

**RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERÍODO DE PRUEBA: PRINCIPALES
PROBLEMAS APLICATIVOS**

***LEGAL REGIME OF THE TRIAL PERIOD: MAIN APPLICATION
PROBLEMS***

Rev. Boliv. de Derecho N° 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 496-525



Francisco
RAMOS
MORAGUES

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de abril de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: El período de prueba es una institución clásica en el derecho laboral. Su finalidad, del lado empresarial, reside en la comprobación de las aptitudes del trabajador y, en general, de su adaptación a la empresa. Sin duda, el rasgo más característico de su régimen jurídico es que cualquiera de las partes contratantes puede rescindir el contrato unilateralmente por su sola y exclusiva voluntad. El presente artículo analiza los principales problemas que suscita este pacto, así como las soluciones dadas por los Tribunales de justicia del Orden Social.

PALABRAS CLAVE: Período de prueba; régimen jurídico; problemas aplicativos; soluciones jurisprudenciales.

ABSTRACT: *The trial period is a classic institution in labor law. Its purpose, on the business side, lies in checking the skills of the worker and, in general, their adaptation to the company. Undoubtedly, the most characteristic feature of its legal regime is that any of the contracting parties can unilaterally terminate the contract by their sole and exclusive will. This article analyzes the main problems that this pact raises, as well as the solutions given by the Courts of Justice of the Social Order.*

KEY WORDS: *Trial period; legal regime; application problems; jurisprudential solutions.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ASPECTOS FORMALES DEL PERÍODO DE PRUEBA: CARÁCTER FACULTATIVO Y FORMA ESCRITA.- III. ASPECTOS TEMPORALES DEL PERÍODO DE PRUEBA.- 1. Momento de celebración del pacto.- 2. Duración del periodo de prueba.- 3. Otras cuestiones relacionadas con los aspectos temporales: cómputo e interrupción del período de prueba.- IV. ASPECTOS MATERIALES DEL PERÍODO DE PRUEBA.- 1. Identidad funcional.- 2. Identidad empresarial.- 3. Indiferencia de la modalidad contractual previa.- V. EJERCICIO DE LA FACULTAD DE DESISTIMIENTO.- 1. Características, límites y efectos del desistimiento empresarial.- 2. Resolución a instancia empresarial en el caso de trabajadoras embarazadas.

I. INTRODUCCIÓN.

A diferencia de lo que sucede en el Derecho Privado, donde el contrato, en su formulación clásica, se configura como la fuente jurídica por excelencia¹; el papel de la autonomía individual en la fijación de las condiciones de trabajo presenta un carácter residual. Ello es debido a que la norma estatal y la autonomía colectiva se han encargado de regular heterónomamente el contenido del contrato de trabajo²; de hecho, puede afirmarse que nos encontramos ante un “contrato normado”³. Corroborar esta afirmación el propio art. 3.1 letra c) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), encargado, como es sabido, de enunciar las fuentes de la relación laboral. Dicho precepto, si bien reconoce que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan por la autonomía individual manifestada en el contrato de trabajo, sujeta su aplicación a una doble condición: por un lado, que su objeto sea lícito; y, por el otro, que no se establezcan condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y a los convenios colectivos.

No obstante papel preponderante que se atribuye por el ordenamiento jurídico laboral a las normas legales y colectivas, el legislador sí ha querido reservar un

1 BORRAJO DACRUZ, E.: “Articulación entre la autonomía individual y colectiva y las normas estatales en la regulación del trabajo: balance y nuevas perspectivas”, *Actualidad Laboral*, núm. 3, 1993, p. 51.

2 BLASCO PELLICER, Á.: “La Autonomía individual en el sistema de fuentes de las relación jurídico-laboral”, *Aranzadi Social*, núm. 17, 2004, p. 44. En esta misma línea, LUJAN ALCARAZ, J.: “Reflexiones sobre el papel actual de la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 1999, p. 61.

3 BORRAJO DACRUZ, E.: “Articulación entre la autonomía individual y colectiva y las normas estatales en la...”, cit., p. 51.

• Francisco Ramos Moragues

Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universitat de València. Doctor en Derecho por la Universitat de València y Doctor Europeo en Derecho del Trabajo por la Universidad de Bolonia (Italia). Ha sido galardonado con el Premio Extraordinario de Licenciatura en Derecho, así como con el Premio Extraordinario de Doctorado, concedidos ambos por la Universitat de València. Es autor de diversas monografías y múltiples artículos y capítulos de libro en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

espacio a la autonomía individual para la regulación de los derechos y obligaciones laborales⁴. Es precisamente en este espacio de regulación de que disponen las partes, en el que debemos situar la posibilidad de incorporar determinados pactos al contrato de trabajo, entre los que se encuentra el comúnmente denominado como “período de prueba”.

El legislador no ofrece una definición legal de esta institución. Sin embargo, a tenor de los innumerables pronunciamientos jurisprudenciales y de los múltiples estudios doctrinales habidos en la materia⁵, podemos afirmar que se trata de un pacto que, voluntariamente, empresario y trabajador deciden incorporar al contrato de trabajo y, a través del cual, ambas partes, “[...] se conceden, a partir de su consumación o vigencia, un tiempo para la comprobación práctica y directa de lo apropiado de su celebración (*del contrato de trabajo*) desde el punto de vista de sus intereses y expectativas [...] así como para el ejercicio de la facultad de desistimiento por la parte que llegase al convencimiento de no resultar conveniente prolongar la relación [...]”⁶.

Sin entrar ahora en mayores pormenores sobre las exigencias que requiere la válida utilización del período de prueba, no cabe duda de que la finalidad de esta institución, al menos desde la óptica empresarial, reside en la comprobación de las aptitudes del trabajador y, en general, de su adaptación a la empresa; constituyendo el rasgo más característico de su régimen jurídico el que cualquiera de las partes contratantes puede rescindirlo unilateralmente por su sola y exclusiva voluntad, siendo suficiente con que el período de prueba esté todavía vigente y que el empresario –o el empleado– extinga la relación laboral. No se exige, en fin, llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó⁷. Esta libertad de rescisión la ostentan ambas partes del contrato y tan sólo aparece limitada en los casos en que la verdadera razón por la que se decide extinguir la relación laboral no es la falta de adecuación al puesto de trabajo, sino por razones discriminatorias; o cuando se produce la vulneración de cualquier otro derecho fundamental⁸, en cuyo caso, la resolución del contrato será nula de pleno derecho, debiendo el trabajador ser readmitido.

4 Sobre el papel de la autonomía individual en las relaciones laborales, puede consultarse, por todos: BLASCO PELLICER, Á.: *La individualización de las relaciones laborales*, CES, Madrid, 1995.

5 Entre las obras clásicas sobre el período de prueba deben señalarse: BALLESTER PASTOR, M. A.: *El período de prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; y DEL VAL TENA, A.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1998.

6 GÁRATE CASTRO, J.: “Período de prueba”, en AA.VV. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* (coord. por GOERLICH PESET, J. M^a), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 279.

7 Entre muchas otras, SSTs de 23 de abril de 2007 (Rec. núm. 5013/2005); de 3 de octubre de 2008 (Rec. núm. 2584/2007) y de 12 de diciembre de 2008 (Rec. núm. 3925/2007).

8 En efecto, según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, “el ámbito de libertad reconocido por el art. 14.2 ET no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales y aunque la resolución del contrato no esté fundada en motivos tasados sino en una decisión no motivada, no excluye que desde la perspectiva

Desde esta perspectiva, el instituto del período de prueba se convierte para la empresa en un medio o mecanismo ágil y eficaz para comprobar las concretas condiciones de la ejecución del trabajo, así como la aptitud y adaptación del trabajador al trabajo contratado; además, en términos de gestión de recursos humanos, mediante esta verificación en el curso de la relación de trabajo se ahorran los “costes de transacción” (de tiempo, de esfuerzo y de dinero) que pudiera comportar una comprobación o verificación exhaustiva o completa antes de su conclusión⁹.

Partiendo de esta última idea, no es difícil llegar a la conclusión de que si bien la facultad de desistimiento se concede a ambas partes, el principal beneficiado con la suscripción del pacto de prueba será el empresario¹⁰. Entre otras cosas porque el trabajador tiene disponible en cualquier momento la opción de dimitir reconocida en el art. 49.I.d) ET, con el único deber de preavisar. No así el empresario, pues la extinción del contrato por su voluntad requerirá de la concurrencia de una causa, so pena de tener que pagar una indemnización o de que proceda declarar la nulidad de la decisión extintiva, dependiendo del caso.

En otro orden de consideraciones, por lo que se refiere a su regulación legal, el precepto clave es el art. 14 ET. Ahora bien, esta no es la única referencia normativa a tener en cuenta. Existen otros preceptos, dentro y fuera de la norma estatutaria, que necesariamente deben ser tomados en consideración al abordar el análisis del régimen jurídico del período de prueba. Así, dentro del ET, merece la pena destacar los arts. 11 y 52 letra a). El primero de ellos se refiere al contrato en prácticas y contempla una duración distinta a la establecida de ordinario en el art. 14 ET. En particular, para el contrato en prácticas y a salvo de lo que disponga el convenio colectivo, el periodo de prueba no podrá ser superior a un mes si se trata de trabajadores que estén en posesión de título de grado medio o de certificado de profesionalidad de nivel 1 o 2; ni a dos meses para el caso de trabajadores que estén en posesión de título de grado superior o de certificado de profesionalidad de nivel 3. Por su parte, el citado art. 52 a), relativo a la extinción contractual por ineptitud del trabajador, señala expresamente que: “[...] La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento”.

constitucional sea igualmente ilícita una resolución discriminatoria, ya que esa facultad resolutoria, de la que ha hecho uso la empresa, está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental como es el de la igualdad recogido en el art. 14 CE”. Vid. SSTC de 16 de octubre de 1984 (Rec. de amparo núm. 695/1983) y de 26 de septiembre de 1988 (Rec. de amparo núm. 988/1987), entre otras.

