

**EL PERÍODO DE PRUEBA DEL CONTRATO DE  
APOYO A LOS EMPRENDEDORES: UN EJEMPLO DE  
VULNERACIÓN DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA**

*Sentencia nº 412/13 del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona,  
de 19 de noviembre de 2013*

MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** El actor había suscrito un contrato indefinido de apoyo de los emprendedores para realizar con la categoría de peón las tareas objeto del contrato consistentes en la recogida de neumáticos del sitio en el que se encontraban y depositarlos en el lugar destinado al reciclado o al de pavimentado. Para el ejercicio de dicha actividad se había pactado un período de prueba de un año. Se da la circunstancia de que el convenio colectivo aplicable a la empresa (convenio colectivo de recuperación de residuos y materias primas secundarias) había fijado para dicha categoría de trabajadores un período de prueba comprendido entre dos semanas y seis meses. Días previos a la finalización del año de prueba establecido en el contrato, la empresa comunica por escrito al trabajador la resolución del vínculo contractual.

**RESUMEN:** El Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona, que viene a conocer el supuesto de hecho planteado como despido improcedente, efectúa un planteamiento novedoso en el análisis del objeto del litigio cuestionándose si la duración del período de prueba de un año, según lo establecido en el contrato y acorde con lo dispuesto en el art. 4.3 del RDL 3/2012 (actualmente art. 4.3 L.3/2012), por el que se regula el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, resulta contrario al Derecho Internacional, concretamente al art. 4.4 de la Carta Social Europea. El órgano juzgador concluye que la norma cuestionada contraviene lo dispuesto en Carta Social Europea apoyando los argumentos de su resolución en el criterio interpretativo del Comité de Derechos Económicos y Sociales contenido en la Decisión de 23 de mayo de 2012, que resuelve la reclamación planteada contra la Ley griega 3899, de 17 de diciembre de 2010 -que amplió el período de prueba de dos a doce meses para las nuevas contrataciones realizadas a cualquier trabajador y sin mediar preaviso ni indemnización-.

\*Profesora Contratada Doctora. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. CONSIDERACIONES SUSTANTIVAS SOBRE EL PERÍODO DE PRUEBA
3. EL PERÍODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES
4. LA DURACIÓN DE UN AÑO DEL PERÍODO DE PRUEBA Y SU COMPATIBILIDAD CON LOS MECANISMOS NACIONALES E INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

## 1. INTRODUCCIÓN

El contrato indefinido de apoyo a los emprendedores ha sido una de las novedades que la reforma laboral de 2012 (RDL 3/2012, de 10 de febrero convertido tras su tramitación parlamentaria en la L.3/2012 de 6 de julio) incorporó a nuestro ordenamiento dentro de un paquete de medidas cuyo común objetivo es el de romper la nefasta dinámica del mercado laboral caracterizada principalmente por la falta de emprendimiento, la elevada destrucción de empleo, la segmentación y la elevada tasa de desempleo juvenil.

En concreto, la nueva figura contractual que sustenta este análisis se presenta como el mecanismo idóneo para incentivar la iniciativa emprendedora, el desarrollo empresarial de PYMES, la creación de empleo joven y la reducción de los niveles de segmentación<sup>1</sup>. Para conseguir tales retos se establece un régimen jurídico semejante al previsto para la contratación indefinida (ET y regulación convencional) -exceptuándose el período de prueba- y se le incorporan una serie de particularidades que, dejando al margen el atrayente aderezo de los incentivos económicos que se le anexan, afectan a varios aspectos como son: el ámbito subjetivo, la duración de la jornada, la forma de expresión de la voluntad contractual de las partes y, sobre todo y como ya hemos avanzado, al pacto que se añade en relación con el período de prueba, aspectos que, brevemente, se recogen en las siguientes líneas:

a) **Ámbito subjetivo:** Una de las singularidades de presenta esta modalidad contractual afecta a los sujetos contratantes de la relación laboral, pues tanto su denominación como la política de incentivos y beneficios previstos para el empresario la orientan principalmente hacia determinados colectivos, lo que, en principio, podría entenderse como un límite a la contratación, de forma que dicha modalidad se concretaría para un determinado ámbito subjetivo. Así, por el lado del empresariado su denominación como contrato “de apoyo a los em-

