. cit.*, pág. 306.

³⁴ De esta doctrina es exponente la SCT de 22 de octubre de 1985.

³⁵ BALLESTER PASTOR, M. A., (*et altri*), *op. cit.*, pág. 126.

³⁶ STSJ de Canarias de 9 de junio de 1998: es lícito el período de prueba pactado en contrato concertado con trabajador que dos años antes estuvo vinculado a la empresa.

³⁷ STSJ de Madrid de 10 de abril de 2000. Indica RON LATAS, R. P. (*op. cit.*, pág. 337) que el plazo de dos años es el límite que la doctrina judicial entiende, por regla general, como mínimo para que actúe la excepción que, a su vez, admite excepciones. Así una STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de diciembre de 1993 (Ar. 5434) entendió que, aun a pesar de haber transcurrido más de dos años desde la última prestación de servicios, la cláusula de prueba era nula, pues era la décima vez que se contrataba al trabajador.

³⁸ SCT de 15 de diciembre de 1983 (Ar. 10914). La STSJ de Andalucía/Málaga de 30 de julio de 1993 (Ar. 3325) no vio carácter extraordinario en la depresión nerviosa sufrida por el trabajador con posterioridad a la última contratación, pues, entendía la resolución, «el período de prueba no tiene la finalidad de controlar o revisar la curación, mejoría o agravación del estado patológico del trabajador». Vid., jurisprudencia citada por RON LATAS, R. P., *op. cit.*, pág. 337.

de prueba cualquiera que fuera el lapso de tiempo entre las contrataciones, si la inmediatamente anterior se extinguió por no superar el período de prueba. La concesión de una segunda oportunidad no integraría por sí misma un acto fraudulento que implicara su nulidad ³⁹.

Un supuesto distinto a los que venimos analizando pero en cuya resolución los Tribunales, de forma innecesaria, aplican la prohibición del tercer párrafo del artículo 14.1 del ET es aquel en que un trabajador temporal a prueba había estado prestando servicios previamente en la misma empresa en virtud de un acuerdo verbal. El período probatorio concertado en un posterior contrato temporal resultaría ineficaz no ya por aplicación del artículo 14.1 del ET, sino porque la concertación del contrato temporal a continuación de lo que, en definitiva, era una relación laboral indefinida, implicaría una renuncia de derechos prohibida por nuestro Derecho en el artículo 3.º 5 del ET ⁴⁰.

La nulidad del período de prueba conlleva la de la cláusula del contrato en que se contiene (de modo que se tiene por no puesta y sin efectos) perviviendo vivo el contrato en todo lo demás, en consonancia con el principio de mantenimiento de los negocios, cuya manifestación jurídico-laboral se encuentra en el artículo 9.º 1 del ET ⁴¹.

4. SUPUESTOS ABUSIVOS AL MARGEN DE LA PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 14.1 DEL ESTATUTO: CONTRATOS PREVIOS CON OTRAS EMPRESAS Y RELACIONES PREVIAS DE CARÁCTER NO LABORAL

De acuerdo con lo concluido en el apartado anterior, en aplicación estricta del artículo 14 del ET quedarían fuera de la prohibición absoluta de concertar un período de prueba aquellos supuestos en que la prestación previa de servicios se hubiera realizado al margen de un contrato laboral, o cuando el trabajador hubiera realizado las mismas funciones pero en empresa distinta.

Lo cierto es, sin embargo, que los actuales sistemas de organización productiva a través, principalmente, de los grupos de sociedades y de otros fenómenos interempresariales (contratas y subcontratas de la propia actividad, sucesiones en la titularidad de la empresa), etc. podrían menoscabar la previsión del artículo 14 del ET, pues por dichas vías el empresario podría llegar a alcanzar un conocimiento del trabajador que hiciera innecesario un período de prueba ⁴².