9 STS de 12 de julio de 2012 (Rec. núm. 2789/2011). En esta misma línea: STS de 20 de enero de 2014 (Rec. núm. 375/2013)

10 GARCÍA RUBIO, M.A. “Artículo 14. Período de Prueba”, en AA.VV. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova. Thomson Reuters, Valladolid, 2016, p. 215.

Fuera del Estatuto de los trabajadores interesa significar art. 4.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Me refiero al controvertido “contrato indefinido de apoyo a los emprendedores” cuyo rasgo definitorio no era otro que el establecimiento de un período de prueba de un año¹¹. El precepto aludido fue derogado por el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, habida cuenta de que la tasa de desempleo descendió por debajo del 15%. No obstante, y esta la razón por la que se alude a este contrato, debe recordarse que la Disposición transitoria sexta del Real Decreto-Ley 28/2018, señala que aquellos contratos que se hubieran celebrado con anterioridad a su entrada en vigor (1 de enero de 2019) continuarán rigiéndose por la normativa vigente en el momento de su celebración.

Por otra parte, no debemos olvidar la existencia de previsiones específicas en materia de período de prueba en relación con determinadas relaciones laborales especiales que difieren ostensiblemente del régimen común. Es el caso, a título meramente ejemplificativo, del personal de alta dirección (art. 5 RD 1382/1985, que prevé una duración máxima de 9 meses) o de los empleados del hogar (para quienes se contempla la obligación de preaviso, art. 6 RD 1620/2011). Por citar algún ejemplo más, hay relaciones especiales que, incluso, prohíben a las partes el establecimiento de un período de prueba en atención a la duración del contrato (art. 4 RD 1435/1985, de Artistas en Espectáculos Públicos) o las que extienden tal prohibición a cualquier supuesto (Art. 3.5 del RD 1146/2006, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud).

En otro orden, junto a las normas legales y reglamentarias, ocupa un lugar destacado en relación con determinados aspectos del régimen jurídico del período de prueba, la regulación convencional establecida al efecto; señaladamente, como luego veremos con detalle, en la concreción de su duración.

En el marco de estas breves consideraciones preliminares, el objeto de estudio del presente trabajo se va a centrar en el análisis del régimen jurídico del período de prueba que se establece al inicio de la relación laboral, esto es, al que alude el art. 14 ET. A tal fin se identificarán sus principales problemas aplicativos y las soluciones ofrecidas por la doctrina judicial y la jurisprudencia. Aunque soy plenamente consciente de que los problemas prácticos en torno al período de prueba suelen aflorar, por lo general, cuando el empresario ejerce la facultad resolutoria; para abordar este análisis no nos centraremos únicamente en la extinción contractual durante el período de prueba -que, por supuesto,

¹¹ Para un estudio de esta modalidad contractual: RAMOS MORAGUES, F.: “El contrato de apoyo a los emprendedores como medida de fomento del empleo”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2013, núm. 157, pp. 201-219.

tendrá un tratamiento específico- sino que me referiré a todo su régimen jurídico, incluyendo, por tanto, sus diversos aspectos formales, temporales y materiales. Eso sí, quedan excluidos del objeto de estudio del presente trabajo, los pactos de prueba vinculados a supuestos de ascensos o movilidad funcional; así como la virtualidad del período de prueba en determinadas relaciones laborales especiales. En el primer caso, porque la no superación del período de prueba no faculta a la empresa para rescindir libremente el contrato¹², rasgo definitorio del supuesto general que regula el art. 14 ET; la exclusión, en el segundo caso, no obedece a su falta de interés sino a razones de espacio.

II. ASPECTOS FORMALES DEL PERÍODO DE PRUEBA: CARÁCTER FACULTATIVO Y FORMA ESCRITA.

Conforme a la literalidad del art. 14 ET, las partes podrán acordar la estipulación de un período de prueba. Con lo cual, la primera característica que presenta este tipo de pactos es que son fruto de la autonomía individual. Como ha señalado, de antiguo, la jurisprudencia, “[...] no es una característica inherente y automática a la celebración de cualquier contrato de trabajo, sino que sólo existe si las partes libremente lo han acordado”; de lo contrario, ha de entenderse que no existe¹³. Su presencia, por otra parte, no se limita a los contratos indefinidos, sino que resulta perfectamente lícita su inclusión en contratos de duración determinada.

Volviendo a la exigencia de mutuo acuerdo e incorporación expresa en el contrato de trabajo, jurisprudencia y doctrina judicial han señalado en múltiples ocasiones que no se entenderá cumplida dicha exigencia si se prevé de forma genérica en el convenio colectivo. Es decir, el período de prueba recogido en el convenio colectivo “[...] 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 interesar o no pactarlo”¹⁴. Es más, ni siquiera es válido el pacto cuando en el contrato individual se incluye una genérica remisión a las previsiones del Estatuto de los Trabajadores o del propio Convenio. Sí se admite,

12 SAN de 13 de febrero de 2007 [PROV 2007/250205].

13 SSTs de 5 de octubre de 2001 (Rec. núm. 4438/2000); de 12 de diciembre de 2008 (Rec. núm. 3925/2007); y de 12 de julio de 2012 (Rec. núm. 2789/2011), entre otras.

14 STS de 5 de octubre de 2001 (Rec. núm. 4438/2000). En concreto, la cláusula convencional del supuesto enjuiciado disponía que: “Se establece un período de prueba para los trabajadores afectados por el presente Convenio Colectivo, de la siguiente duración: 1. Para el Grupo Profesional I: un período de prueba de un mes. 2. Para el Grupo Profesional II: un período de prueba de dos meses. 3. Para el Grupo Profesional III: un período de prueba de seis meses», ejercita la facultad que reconoce a la negociación colectiva el citado artículo 14 de establecer los límites de duración máxima del período de prueba en las distintas categorías profesionales que pueda pactarse en los contratos de trabajo”. La doctrina contenida en la citada sentencia del TS ha sido posteriormente mantenida por la Sala 4ª y por la doctrina judicial. Entre muchas otras: SSTSJ de Islas Canarias, de 30 de septiembre de 2002 (Rec. núm. 492/2002); de Andalucía, de 18 de septiembre de 1998 (Rec. núm. 808/1998); de Castilla-La Mancha, de 8 de febrero de 2010 (Rec. núm. 1350/2009); de Madrid, de 30 de octubre de 2015 (Rec. núm. 589/2015).

por el contrario, la remisión explícita del contrato de trabajo al período de prueba pactado en el convenio colectivo¹⁵.

A mayor abundamiento, no es suficiente con que se trate de un pacto individual y que se formalice expresamente, sino que, además, es condición indispensable que se incorpore al contrato de trabajo por escrito. La norma en este punto es meridiana al afirmar que “[...] podrá concertarse *por escrito*”. La autonomía individual es quien decide si se pacta o no una prueba, pero no puede alterar la forma del pacto, que deberá ser expreso y escrito. Se trata, por ende, de un requisito constitutivo o *ad solemnitatem*¹⁶; que resulta exigible, incluso, en aquellos supuestos en que el contrato de trabajo es verbal¹⁷. La consecuencia que deriva del incumplimiento de forma escrita es que el pacto no será válido; consecuentemente, tampoco lo sería el desistimiento empresarial. Por supuesto, en aplicación de lo dispuesto en el art. 9.1 ET, el resto del contrato de trabajo continuará en vigor.

Excepcionalmente -y como tal hay que valorarlo- alguna resolución judicial ha admitido el desistimiento empresarial pese a la falta de forma escrita del pacto cuando ello se ha debido a una conducta contraria a la buena fe por parte del trabajador. Es el caso de la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1987¹⁸. En el supuesto de hecho contenido en la sentencia, el periodo de prueba se estipuló entre los contratantes, aunque no fue documentada la relación laboral estipulada por retener el trabajador, injustificadamente, el ejemplar en el que se contenían las cláusulas convenidas. Siendo así, el TS considerará que el trabajador no puede legítimamente prevalerse de la falta de que constara por escrito al serle tal omisión imputable exclusivamente a su deliberado propósito de retener el ejemplar del contrato, como lo verificó, sin hacer objeción alguna a las cláusulas en él contenidas, para desconocer los efectos jurídicos derivados de la facultad de resolver la relación laboral cualquiera de las partes durante la duración de aquél, de la que hizo uso la empresa.

Otro supuesto singular, más próximo en el tiempo, fue el enjuiciado por la sentencia del TSJ de Cataluña, de 22 de febrero de 2018. En este caso, la empresa envió por correo electrónico copia del contrato de trabajo en el que se establecía el período de prueba, requiriendo a la trabajadora para que pasase a firmarlo en reiteradas ocasiones; circunstancia que no aconteció. No obstante, el

15 Por todas, STSJ de Andalucía, de 19 de octubre de 2010 (Rec. núm. 1642/2010).

16 STS de 12 de marzo de 1987 (RJ 1987/1395). Tesis mantenida unánimemente por la doctrina de suplicación. Entre otras, SSTSJ de Navarra, de 15 de octubre de 2005 (Rec. núm. 329/2004); de Madrid, de 9 de junio de 2008 (Rec. núm. 1202/2008); y de Murcia, de 14 de mayo de 2012 (Rec. núm. 142/2012).