Respecto de la prestación de servicios para otro empresario, el TS en sentencia de 18 de enero de 2005 ⁴³ ha considerado que en estos casos debe atenderse a la «*ratio* que inspira la norma», para establecer si puede justificarse la aplicación del artículo 14. Dado que no opera la presunción legal, el trabajador debe probar que, pese a haber estado contratado por otra empresa, en la que demostró su capacidad

³⁹ RON LATAS, R. P., *op. cit.*, pág. 338. El autor cita la STSJ de Cataluña de 7 de junio de 1995 (Ar. 2381).

⁴⁰ STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de diciembre de 1998.

⁴¹ ARIAS DOMÍNGUEZ, A., (*et alri*), *op. cit.*, pág. 420.

⁴² Véase nota anterior.

⁴³ Rec. 253/2004.

para un puesto, la actual contratante, por su vinculación con la anterior, era concedora de dicha aptitud⁴⁴. Tal vinculación existe con claridad en los grupos de empresas, de ahí que se haya apreciado la ilicitud del período de prueba concertado con una de las empresas que integraban el grupo cuando ya se habían prestado servicios para otra del mismo –durante dos años–, realizando las mismas funciones⁴⁵.

Porque ese conocimiento existe respecto de los trabajadores en misión que prestan servicios en empresas usuarias, se ha considerado que cuando el trabajador, tras sucesivos contratos temporales de puesta a disposición para la misma empresa usuaria, suscribe con ésta un contrato laboral indefinido para desempeñar funciones similares, no puede establecerse en este nuevo contrato un período de prueba, ya que sus cualidades laborales y personales eran sobradamente conocidas por la empresa que, no se olvide, es la que ejercía el poder de dirección⁴⁶. Ello es lógico, por otro lado, desde el momento que se constata que es un hecho frecuente la utilización de las ETT para contratar trabajadores jóvenes que posteriormente se integran en la empresa usuaria, que elude de esta forma el período de prueba y los riesgos de selección y experimentación de los contratos exteriorizando esta actividad en la ETT⁴⁷.

Por el contrario, en los supuestos de sucesión empresarial del artículo 44 del ET, puesto que el empresario cesionario se subroga en los derechos y obligaciones del anterior, los contratos de trabajo permanecen inalterados, siendo abusivo establecer un período de prueba⁴⁸. Se ha admitido, sin embargo, por considerar que se trata de empresas distintas, en el caso de sucesión de contratas en que la subrogación empresarial no opera *ex lege*, sino por imposición del Convenio Colectivo. La empresa entrante puede tener interés en fijar un período de prueba, pues cada empresa puede tener criterios organizativos y niveles de exigencia bien distintos⁴⁹.

Cuando el trabajador ha realizado las mismas funciones en la empresa pero al amparo de una relación extra-laboral, ha sido igualmente el criterio teleológico, de la justificación del período de prueba, el que ha guiado al legislador y a los jueces laborales. Se pueden encontrar, sin embargo, excepciones a esta regla, como cuando los Tribunales han admitido la licitud del período de prueba en contrataciones en las que, aun faltando una contratación anterior, sí existían otros elementos sobre los que presumir un conocimiento adecuado de la capacidad profesional del trabajador. Así, cuando el trabajador había sido contratado tras un proceso de selección que incluía pruebas para controlar éstas. Esta excepción ha sido, con razón, criticada por la doctrina dado que olvida que el período de prueba no tiene como único objeto conocer las aptitudes profesionales del trabajador, sino otras características personales que un concurso o una oposición no desvelan⁵⁰.

⁴⁴ En el caso objeto de la sentencia, el trabajador estuvo sucesivamente contratado por dos empresas cuyo único accionista era el Consorcio de Salamanca 2002. El trabajador prestó servicios en el mismo lugar y con el mismo material, cumpliendo las órdenes de un encargado que pertenecía al Consorcio.

⁴⁵ STSJ de Extremadura de 22 de julio de 2002 (Rollo 354/2002).

⁴⁶ STSJ de Madrid de 29 de octubre de 1998.