17 SSTSJ de Murcia de 19 de mayo de 1994 (Rec. núm. 133/1994); de Islas Baleares de 13 de octubre de 1997 (AS 1997/4358). Sobre la exigencia de forma escrita, más recientemente: STSJ de Cataluña, de 13 de junio de 2019 (Rec. núm. 922/2019).

18 RJ 1987/1395.

Tribunal apreciará asentimiento a las condiciones contractuales con el silencio del trabajador como respuesta, aparejado a la prestación de servicios laborales. Se argumentará en favor de esta decisión que “[...] no puede imputarse a la empresa la negligencia de iniciar una relación laboral de manera verbal para posteriormente interesar la firma del contrato de trabajo en el que se hacía constar el período de prueba establecido convencionalmente, sino que dicho contrato se perfeccionó por el consentimiento de la demandante al comenzar dicha relación aceptando las cláusulas contractuales -jornada, salario, horario, temporalidad, período de prueba, etc-, consignadas en el documento escrito que no quiso firmar, todo ello de conformidad a lo establecido en los artículos 1.258 y 1.261 y ss. del Código Civil, pues el silencio de la actora como respuesta, aparejado a la prestación de servicios laborales, no puede no dejar de interpretarse jurídicamente como asentimiento a las condiciones contractuales, por cuanto era la trabajadora la que tenía obligación de contestar al requerimiento efectuado por la empresa para que firmase el contrato de trabajo”¹⁹.

III. ASPECTOS TEMPORALES DEL PERÍODO DE PRUEBA.

Una vez analizadas las exigencias formales, el siguiente elemento a tener en cuenta para valorar la licitud del período de prueba pactado por las partes tiene que ver con los aspectos temporales del mismo. En este sentido, hemos de diferenciar dos cuestiones: de una parte, el momento de estipulación del pacto; y, de otra, su duración.

I. Momento de celebración del pacto.

A diferencia de lo que sucede con la exigencia de forma escrita, impuesta expresamente por el legislador, el art. 14 ET no contiene ninguna referencia sobre el momento de celebración del pacto. Ello no es óbice, sin embargo, para calificar al período de prueba como un pacto “típico del inicio del contrato de trabajo”²⁰; razón por la cual, con carácter general, la licitud del pacto dependerá de que éste se haya estipulado en el momento de celebrar el contrato o antes de iniciar la prestación de servicios. Aspecto este, por lo demás, que resulta coherente si atendemos a la propia finalidad de esta institución.

Partiendo de esta idea, la interpretación judicial mayoritaria es que el establecimiento de un período de prueba una vez iniciado el contrato de trabajo ha de reputarse nulo²¹. En este sentido, se ha afirmado, por ejemplo, que contradice el principio de estabilidad en el empleo señalar un período de prueba en un contrato

19 STSJ de Cataluña, de 22 de febrero de 2018 (Rec. núm. 7271/2017).

20 STS de 5 de octubre de 2001 (Rec. núm. 4438/2000).

21 Por todas, STSJ de Asturias, de 16 de julio de 2019 (Rec. núm. 1182/2019).

ya iniciado, con más de un año de vigencia, durante el que las partes tuvieron oportunidad de conocer sobradamente sus posibilidades y aptitudes²². También se ha indicado que el período de prueba pactado con ulterioridad al nacimiento del contrato de trabajo vulnera el principio de irrenunciabilidad de derechos; concretamente, el derecho a un contrato perfeccionado sin sometimiento a condición alguna²³. Un tanto de lo mismo acontece -y con el mismo fundamento- con la modificación, *a posteriori*, de la duración del pacto inicial²⁴.

Siendo esta la regla general, es lo cierto que, en ocasiones, alguna doctrina judicial se ha mostrado más flexible, reconociendo validez al pacto cuando el retraso en su celebración desde el inicio de la prestación de servicios es relativamente breve. Por ejemplo, 1 día²⁵; 2 días²⁶ o 9 días²⁷. La clave en estos casos donde el retraso es menor, es si estamos ante una situación de abuso de derecho o si se ha producido una renuncia de derechos por parte del trabajador; lo que exigirá analizar las circunstancias que rodeen el caso concreto. En todo caso, esta interpretación “flexible” llevada a cabo por algunos Tribunales Superiores de Justicia ha sido criticada por un sector de la doctrina científica, al entender que la regla general debe ser la imposibilidad de introducir un pacto de prueba en una relación laboral ya iniciada, pues, en su opinión “[...] dicha restricción *a posteriori* de derechos para el trabajador, que conlleva su sumisión temporal a prueba, ha de considerarse siempre ilícita, más si tenemos en cuenta lo sencillo que es, para el empresario, el cumplimiento de las reglas que le permiten suscribir un pacto de prueba eficaz: básicamente, no iniciar la prestación de servicios sin la previa suscripción de un contrato de trabajo que incluya dicha cláusula”. Pero, además, debe rechazarse esta tesis -continúa razonándose- porque su admisión supone “[...] dejar al arbitrio de una de las partes contratantes (pues solo está interesado en su inclusión el empresario) la sumisión del contrato a un régimen de provisionalidad, contraria a la estabilidad en el empleo que, además, siguiendo los argumentos citados, podría decidirse en cualquier momento anterior al vencimiento del plazo máximo fijado para el pacto de prueba en el respectivo convenio colectivo”²⁸.

22 STS de 15 de septiembre de 1986 (RJ 1986/4973).

23 STSJ de Galicia, de 7 de julio de 2009 (Rec. núm. 1496/2009). Más recientes, STSJ de la Comunidad Valenciana, de 26 de junio de 2007 (Rec. núm. 1682/2007); de Castilla y León, de 23 de diciembre de 2009 (Rec. núm. 1955/2009) y de Extremadura, de 19 de junio de 2011 (rec. núm. 227/2011).

24 STSJ de Murcia, de 30 de abril de 1996 (Rec. núm. 166/1996).

25 STSJ de Navarra, de 31-03-2005 (Rec. núm. 100/2005)

26 STSJ de Galicia, de 23-02-2012 (Rec. núm. 5289/2011)

27 STSJ de Madrid, de 18 de septiembre de 2001 (Rec. núm. 2908/2001)

28 GALLEGO MOLLA, F.: *El periodo de prueba en el contrato de trabajo. Problemas actuales a la luz de la jurisprudencia y de los convenios colectivos*, Aranzadi, Navarra, 2016. [consultado online en <https://proview.thomsonreuters.com>].

2. Duración del período de prueba.

La duración del período de prueba será la establecida en el contrato de trabajo, respetando, eso sí, los límites previstos en el convenio colectivo o, en su defecto, en el propio Estatuto de los Trabajadores.

De entrada, el art. 14 ET contempla unos topes máximos de duración del período de prueba que, como ya se ha adelantado, jugarán en defecto de pacto en convenio colectivo y varían dependiendo de si el trabajador es o no técnico titulado. En el primer caso, la duración máxima legal será de seis meses; mientras que en el segundo caso se rebajará el límite a los dos meses. La diferencia entre uno y otro es razonable pues, *a priori*, verificar las condiciones de la ejecución del trabajo, como la aptitud y adaptación del trabajador al trabajo contratado requerirá de más tiempo en los trabajos que implican una mayor cualificación. Conviene aclarar, en cualquier caso, que la consideración de trabajador técnico titulado, a estos efectos, exige que ésta guarde relación con la categoría y con las funciones que efectivamente desempeñe el trabajador. Por citar algún ejemplo concreto²⁹, se ha considerado abusiva y, por tanto, nula, una cláusula contractual que fijaba un periodo de prueba de seis meses en relación con un trabajador que era Licenciado en Derecho, pero que no estaba ejerciendo funciones específicas relacionadas con su titulación; ni la categoría ni el nivel salarial que le habían asignado eran los propios de aquélla. Más claro, la titulación le sirvió a la empresa, exclusivamente, para establecer un período de prueba de seis meses; en lugar del que legalmente le correspondía (dos meses).

Al margen de los umbrales que acabamos de señalar, el legislador español recoge otra serie de límites específicos a la duración del período de prueba que se establecen en el propio art. 14 ET, en otros preceptos de la norma estatutaria y extramuros de esta. Comenzando por el tantas veces citado art. 14 ET, se establece un régimen peculiar para las empresas que cuentan con menos de 25 trabajadores. Tratándose de organizaciones empresariales de esta dimensión, el límite máximo de duración del período de prueba será de 3 meses para los trabajadores que “no sean técnicos titulados”. Sin abandonar el art. 14 ET, se indica que cuando se trate de contratos eventuales, de interinidad o por obra o servicio, siempre que se concierten 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. Por otra parte, el contrato en prácticas también cuenta con un límite especial en punto a la duración del período de prueba. En este sentido, el art. 11.1 letra d) ET dispone que la duración máxima, salvo pacto en convenio colectivo, será de un mes (trabajadores que estén en posesión de título de grado medio o

29 SSTJ de Madrid, de 26 de noviembre de 2002 (Rec. núm. 3073/2002) y de Cataluña, de 6 de junio de 2002 (Rec. núm. 424/2002).

de certificado de profesionalidad de nivel 1 o 2) o de dos meses (trabajadores que estén en posesión de título de grado superior o de certificado de profesionalidad de nivel 3). Finalmente, el extinto art. 4.1 de la Ley 3/2012 preveía un período de prueba de duración de un año en todo caso.

Expuestos, siquiera sea sucintamente, los topes, generales y especiales, de duración del período de prueba, son tres las cuestiones que, en una primera aproximación, suscita la regulación de esta materia. Veamos por separado cada una de ellas.

La primera cuestión viene referida a la naturaleza jurídica de las normas que contemplan estos topes legales, esto es, si son normas absolutamente imperativas, mínimos, o si, por el contrario, se trata de normas dispositivas. Para dar respuesta al interrogante planteado es conveniente diferenciar entre los límites generales y los límites específicos antedichos. Respecto a las reglas generales, entre las que se incluiría la duración del período de prueba cuando se trate de trabajadores técnicos titulados en todas las empresas; la de los no titulados en empresas de más de 25 trabajadores; y los contratos de prácticas, la propia Ley no ofrece dudas al manifestar que los topes legales sólo actúan “en defecto de pacto en convenio”. Es decir, tienen carácter subsidiario. La consecuencia que deriva de ello es que se trata de una norma totalmente dispositiva para la negociación colectiva, pudiendo contemplar duraciones distintas a las legales, tanto inferiores como superiores³⁰.

Más controvertido es el límite máximo de 3 meses previsto para los trabajadores no titulados de empresas de menos de 25 trabajadores. En este caso, la literalidad de la norma o, para ser más exactos, la ausencia de una remisión expresa al convenio colectivo, ha llevado a alguna sentencia dictada en suplicación a considerar que, en este caso, la norma estatutaria impide a la autonomía colectiva la estipulación de un período de prueba que exceda de los tres meses; sí, en cambio, queda expedita la rebaja de ese límite máximo legal³¹. En efecto, para defender esta tesis se ha señalado que si bien el art. 14.1 ET en su inicio “[...] expresa inequívocamente la subsidiariedad de la norma estatal: «En defecto de pacto en convenio, la duración del período de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores». [...] a continuación, tras un punto y seguido, se dispone: «En las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados»”. Según el parecer de este sector de la doctrina judicial, la norma específica para las empresas pequeñas

30 Así lo ha indicado la jurisprudencia, entre otras, SSTS de 12 de noviembre de 2007 (Rec. núm. 4341/2006) y de 20 de julio de 2011 (Rec. núm. 152/2010). En este sentido, a nivel doctrinal, puede consultarse, por todos: GARCÍA RUBIO, M. A.: “Artículo 14. Período de Prueba”, cit., p. 220.

31 SSTSJ de Madrid, de 1 de marzo de 2004 (rec. núm. 5851/200) y de Navarra, de 31 de marzo de 2005 (Rec. núm. 100/2005).

no aparece supeditada a regulaciones convencionales, razón por la cual, tiene carácter de derecho necesario y es inderogable *in peius* por convenio. Se afirma, por tanto, que “[...] Si se cumplen los presupuestos legales –empresa de menos de 25 trabajadores y trabajador que no es técnico titulado– no puede pactarse válidamente un período de prueba superior a tres meses, aunque el convenio colectivo lo haya permitido [...]”.

Sea como fuere, lo cierto es que no se trata ni mucho menos de un criterio unánime, pudiendo encontrar otras tantas resoluciones judiciales, más próximas en el tiempo, que se posicionan en favor del carácter dispositivo de esta limitación especial³². Posición que también es compartida por un sector mayoritario de la doctrina científica, al considerar que el vigente art. 14 ET “[...] atribuye actualmente al convenio colectivo la posibilidad de fijar los límites temporales del período de prueba en todos los supuestos sin excepción, también cuando la empresa tiene menos de veinticinco trabajadores”³³. En este sentido, se ha afirmado que interpretar que la regla especial prevista para las empresas de menos de 25 trabajadores sea limitadora de las previsiones que puedan establecer los convenios colectivos “[...] es contraria a las tendencias legislativas que subyacen a la actual redacción del ET en la materia del período de prueba”³⁴; pues el legislador ha querido que la regulación convencional sea la fuente primigenia.

Por último, respecto al contrato de apoyo a los emprendedores, la Ley 3/2012 era clara al señalar que su duración sería “de un año en todo caso”. Por tanto, las partes eran libres de incluir o no un período de prueba, pero si así lo decidían, su duración siempre sería de 1 año, sin que los CC pudieran modificarla, ni ampliándola ni reduciéndola. En cualquier caso, una vez desaparecido este contrato del ordenamiento jurídico vigente, no parece necesario introducir mayores comentarios a este respecto.

La segunda cuestión tiene que ver con el papel de la negociación colectiva respecto de los topes legales que, tal y como hemos visto, se consideran, en su mayoría, plenamente dispositivos. Pues bien, los convenios colectivos quedan expresamente habilitados por el legislador para regular la duración del período de prueba; es decir, la norma legal se convierte en derecho supletorio. Siendo esto así, los sujetos negociadores pueden variar los límites legales en ambos sentidos: ya sea para ampliarlos, sea para reducirlos. Sin embargo, la amplitud con la que la negociación colectiva puede regular la duración del período de prueba

32 Entre otras SSTSJ de Cataluña, de 11 de octubre de 2012 (Rec. 4822/2012) y de las Islas Canarias, Las Palmas, de 14 de marzo de 2006 (Rec. núm. 1448/2005).

33 DEL VAL TENA, A. L.: “La duración período de prueba: límites. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de noviembre de 2003 (AS 2004, 2287)” [consultado *online* en la base de datos insignis.aranzadigital.es].

34 STSJ de Cataluña, de 10 diciembre 2001 (Rec. núm. 4893/2001).

no se traduce en una facultad omnímoda. Como se ha encargado de subrayar jurisprudencia y doctrina judicial, la finalidad de la institución, el abuso de derecho y, por supuesto, el respeto al principio de igualdad y no discriminación constituyen, a su vez, limitaciones a la regulación convencional³⁵.

Por citar algunos ejemplos concretos, se ha considerado abusivo, por tratarse de una duración anormalmente amplia que, a mayor abundamiento, no respondía a una excesiva cualificación del puesto de trabajo, el establecimiento en el convenio de empresa de un período de prueba de dos años de duración para la categoría de promotor de ventas, cuyas funciones eran las de venta de “páginas amarillas y otros productos”; siendo la formación dada por la entidad para el desempeño de dicho puesto de dos semanas de duración. Es claro que, en el caso aludido, la duración fijada constituía una desvirtuación de la razón de ser de la institución del período de prueba³⁶. Igual criterio se mantuvo respecto a un período de prueba de un año para una trabajadora del sector de la banca, con la categoría profesional de gestor, al entender que un período de prueba de tanta amplitud, no era razonable si se tenía en cuenta que la empresa había realizado un exhaustivo proceso previo de selección para acreditar las aptitudes de los trabajadores en la realización de la concreta actividad a efectuar, y que en el resultado de las evaluaciones se deducía que la pretensión de tal período implicaba la imposición por la empresa de unas condiciones laborales que suponían una ampliación ilegal del horario de trabajo, pues le obligaban a realizar una formación en horario extralaboral, cuya no realización fue la verdadera causa de la no superación del período de prueba³⁷. La misma conclusión se alcanza, por citar un ejemplo más, respecto a un período de prueba de tres años establecido en el convenio colectivo de una empresa consultora. En esta ocasión, ni la complejidad de las tareas a desempeñar, ni la polivalencia funcional en la empresa, justificaba que fueran necesarios tres años para comprobar las aptitudes y capacidades de los trabajadores para asumir los cometidos encargados³⁸.

Junto al abuso de derecho, otra limitación a la negociación colectiva viene dada por el necesario respeto del principio de igualdad y no discriminación. Esta cuestión ha sido analizada en sede judicial a propósito de la contratación temporal. En extrema síntesis, se ha afirmado que el establecimiento de un período de prueba superior para el personal temporal que para el fijo vulnera aquel principio, en tanto en cuanto, “[...] lo único que les diferencia es la duración limitada en

35 Así lo ha señalado, también, la doctrina científica. En este sentido, puede consultarse el excelente trabajo de GALLEGO MOLLA, F.: *El periodo de prueba en el contrato de trabajo. Problemas actuales a la luz de la jurisprudencia y de los convenios colectivos*, cit.

36 STS de 20 de julio de 2011 (Rec. núm. 152/2010). En idéntico sentido, STS de 12 de noviembre de 2007 (Rec. núm. 4341/2006).

37 STSJ de la Comunidad Valenciana, de 8 de julio de 2009 (Rec. núm. 1264/2009).

38 STSJ de Madrid, de 28 de noviembre de 2003 (Rec. núm. 3995/2003).

el tiempo, en los temporales, e indefinida, en los fijos, con lo que fácil resulta comprender que tal diversidad si algo puede justificar es el establecimiento de un mejor trato para los trabajadores sujetos a contratación temporal, pues sin duda la vocación limitada en el tiempo del contrato temporal sí puede justificar una menor exigencia en la adecuación del trabajador concreto a su puesto de trabajo, necesidades empresariales y relaciones personales con el resto de las personas que prestan servicios en la empresa o que a ella acuden; lo que no resulta objetivamente justificado es que esa menor exigencia se haga recaer precisamente, y sin razón que lo sustente, sobre el colectivo que, precisamente en función de su contrato de trabajo, pertenece al sector más desfavorecido³⁹. En aplicación de esta doctrina, sí se ha considerado acorde al principio de igualdad la tesis contraria, esto es, el establecimiento de períodos de prueba distintos cuando el más amplio se asigna a los contratos indefinidos. La justificación objetiva de este tratamiento desigual se sitúa en la pretensión de beneficiar a los trabajadores con un contrato temporal (y, por ende, una relación más precaria) regulando un período de prueba más breve e incentivando al mismo tiempo la contratación indefinida. Sobre el particular se ha afirmado que “[...] ante una relación laboral con voluntad de permanencia indefinida en el tiempo, es razonable, y así lo entendieron los sujetos negociadores, que el empresario disponga de mecanismos que le permitan conocer la aptitud del trabajador, eliminando con ello reservas que pudieran impedir la formalización de relaciones estables, y por el contrario y como ya se ha dicho, y para evitar que dicha regulación no incida de manera negativa en los trabajadores sometidos a contratos temporales se limitan en su beneficio la duración de dichos períodos⁴⁰.