⁴⁷ MONEREO PÉREZ, J. L., y MORENO VIDA, M. N., «Las Empresas de Trabajo Temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2004, núm. 48, pág. 45.

⁴⁸ SSTSJ de Cataluña de 26 de octubre de 1992 (Ar. 5150); de Madrid de 13 de julio de 1992 (Ar. 3694); de Asturias de 13 de febrero de 1998. *Vid.*, también RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *op. cit.*, pág. 470.

⁴⁹ STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de septiembre de 2003 (Rec. 1158/2002).

⁵⁰ *Vid.*, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *op. cit.*, pág. 470. Cita el autor a BALLESTER PASTOR, *op. cit.*, pág. 35.

Cuando el contrato laboral ha venido precedido de otro mercantil o civil, un sector de la doctrina aprecia que en aplicación estricta del artículo 14.1 del ET, la posibilidad de realizar un nuevo período de prueba sería, en principio legítima, aunque no puede negarse la posibilidad de anular por abusivo un período de prueba dependiendo de las circunstancias concurrentes. En estos casos habría que demostrar la abusividad del pacto por aplicación de la doctrina jurisprudencial anterior que consideraba que «es abusiva y debe tenerse por no puesta la cláusula en la que se establece tal período cuando el trabajador había venido ya prestando servicios en el mismo puesto»⁵¹. En este último sentido se expresan, con posterioridad a la reforma de 1994, las SSTSJ de Cataluña de 28 de febrero de 1994⁵² y de Andalucía de 6 de mayo de 1998.

En la última resolución citada, se sustanciaron hechos parecidos a los que son objeto de este comentario. Se trataba también de un trabajador que había estado prestando servicios para una editorial bajo contrato de colaboración mercantil el año anterior a la concertación de un contrato eventual de dos meses de duración en el que se concertó un período de prueba de dos meses. La extinción en el período de prueba fue calificada por el Tribunal como despido improcedente por apreciar la nulidad de la cláusula que sometía el contrato a prueba. La sentencia sitúa la finalidad del período de prueba en permitir al trabajador aplicar y perfeccionar sus conocimientos haciendo ver al empresario su preparación profesional y su buen hacer en aquel entramado organizativo de la propia empresa, lo que deviene inútil cuando el empresario, por relaciones anteriores tenidas con dicho trabajador, ya era conocedor de sus aptitudes. Esta inclusión del período de prueba no deja de ser una cláusula condicional que falta y ha de tenerse por no puesta «si al empresario le consta que el trabajador posee ya los conocimientos prácticos de la tarea que se le encomienda» y así lo ha demostrado en época inmediatamente anterior en la que han estado ligados por vínculos contractuales de cualquier naturaleza, para el desarrollo de la misma actividad. En el caso que se enjuicia, la labor de la actora, desarrollada durante varios años con colaboraciones periódicas en el medio de difusión para el que después fue contratada, había sido desarrollada a satisfacción de aquella empleadora que sobre tal presupuesto la contrata por aquel período en que precisa sus servicios por una acumulación de tareas y, siendo ello así, no puede introducir en el contrato una cláusula que deviene nula desde el momento que contraviene un precepto legal.

5. AMPLIACIÓN DEL OBJETO DE LA EXPERIMENTACIÓN: LA NECESIDAD DE COMPROBAR LA APTITUD DEL TRABAJADOR PARA PRESTAR SERVICIOS EN RÉGIMEN DE DEPENDENCIA Y AJENIDAD

La Sala del TSJ de Castilla y León en la sentencia de 21 de febrero de 2005 denegó la calificación del despido como improcedente por considerar correcto el período de prueba pactado. La argumentación que realiza el Tribunal resulta de especial interés por cuanto ahonda en aquello que constituye el objeto de la experimentación. En la STSJ de Andalucía de 6 de mayo de 1998 se consideró cumplida la finalidad de la prueba porque el empresario llegó a conocer la aptitud profesional para realizar una determinada función, aptitud entendida desde un punto de vista puramente técnico. Olvidaba, sin embargo, que dicho conocimiento recíproco de las experiencias alcanza también

⁵¹ Vid., BALLESTER PASTOR, M. A., (*et altri*), *op. cit.*, pág. 126; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *op. cit.*, pág. 470. Cita el autor la STSJ de Cataluña de 7 de junio de 1993 así como a BALLESTER PASTOR, M. A., *op. cit.*, pág. 39.