La tercera y última cuestión se refiere el papel de la autonomía individual en la fijación de la duración del período de prueba. El contrato individual deberá sujetarse a las previsiones convencionales, que, tal y como hemos visto, quedan expresamente habilitadas por el legislador para regular la duración del período de prueba; pero, además, en defecto de pacto colectivo, también deberá respetar los límites estatutarios. Conjugando ambas premisas, puede concluirse que las posibilidades de la autonomía individual en punto a esta cuestión se reducen a establecer una duración del período de prueba inferior a la convencional o legal, pero, obviamente, por aplicación del art. 3.I.c) ET, en ningún caso podrá estipularse un período superior. De hecho, si lo hiciera, la cláusula sería nula ex art. 9 ET y se procedería a sustituir la duración pactada en el contrato por la prevista en el convenio o en la ley -dependiendo del caso-; pero manteniendo el pacto de

39 STSJ de Castilla y León, de 20 de noviembre de 2001 (Rec. núm. 1987/2001).

40 STSJ de Cataluña, de 11 de enero de 2006 (Rec. núm.

prueba, hasta el punto de que sería lícito el desistimiento si no se produce durante ese exceso de la duración no permitido⁴¹.

3. Otras cuestiones relacionadas con los aspectos temporales: cómputo e interrupción del período de prueba.

Para concluir con los aspectos temporales del período de prueba interesa referirse, siquiera sea de forma sucinta, a otras dos cuestiones de interés: de un lado, las reglas a tener en cuenta para el cómputo del período de prueba; y, de otra parte, los supuestos que pueden determinar la interrupción del mismo.

En cuanto a las reglas de cómputo, la normativa laboral guarda silencio al respecto, debiendo aplicarse la norma común, esto es, el art. 5 CC. Dicho precepto establece tres reglas: 1) en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente; 2) si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. En todo caso, si en el mes que vence el plazo no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes; 3) no se excluyen del cómputo los días inhábiles.

No obstante lo anterior, la doctrina acaecida en suplicación evidencia como la traslación de estas reglas al cómputo del período de prueba no siempre se hace de una forma unánime. Por ejemplo, no es extraño encontrar sentencias que fijan como *dies a quo* el de inicio de la prestación de servicios⁴², en lugar del día siguiente como debería hacerse si se aplica literalmente el art. 5 CC⁴³; otras veces, cuando el plazo se fija por días, si bien hay resoluciones judiciales que se decantan por aplicar la norma común (días naturales); las hay que sólo computan los días efectivamente trabajados⁴⁴; en particular, cuanto se trata de contratos a tiempo parcial⁴⁵. Por último, también es posible identificar sentencias para las que, si el día que finaliza el período de prueba es domingo o festivo, ello no posibilita que el desistimiento se produzca al día siguiente⁴⁶. La diversidad de criterios expuestos y para obtener una mayor seguridad jurídica, sería deseable que las partes incorporen estos extremos en el pacto individual.

En otro orden, respecto a la posible interrupción del cómputo del período de prueba, la norma estatutaria dispone expresamente que: “las situaciones

41 STS de 19 de octubre de 1987 (RJ1987/7071). En el mismo sentido, STSJ de Cataluña, de 19 de marzo de 2007 (Rec. núm. 8631/2006).

42 STSJ de Cantabria, de 26 de junio de 2006 (Rec. núm. 533/2006).

43 STSJ de la Comunidad Valenciana, de 12 de diciembre de 2001 (Rec. núm. 2874/2001).

44 STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 26 de julio de 2002 (Rec. núm. 562/2002).

45 STSJ de Castilla-La Mancha, de 26 de octubre de 2004 (Rec. núm. 1008/2004) y de Galicia, de 7 de mayo de 2019 (rec. núm. 840/2019).

46 STSJ de Madrid, de 26 de noviembre de 1998 (Rec. núm. 5979/1998).

de incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y violencia de género, que afecten a la persona trabajadora durante el periodo de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes”. Tan solo un par de apreciaciones: la primera de ellas es que la norma requiere acuerdo de las partes para que proceda la interrupción; en su defecto, el plazo seguirá computando. La segunda de ellas es que la interrupción no enerva la facultad de las partes de ejercer la facultad de desistimiento⁴⁷. Por lo demás, se ha indicado por parte de la doctrina que las restantes causas de suspensión del contrato interrumpen el cómputo de la duración del período de prueba sin necesidad de que exista acuerdo alguno⁴⁸.

IV. ASPECTOS MATERIALES DEL PERÍODO DE PRUEBA.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 14.1, párrafo cuarto, del ET: “Será nulo el pacto que establezca un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación”. Es decir, la nulidad requiere que exista una identidad de funciones y que se trate de la misma empresa. Asimismo, será indiferente la modalidad contractual empleada. Veamos a continuación en que se concretan estas condiciones según la interpretación dada a las mismas por jurisprudencia y doctrina judicial. Si bien, puede adelantarse desde ahora, en línea con el parecer manifestado por una parte de la doctrina científica, que la práctica judicial ha sometido este precepto a una “[...] interpretación correctora, en clave teleológica, que ha afectado a los tres pilares sobre los que se sustenta la previsión [...]”⁴⁹. Pero vayamos por partes.

I. Identidad funcional.

Si como decíamos en la parte introductoria del trabajo, la finalidad del instituto del período de prueba -del lado empresarial- es comprobar la aptitud del trabajador y, en general, su adaptación a la empresa y a las tareas encomendadas, carece de sentido su establecimiento cuando el empleador ya dispone de dicha información. En otras palabras, es nulo, por constituir un abuso de derecho, un nuevo pacto de esta naturaleza cuando ya se ha acreditado la idoneidad por parte del trabajador en un contrato de trabajo anterior⁵⁰.

Sobre la base de esta premisa fundamental y, a la luz de la doctrina judicial y jurisprudencial, interesa significar, de entrada, que lo verdaderamente relevante

47 STS de 12 de diciembre de 2008 (Rec. núm. 3925/2007).

48 GARATE CASTRO, J.: “Período de prueba”, cit., p. 287.

49 GARCÍA RUBIO, M. A.: “Artículo 14. Período de Prueba”, cit., p. 217.

50 STS de 23 de octubre de 2008 (Rec. núm. 2423/2007).

para que opere la nulidad es atender a las funciones que efectivamente desarrolla el trabajador y que exista coincidencia con las desarrolladas en un contrato anterior⁵¹; independientemente de si formalmente, en el nuevo contrato, se ha mantenido la misma⁵² o distinta categoría o grupo profesional⁵³. Un ejemplo interesante, en este sentido, fue el analizado por la sentencia del TSJ de Cataluña de 23 de septiembre de 2019 donde existía coincidencia de categoría, grupo y nivel salarial en las dos contrataciones. Sin embargo, en dicha resolución se afirmará que es perfectamente válido el establecimiento de un nuevo período de prueba en tanto en cuanto la prestación de servicios requería de conocimientos y capacidades específicas. Concretamente, en el supuesto analizado, el trabajador había prestado servicios primero como enfermero en la UCI y en el centro de especialidades, y posteriormente, fue contratado, también como enfermero, para la unidad de nefrología en la que se requieren conocimientos y capacidades específicas⁵⁴. En sentido contrario, se ha reputado como nulo el período de prueba pactado en una segunda contratación, aunque las funciones de esta última sólo eran una parte de las encomendadas en virtud del primer contrato⁵⁵. Tampoco es relevante, por lo demás, si las funciones a desempeñar son coincidentes pero el lugar o centro de trabajo donde se prestan los servicios difiere en los dos contratos⁵⁶.

Ahora bien, donde sí se ha producido una cierta modalización por parte de los Tribunales del orden social, es en los casos en que, pese a que el trabajador ha desempeñado las mismas funciones, en la primera contratación lo ha hecho por un espacio de tiempo relativamente breve; o cuando entre una y otra contratación ha mediado un espacio temporal considerable⁵⁷. Comenzando por el primero de los elementos correctores, la jurisprudencia ha señalado que, si el período de prueba tiene por fin acreditar la aptitud del trabajador para el puesto de trabajo a desempeñar, es razonable prohibir que se pacte un nuevo período de prueba cuando ya se acreditó la idoneidad, durante la vigencia de un contrato anterior. Refuerza este argumento el hecho de que el transcurso del período de prueba pueda suspenderse, durante ciertas situaciones de suspensión del contrato, en la medida en que la voluntad del legislador es la de que el período de prueba sea eficaz a sus fines, lo que normalmente requerirá que transcurra por completo.

51 STSJ de Islas Baleares de 22 de marzo de 2004 (Rec. núm. 77/2004); de La Rioja de 21 de marzo de 2011 (Rec. núm. 119/2011); de Madrid, de 22 de junio de 2012 (Rec. núm. 2046/2012); de Castilla y León, de 28 de marzo de 2012 (Rec. núm. 165/2012); de las Islas Canarias, de 27 de abril de 2017 (Rec. núm. 1180/2016); y de Castilla-La Mancha, de 19 de marzo de 2019 (Rec. núm. 1960/2018).

52 SSTSJ de la Comunidad Valenciana (Rec. núm. 3415/1995) y de Castilla y León de 11 de enero de 2017 (Rec. núm. 2275/2016).

53 STSJ de Madrid, de 14 de julio de 2017 (Rec. 485/2017).

54 Rec. núm. 385/2019.

55 STSJ del País Vasco, de 27 de abril de 2004 (Rec. núm. 95/20049).

56 SSTSJ de Cantabria, de 28 de junio de 2007 (Rec. núm. 615/2007) y de Madrid, 19 de diciembre de 2019 (Rec. núm. 545/2019).

57 Sobre esta cuestión, GARCÍA RUBIO, M. A.: "Artículo 14. Período de Prueba", cit., pp. 217-218.

Pues bien, atendiendo a estas premisas, el TS considera que cuando el período de prueba no transcurrió por completo por causa imputable al trabajador que desistió del contrato antes de tiempo, puede luego celebrarse otro contrato en el que se pacte un nuevo período de prueba, ya que el anterior no sirvió para acreditar la idoneidad del empleado que, realmente, no puede decirse que superara la prueba, pues no dio opción a que el empresario se pronunciara al respecto⁵⁸. La misma conclusión se ha alcanzado por la Sala 4ª del TS respecto a otros supuestos en los que el primer contrato no finalizó por decisión unilateral del trabajador; sino que se trataba de un supuesto de sucesión de dos contratos temporales válidos para un mismo puesto de trabajo, sin haber transcurrido el período de prueba en el primer contrato⁵⁹. Ahora bien, la duración del período de prueba en el segundo de los contratos, sumada a la del contrario anterior, deberá respetar el período total convencionalmente establecido para la prueba, pues, de lo contrario, será nulo⁶⁰.

El segundo factor de corrección que manejan los tribunales es la distancia temporal que media entre contrataciones. En este sentido, hay sentencias que han considerado que cuando ha transcurrido un dilatado espacio de tiempo entre uno y otro contrato, sería justificable el establecimiento de un segundo período de prueba, aunque se tratase de las mismas funciones. El razonamiento que ampara esta interpretación es que puede entenderse justificada la necesidad empresarial de comprobar si el trabajador sigue teniendo una aptitud profesional adecuada para el desempeño del trabajo⁶¹. La determinación de que se entiende por un período dilatado depende del caso concreto. A modo de ejemplo, hay sentencias que lo han fijado en más de 3 años⁶²; otras en más de 4 años⁶³; y otras en más de 5 años⁶⁴. En todo caso, se trata de una doctrina cuanto menos discutible y prueba de ello es que otras resoluciones judiciales no confieren relevancia a la distancia que media entre contratos sino a la identidad funcional; esto es, se decantan por una interpretación literal del precepto legal⁶⁵.

58 STS de 23 de octubre de 2008 (Rec. núm. 2423/2007).

59 STS de 24 de enero de 2014 (Rec. núm. 375/2013). En este mismo sentido, STSJ de las Islas Canarias, de 31 de julio de 2019 (Rec. núm. 470/2019).

60 STS de 24 de enero de 2014 (Rec. núm. 375/2013). En este sentido, STSJ de Islas Canarias, de 31 de julio de 2019 (Rec. núm. 470/2019).

61 STSJ de Madrid, de 16 de marzo de 2010 (Rec. núm. 6473/2009).

62 STSJ de la Comunidad Valenciana, de 3 de octubre de 2007 (Rec. núm. 2733/2007).

63 STSJ de Murcia, de 11 de noviembre de 2013 (Rec. núm. 733/2013)

64 STSJ de Cataluña, de 7 de mayo de 2014 (Rec. núm. 1135/2014).

65 STSJ de Castilla y León, de 22 de marzo de 2004 (Rec. núm. 95/2004).

2. Identidad empresarial.

La nulidad de un nuevo período de prueba no sólo requiere, en los términos ya analizados, que se trate de las mismas funciones, sino que también deberán prestarse para la misma empresa (art. 14.1 4º ET).

Una interpretación finalista de esta exigencia ha llevado a la doctrina judicial y jurisprudencia a considerar que estamos ante una misma empresa, en diferentes supuestos, entre otros:

- En el caso de sucesión de contratistas y subcontratistas⁶⁶.
- En supuestos de sucesión de empresas ex art. 44 ET⁶⁷.
- Cuando el trabajador ha sido contratado previamente por una empresa de trabajo temporal para prestar servicios como trabajador en misión en la empresa que, posteriormente, procederá a su contratación directa. Se argumentará en este sentido que ese mismo trabajador ya ha desempeñado tareas idénticas dentro de la organización de la empresa, aunque formalmente estuviera empleado por una empresa de trabajo temporal. Es más, “[...] las particularidades que se dan en la relación laboral de los trabajadores en misión incluyen las notas características de ser la usuaria quien percibe de modo directo la prestación de servicios y quien, asimismo, está en contacto con el trabajador, que ha de pasar a incorporarse al desarrollo de la actividad que la misma organiza. Por tanto, difícilmente puede aducirse que ese mismo trabajador, una vez contratado directamente y de modo inmediato en el tiempo, para el mismo o similar puesto, pueda constituir una incógnita necesitada de experimentación”⁶⁸.
- Cuando la contratación se produce entre empresas integrantes del mismo grupo empresarial⁶⁹.
- En supuestos de reversión en la gestión de un servicio público previamente externalizado⁷⁰.

Al margen de la extensión operada en los supuestos que se acaban de enunciar, la jurisprudencia también ha apreciado la nulidad del pacto sobre el período de prueba por tratarse de la “misma empresa”, cuando la prestación de servicios

66 STSJ de las Islas Canarias, de 17 de marzo de 2006 (Rec. núm. 1067/2005)

67 SSTS de 18 de julio de 1986 (RJ 1986/4238); de 18 de enero de 2005 (Rec. núm. 253/2004) y de 25 de noviembre de 2005 (Rec. núm. 5064/2004).

68 STSJ de Cataluña de 29 de septiembre de 2004.

69 STSJ de la Comunidad Valenciana, de 24 de abril de 1996 (Rec. núm. 2960/1995).

70 STSJ de Madrid, de 31 de octubre de 2019 (Rec. núm. 504/2019).

se realiza sucesivamente para empresas distintas en particulares circunstancias (por ejemplo, se desempeñan funciones en el mismo edificio; con los mismos materiales, bajo las directrices de una misma persona) que permiten concluir que la empresa nueva contratante tenía conocimiento de la probada aptitud del trabajador, careciendo de finalidad la exigencia de una nueva prueba de aptitud ya demostrada y constatada⁷¹.

3. Indiferencia de la modalidad contractual previa.

El art. 14.1, 4º párrafo, del ET considera irrelevante cuál es la modalidad de contratación que vinculaba a las partes con carácter previo. Quiere ello decir que no afecta en nada que la vinculación previa se formalizase a través de un contrato temporal o indefinido; o que fuera una de las modalidades formativas o de cualquier otro tipo. Ahora bien, la expresión literal “bajo cualquier modalidad de contratación” encierra algunos interrogantes si nos situamos fuera del ámbito laboral; supuestos que han sido analizados por la doctrina científica⁷² y judicial, sin que, en relación a esta última, exista una posición unívoca.

Una primera cuestión es si cuando el legislador habla de cualquier modalidad de contratación han de incluirse también los supuestos en que el trabajador estaba previamente unido a la empresa, pero mediante un contrato mercantil o administrativo. Aquí, la solución a la cuestión planteada depende de si se hace una interpretación finalista o literal de la norma estatutaria. En el primer caso, sería perfectamente válido el establecimiento de un período de prueba. Quienes se inclinan por esta tesis, argumentan que el objeto del período de prueba no se limita únicamente a valorar la calidad de los servicios prestados por el trabajador y su capacidad para desempeñarlos, sino que se extiende también al desarrollo con habitualidad y profesionalidad de los trabajos dentro de una estructura organizativa y en las condiciones de dependencia y ajenidad que caracterizan a la relación laboral. Notas de dependencia, subordinación e integración en la estructura organizativa que se encuentran ausentes en otro tipo de contrataciones ajenas al ámbito laboral⁷³. Quienes optan por una interpretación literal consideran que no sería posible establecer un segundo período de prueba, so pena de nulidad, pues el ET alude a cualquier contratación, no sólo a la laboral; y, por consiguiente, lo determinante es si el empresario ya tenía cabal conocimiento de las cualidades y forma de trabajar del trabajador⁷⁴. La solución no es sencilla y dependerá del caso concreto y del tipo de vinculación previa. Me explico, si previamente se ha estado vinculado a través de un contrato administrativo con el empleador, en

71 SSTS de 18 de enero de 2005 (Rec. núm. 253/2004) y de 25 de noviembre de 2005 (Rec. núm. 5064/2004).

72 GARCÍA RUBIO, M. A.: “Artículo 14. Período de Prueba”, cit., pp. 219-220.

73 STSJ de Castilla y León, de 21 de febrero de 2005 (Rec. núm. 134/2005).

74 STSJ de Andalucía, de 14 de septiembre de 2005 (Rec. núm. 1388/2005).

condiciones si no igual, al menos asimilables a las de un trabajador por cuenta ajena, parece razonable que no sea posible establecer un segundo período de prueba. En cambio, si la vinculación anterior era, por ejemplo, como trabajador autónomo, considero que no jugaría la causa de nulidad establecida en el art. 14.1, 4º párrafo ET, pues las diferencias entre una y otra categoría son sustanciales y la empresa puede querer comprobar la adaptación de este último no sólo al desempeño del trabajo sino a como asume la prestación de servicios dentro de su ámbito de organización y dirección.