⁵² AL 1688. Sentencia citada por BALLESTER PASTOR, M. A., (*et altri*), *op. cit.*, pág. 126.

al plano estrictamente humano y personal y ello no sólo en la relación bilateral entre empresario y trabajador, sino también entre éste y el resto de trabajadores. El conocimiento de las condiciones personales, a saber, disciplina, sociabilidad, instrucción, diligencia y rendimiento, corrección, apariencia, raciocinio, receptividad a las directrices personales, etc.⁵³, se obtiene como consecuencia de un trato continuo con el trabajador que desempeña sus funciones en unas condiciones que son las que estarán presentes en la futura relación laboral.

La sentencia analizada podría haber restado importancia a la concertación previa de un contrato mercantil sobre la base de que las colaboraciones periodísticas habían sido esporádicas, a diferencia de la relación de colaboración mantenida por el trabajador en la STSJ de Andalucía de 6 de mayo de 1998, que se desarrolló durante varios años. El TSJ de Castilla y León, por el contrario, basa su argumentación en la incapacidad del contrato mercantil para proporcionar al empresario el conocimiento que éste precisa. El período de prueba, dice la sentencia, «no se limita a una eventual valoración de la calidad de los servicios prestados por el trabajador y su capacidad para desempeñarlos, sino que es mucho más amplio y va referido también al desarrollo con habitualidad y profesionalidad de los trabajos dentro de una estructura organizativa y en las condiciones de dependencia propias de la relación laboral, lo que no es susceptible de valoración directa por la empresa a través de las relaciones previas mantenidas en las que tales notas de dependencia, subordinación e integración en su estructura organizativa se encuentran ausentes».

Precisamente esas condiciones, de sometimiento al poder de dirección y disciplinario de un empresario, están presentes en el trabajador contratado por ETT, o que prestó servicios para otra empresa del mismo Grupo. Si se detectaran en una relación mercantil, necesariamente debería concluirse que la contratación se realizó en fraude de ley considerándose, por aplicación del artículo 8.º 1 del ET que la relación era laboral e indefinida.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, M. [1983]: *Derecho del Trabajo*, Madrid.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A., CARDENAL CARRO, M., CHARRO BAENA, P., QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., (dir. SEMPERE NAVARRO, A.V., coord. MARTÍN JIMÉNEZ, R.) [2004]: *Los contratos de trabajo temporales*, Thomson-Aranzadi.
- BALLESTER PASTOR, M.A., GARCÍA GÓMEZ DE LA FLOR, M.E., ROSAT ACED, C., ROSAT ACED, J.I., SALA FRANCO, T., SERRA ALLUSTANTE, R., VELASCO PAÑOS, M., (dir. SALA FRANCO, T., coord. ROSAT ACED, C.) [1997]: *Guía práctica de la contratación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BARREIRO GONZÁLEZ [1983]: «El período de prueba», en *Comentarios a las Leyes Laborales* (dir. BORRAJO DACRUZ, E.), Edersa, Tom. IV.
- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J. [2003]: *Derecho del Trabajo*, Tecnos.
- PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA [1998]: *Derecho del Trabajo*, Ceura.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. [2000]: «El período de prueba», en AA.VV., *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, Civitas.
- RON LATAS, R.P. [1998]: «Algunos supuestos de calificación del desistimiento empresarial durante el período de prueba como despido disciplinario», en *Actualidad Laboral*, núm. 17, págs. 331-342.

⁵³ Vid., por ejemplo, STS de 2 de febrero de 1983 (Ar. 521). Sentencia citada por RON LATAS, R. P., *op. cit.*, pág. 337, nota 51.