Otro aspecto menos controvertido es cómo afectaría a la regla contenida en el citado art. 14.1, 4º párrafo ET, si el trabajador se encontraba vinculado a la empresa no ya por un contrato, sea o no laboral, sino a través de otro tipo de vínculos, por ejemplo, una beca o un curso de formación. En relación a esta cuestión, la tesis mayoritaria es la que admite la validez del período de prueba. Lo cual, en mi opinión, es comprensible, teniendo en cuenta la distinta naturaleza y características de un contrato y de una beca, cuyo objeto, por otro lado, es totalmente distinto⁷⁵. Además, en este caso, no podría defenderse la nulidad del período de prueba en base a una interpretación literal pues la norma habla de “modalidad de contratación”.

Una última cuestión es si procede declarar la nulidad del período de prueba en los casos en que el empleador ha tenido conocimiento de las capacidades del trabajador por haber superado un proceso de selección previo. El supuesto descrito tiene especial interés en el ámbito del personal de las Administraciones Públicas.

En efecto, tradicionalmente, se ha planteado la duda de si resultaba ajustado a Derecho conceder al empresario, en este caso, a la Administración Pública, la facultad de pactar un periodo de prueba teniendo en cuenta que previamente los candidatos ya han superado un riguroso procedimiento de selección, en el que precisamente el ente público ha podido tener conocimiento de la aptitud y capacidad del trabajador. Pues bien, la doctrina judicial que han examinado esta cuestión ha mantenido criterios divergentes, si bien, la tendencia mayoritaria se posiciona en un sentido favorable. Y así lo ha entendido también la jurisprudencia⁷⁶.

Comenzando por el sector minoritario, existen pronunciamientos que declaran la nulidad del pacto de periodo de prueba, calificando el cese empresarial como despido improcedente. Se argumenta en este sentido que carecería de toda lógica constitucional el dejar al arbitrio de la Administración convocante la efectiva vinculación laboral del candidato que aprobó las pruebas establecidas y

75 STSJ de Galicia, de 22 de noviembre de 2019 (Rec. núm. 3819/2019).

76 SSTs de 3 de diciembre de 2013 (Rec. núm. 2858/2012) y de 23 de enero de 2014 (Rec. núm. 1181/2013).

valoradas objetivamente por el Tribunal o Comisión selectiva, de tal modo que, “acogiéndose a la imposición de un período de prueba, quede finalmente a su libre arbitrio la efectividad de la contratación, situación que sería claramente contraria a la obligación de que la vinculación se realice tras la valoración objetiva por el órgano adecuado de los principios de mérito y capacidad, quedando entonces, no ya desdibujada, sino eliminada en la práctica, la necesaria superación de las pruebas objetivas convocadas, que además siempre conllevan el inherente esfuerzo –y frecuentemente gasto- de preparación adecuada por los aspirantes”⁷⁷.

Frente a esta tesis, la mayoría de las resoluciones admiten la posibilidad de pactar periodos de prueba. Se argumenta en este sentido que la superación de pruebas selectivas, no desmerece ni desvirtúa la finalidad de todo período de prueba –art.14 ET-, en cuanto tendente al conocimiento recíproco de ambas partes, de modo que éstas puedan en la práctica probar y ensayar, conforme a la doctrina científica, si la relación entablada responde o no a sus respectivas expectativas, o si satisface o no sus respectivos intereses⁷⁸. Es decir, se parte de la base de que la selección previa al contrato de trabajo y el establecimiento del periodo de prueba responden a finalidades distintas, siendo perfectamente compatibles entre sí. La elección del mejor candidato, a la que se dirige el proceso selectivo, tiene luego que confrontarse con el día a día del trabajo, pues sólo entonces, será posible determinar “la adecuación y aptitud del trabajador a las específicas tareas asignadas, su buena respuesta ante ellas y el cumplimiento de las expectativas puestas por el empresario”. Cabría afirmar, por tanto, que “los efectos de la selección previa finalizan donde comienza ese período transitorio del vínculo laboral en que cada parte libremente y sin dar explicaciones puede desistir del contrato”⁷⁹.

Por consiguiente, partiendo de que dicha institución constituye una prolongación del proceso selectivo⁸⁰, *a priori*, el establecimiento de un periodo de prueba en el que se pueden valorar aspectos tan variados como la adaptación al medio, la actitud en el trabajo, su integración en el equipo, etc., sería admisible desde el punto de vista constitucional, sin que suponga una vulneración de los principios de mérito y capacidad, “pues tales circunstancias bien pudieran incluirse dentro de tales conceptos y pudieron no ser valoradas en el procedimiento selectivo propiamente dicho”⁸¹. Tesis jurisprudencial que encontraría apoyo normativo tanto en el art. 33.2 del RD 364/1995, de 10 de marzo –no derogado por el EBEP-, en

77 Por todas, STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de noviembre de 1996 (Rec. núm. 1130/1996).

78 SSTSJ de Madrid de 7 de mayo de 2007 (Rec. núm. 355/2007) y de Castilla-La Mancha, de 7 de septiembre de 2005 (Rec. núm. 804/2005).

79 Vid. STSJ del Principado de Asturias de 26 de diciembre de 2003 (Rec. núm. 2314/2003).

80 CORDERO SAAVEDRA, L.: *Régimen de trabajo en las Administraciones Públicas*, Laborum, Murcia, 2003, p. 227.

81 LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Civitas, Madrid, 2009, p. 340.

virtud del cual, la adquisición de la condición de personal laboral fijo dependerá de que se supere satisfactoriamente el período de prueba que se determine en cada convocatoria; como en el propio EBEP –art. 61.5- que contempla la posibilidad de que el proceso de selección se complete con la superación de pruebas prácticas.

V. EJERCICIO DE LA FACULTAD DE DESISTIMIENTO.

Durante el periodo de prueba, el trabajador tiene los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, pero con una excepción, a saber, los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso. Ni que decir tiene que una vez expira la duración del período de prueba decae también esta especialidad, lo que supone la estabilización de la relación laboral; en el sentido de que, si la empresa quiere resolver el contrato, deberá fundar su decisión en alguna de las causas legalmente previstas en el art. 49 ET.

Volviendo al tema que nos ocupa, tal como decíamos al inicio del presente trabajo, ésta es la principal singularidad del período de prueba y, por más que se trata de una facultad que la ley pone a disposición de ambas partes, no hay duda de que es la empresa la principal beneficiada. Por este motivo, parece razonable que en las próximas páginas nos centremos en el análisis del ejercicio de la facultad de desistimiento cuando se lleva a cabo por la empresa; que, por otra parte, es la que plantea una mayor litigiosidad. Acaso señalar, respecto al trabajador, que, si ejerce dicha facultad, no es necesario que alegue causa alguna ni tampoco que se someta a ninguna formalidad, incluida la obligación de preavisar. Esta última es quizás la única diferencia con la posibilidad de dimisión que establece el art. 49.1 letra d) ET.

I. Características, límites y efectos del desistimiento empresarial.

Existe una copiosa doctrina jurisprudencial en punto a los rasgos definitorios del ejercicio de la facultad de desistimiento empresarial durante el período de prueba, así como los límites que puede encontrar dicha potestad, cuyas líneas maestras, en extrema síntesis, pueden reconducirse a las siguientes:

En primer lugar, aunque parezca una obviedad, no está de más recordar que la facultad de desistimiento juega en tanto en cuanto esté vigente el período de prueba. O, lo que es lo mismo, no es viable una vez la duración de aquel haya expirado, pues en tal caso no estaremos ante un supuesto de libre desistimiento

sino ante un despido improcedente (o nulo), dependiendo del caso, con las consecuencias inherentes a dicha calificación⁸².

En segundo lugar, el Tribunal Supremo ha venido señalando, de antiguo, que esta facultad implica que el empresario (y el trabajador) puede resolver el contrato de trabajo unilateralmente por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, bastando con que el periodo de prueba este todavía vigente y que el empresario o el empleado extinga la relación laboral, sin que sea preciso para ello llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó⁸³. Bastaría, por tanto, la mera comunicación verbal⁸⁴.

Ahora bien, la libertad de forma que reconocen los Tribunales en relación al desistimiento durante la prueba no impide que puedan preverse algunas especificaciones en la negociación colectiva o en el contrato de trabajo que, a salvo de que constituyan un fraude o abuso de derecho, deberán observarse por las partes⁸⁵.

En todo caso, es importante destacar que la libertad de desistimiento reconocida al empresario no es absoluta, sino que presenta ciertos límites, apuntados en la ley y que se ha encargado de concretar la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Y es que, empresario y trabajador, están obligados a realizar las experiencias que constituyen el objeto de la prueba, lo que impide que el desistimiento puede producirse sin que haya tenido lugar la comprobación sobre el terreno de que el mantenimiento de la relación de trabajo no conviene a los intereses de una u otra parte del contrato; pero, además, la decisión de desistimiento no puede amparar una discriminación o lesión de derechos fundamentales. En efecto, el único supuesto que puede provocar la inefectividad de la decisión unilateral rescisoria es que la misma esté motivada o causada por una razón discriminatoria que viole el art. 14 de la Constitución o que vulnere cualquiera de los derechos fundamentales que ésta proclama⁸⁶.

82 Por todas, SSTSJ de Galicia, de 28 de noviembre de 2017 (rec. núm. 3803/2017) y del País Vasco, de 27 de junio de 2017 (Rec. núm. 1357/2017).

83 Entre otras, SSTJ de 2 de abril de 2007 (Rec. núm. 5013/2005); de 12 de diciembre de 2008 (Rec. núm. 3925/2007); de 23 de noviembre de 2009 (rec. núm. 3441/2008); de 18 de abril de 2011 (Rec. núm. 2893/2010); de 2 de julio de 2012 (Rec. núm. 2789/2011). Esta tesis ha sido reiterada por la doctrina de suplicación en innumerables ocasiones, por ejemplo, las SSTSJ de Extremadura, de 11 de julio de 2019 (Rec. núm. 358/2019); y de Galicia, de 7 de mayo de 2019 (Rec. núm. 840/2019).

84 STSJ de Castilla y León, de 7 de febrero de 2019 (rec. núm. 38/2019).

85 STSJ de Islas Canarias, de 14 de marzo de 2006 (Rec. núm. 1448/2005).

86 SSTJ de 1 de noviembre de 1984, 14 de abril de 1986, 3 de diciembre de 1987 y 6 de julio de 1990, entre muchas otras.

Como bien ha señalado, desde tiempo atrás, el Tribunal Constitucional, “[...] el ámbito de libertad reconocido por el art. 14.2 del Estatuto de los Trabajadores no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales y aunque la resolución del contrato no esté fundada en motivos tasados, sino en una decisión no motivada, no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una resolución discriminatoria, ya que esa facultad resolutoria de la que ha hecho uso la empresa, está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental; como es el de la igualdad, reconocido en el art. 14 de la Norma Suprema, y ante la alegación de un derecho fundamental, la empresa viene obligada a justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria”. En definitiva, por más que la facultad de desistimiento empresarial en el periodo de prueba constituya una suerte de excepción a la prohibición de libre extinción del contrato “[...] no se trata de una facultad omnímoda para el empresario, pues en ningún caso podrá dar lugar a que se produzcan resultados inconstitucionales”⁸⁷.

A modo de ejemplo, y al margen de los supuestos de desistimiento del contrato cuando la trabajadora está embarazada, a los que seguidamente aludiré, se ha considerado nulo por vulnerar la garantía de indemnidad, la extinción del contrato de trabajo alegando la no superación del periodo de prueba, cuando en realidad enmascaraba una clara represalia empresarial frente a las denuncias presentadas por el trabajador ante la Inspección de Trabajo⁸⁸. Igual suerte corrió -nulidad- la extinción de contrato por no superación del periodo de prueba al haberse probado que el cese obedecía exclusivamente a una represalia empresarial por el ejercicio la actividad sindical por parte del trabajador⁸⁹.

En estos supuestos, repárese en que rigen las reglas de distribución de la carga de la prueba que se establecen para el despido nulo, de tal forma que el trabajador deberá aportar un indicio de la vulneración del derecho fundamental que alega como infringido y el empleador deberá acreditar, de forma plena, que la conducta empresarial nada tiene que ver con tal derecho fundamental que indiciariamente se ha visto vulnerado.

En cuanto a los efectos del desistimiento, si no existe ninguna tacha de ilegalidad, la consecuencia será la extinción del vínculo contractual sin que se genere ningún tipo de indemnización. En cambio, si la resolución del contrato es ilícita, ya sea porque el pacto adolece en su configuración de algún vicio de ilegalidad, porque la resolución del contrato no se efectúa en los términos que hemos visto o porque la decisión constituye un abuso de derecho o una vulneración de derechos

87 Por todas, SSTC 94/1984, de 16 de octubre y 166/1988, de 26 de septiembre.

88 STSJ de Galicia, de 6 de noviembre de 2019 (Rec. núm. 2397/2018).

89 STSJ de Cataluña, de 26 de octubre de 2018 (Rec. núm. 4129/2018).

fundamentales, ya no se tratará de libre desistimiento sino de un despido, cuya calificación, improcedencia o nulidad, dependerá del motivo concreto por el que la decisión empresarial no se ajusta a Derecho.

2. Resolución a instancia empresarial en el caso de trabajadoras embarazadas.

No hay más que consultar los repertorios de jurisprudencia para comprobar que, tradicionalmente, uno de los supuestos que más litigiosidad provoca, es el relativo al desistimiento empresarial que recae sobre una trabajadora embarazada; y ello en la medida en que la decisión de resolver el contrato durante la prueba puede constituir una vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo. En estos casos, los tribunales del orden social han venido declarando la existencia de despido nulo cuando la empresa no consigue aportar una justificación objetiva y razonable de que el desistimiento empresarial durante el período de prueba responde a causas distintas al embarazo de la trabajadora. Y es que, tal y como se ha indicado, la decisión de desistimiento no puede amparar, en ningún caso, una discriminación o lesión de derechos fundamentales.

Ahora bien, es lo cierto que el Tribunal Supremo⁹⁰, sobre la base de la distinta naturaleza jurídica de las instituciones del despido y el desistimiento empresarial en periodo de prueba, ha rechazado la extensión del mecanismo de tutela objetiva de la trabajadora embarazada en caso de despido, previsto expresamente en el art. 55.5.b) ET, al supuesto del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba. Tesis que, por lo demás, ha sido avalada por el Tribunal Constitucional⁹¹. Ello significa, por cuanto aquí interesa, que es necesario aportar un indicio razonable de móvil discriminatorio para apreciar la nulidad del cese por no superación del período de prueba, lo que exige que la empresa hubiera tenido conocimiento del embarazo antes de extinguir el contrato. En resumidas cuentas, durante el periodo de prueba la trabajadora embarazada no puede ver resuelto su contrato por razón de su embarazo, pues se trataría de un supuesto de discriminación por razón de sexo. No obstante, ello no significa que toda resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante dicho periodo de prueba haya de calificarse como nula si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese produjo por causas razonables y justificadas⁹²

En este estado de las cosas, se aprobó el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que va a

90 Por todas, STS de 18 de abril de 2011 (rec. núm. 2893/2010).

91 Entre otras, SSTC de 21 de julio de 2008 (Rec. núm. 6595/2006); de 18 de mayo de 2009 (Rec. núm. 11224/2006); y de 10 de octubre de 2013 (Rec. núm. 3773/2011).

92 SEMPERE NAVARRO, A. V.: "Sobre la terminación empresarial del contrato durante el periodo de prueba", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2013.

suponer un cambio importante respecto a la situación descrita, al conferir una nueva redacción al art. 14.2, párrafo segundo, del ET, en virtud de la cual: “La resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurran motivos no relacionados con el embarazo o maternidad”.

Pues bien, atendiendo a la nueva redacción de la norma estatutaria, puede afirmarse que el legislador ha querido extender la tutela reforzada del despido nulo objetivo a la resolución del contrato por desistimiento empresarial. Siendo esto así, cuando la empresa decida desistir del contrato durante el período de prueba de una trabajadora embarazada, se abren dos escenarios dependiendo de si tiene conocimiento o no de su estado⁹³: en el primer supuesto, deberá acreditar las causas en que basa su decisión pues, en este caso, juega *ab initio* la tutela reforzada; en el segundo supuesto -desconoce este hecho- procederá al desistimiento ordinario sin acreditación de causa, pero ante una eventual reclamación de nulidad de la trabajadora deberá acreditar, *a posteriori*, las razones por las que no ha superado el período de prueba. Ahora bien, seguimos encontrándonos ante un supuesto de resolución del contrato durante el período de prueba por lo que las causas alegadas pueden perfectamente ser de índole subjetiva; siempre que las mismas, obvio es decirlo, no estén relacionadas con el estado de la trabajadora.

93 LÓPEZ BALAGUER, M.: “VIII. La garantía de los derechos de conciliación”, en AA.VV., *Los derechos de conciliación en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 170-171.

BIBLIOGRAFÍA

BALLESTER PASTOR, M. A.: *El período de prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

BLASCO PELLICER, Á.:

- "La Autonomía individual en el sistema de fuentes de las relación jurídico-laboral", *Aranzadi Social*, núm. 17, 2004.
- *La individualización de las relaciones laborales*, CES, Madrid, 1995.

BORRAJO DACRUZ, E.: "Articulación entre la autonomía individual y colectiva y las normas estatales en la regulación del trabajo: balance y nuevas perspectivas" *Actualidad Laboral*, núm. 3, 1993.

CORDERO SAAVEDRA, L.: *Régimen de trabajo en las Administraciones Públicas*, Laborum, Murcia, 2003.

Del Val Tena, A. L.:

- "La duración período de prueba: límites. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de noviembre de 2003 (AS 2004, 2287)".
- *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1998.

GALLEGU MOLLA, F.: *El período de prueba en el contrato de trabajo. Problemas actuales a la luz de la jurisprudencia y de los convenios colectivos*, Aranzadi, Navarra, 2016.

GÁRATE CASTRO, J.: "Período de prueba", en AA.VV. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* (coord. por GOERLICH PESET, J. M^a), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GARCÍA RUBIO, M. A.: "Artículo 14. Período de Prueba", en AA.VV. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova. Thomson Reuters, Valladolid, 2016.

LÓPEZ BALAGUER, M.: "VIII. La garantía de los derechos de conciliación", en AA.VV., *Los derechos de conciliación en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia.

LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Civitas, Madrid, 2009.

SEMPERE NAVARRO, A. V.: "Sobre la terminación empresarial del contrato durante el período de prueba", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2013.