<sup>1</sup> En opinión de Calvo Gallego, en la prelación de objetivos marcados por la reforma laboral, a través de esta modalidad contractual lo que en realidad se potencia y prioriza es la creación de empleo “utilizando para ello un contrato que durante el primer año, aun siendo formalmente indefinido, no proporciona ninguna estabilidad”. Vid. “Modalidades contractuales, dualidad en el mercado y reformas laborales en el bienio 2010-2012 (II): la Ley 3/2012”, Documentación Laboral nº 95-96, año 2012, Vol. II-III, pág. 135.

prendedores” parece dirigirse sólo a una determinada categoría de empresas, es decir, a empresas de nueva creación pero, en realidad, no es así puesto que no se ha establecido ningún mecanismo que impida su utilización por cualquier otra empresa ya consolidada (como sucede en el caso de autos) y haya o no iniciado una nueva actividad o servicio, es decir, con independencia de la etapa o ciclo de la actividad empresarial en la que se encuentre<sup>2</sup>. Es más lo anterior se confirma si atendemos al concepto amplio que de emprendedor se recoge en el art. 3 de la L.14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización: “Se consideran emprendedores aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta Ley”. El sesgo de esta modalidad viene determinado no porque se realice una actividad emprendedora -aunque así sea su denominación-, sino por el volumen de la plantilla que tenga la empresa, de manera que este modelo contractual sólo puede ser utilizado por empresas que tengan menos de 50 trabajadores –y no hayan efectuado extinciones declaradas improcedentes en los seis meses anteriores a la celebración del contrato-<sup>3</sup>. No obstante lo anterior, si se efectúa una traslación de la restricción citada a los datos reales del tejido empresarial español aportados por la propia norma se puede observar cómo dicha restricción se desborda en sus propios límites, pues tal medida resulta de aplicación al 99,23% de las empresas españolas, es decir, a la casi totalidad del empresariado.

En la contraparte de la relación laboral la reforma laboral pretende situar al trabajador joven. Para ello se recurre a medidas que ya son tradicionales en nuestro ordenamiento laboral -como son la concesión de beneficios económicos al empresariado en forma de deducciones fiscales o bonificaciones socia-

<sup>2</sup> En relación con el concepto de “emprendedor” y su aplicación a la modalidad contractual analizada vid. Calvo Gallego J. y Feria Basilio I.: “El contrato de apoyo al emprendedor y la revitalización del art. 15.5 ET en la Ley 3/2012”, en “Estudios en torno a la reforma laboral de 2012”, Dirs. Emilia Castellano Burguillo e Iluminada Feria Basilio, Edit. Punto Rojo, S.L., págs. 69 a 72; Calvo Gallego J.: “Modalidades contractuales, dualidad en el mercado y reformas laborales en el bienio 2010-2012 (II): la Ley 3/2012”, op.cit., págs.138-141; Aguilar del Castillo M.C.: “La constitucionalidad del período de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores”. [Material gráfico CD: “Constitución española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico”, Monografías de Temas Laborales nº 51, coord. Eva Garrido Pérez]. CARL, 2013.

<sup>3</sup> Este criterio limitativo al uso fraudulento de esta modalidad contractual resulta para Moreno Vida tan restrictivo en su ámbito temporal (seis meses anteriores a la contratación) que permite el uso de la misma a empresarios que hubiesen realizado despidos improcedentes o colectivos en los seis meses anteriores a la contratación y anteriores a la vigencia de la norma, de tal suerte que, según la autora, se establece así una especie de “amnistía” para estos casos. Vid. op.cit. En semejante sentido, Roqueta Buj R.: “Modalidades de contratación: el contrato indefinido de apoyo para emprendedores”. Laleydigital.es, ref. 18649/2012: Relaciones Laborales [en línea]. Nº.23. Sección Monografías (2013). [Consulta: 1 enero 2014]. <http://0.laleydigital.laley.es.fama.us.es/Content/>.

les que se harán efectivas si la contratación se realiza con trabajadores que cumplan determinados perfiles (jóvenes menores de 30 años, desempleados menores de 30 años perceptores de prestación por desempleo, desempleados mayores de 45 años, contratación de mujeres jóvenes o mayores de 45 años en sectores que estén subrepresentadas)- absteniéndose de utilizar otros límites como podría ser la edad de contratación. La consecuencia práctica de ello es que, en puridad, tal limitación subjetiva resulta más formal que real, puesto que si dejamos a un lado el sistema de beneficios económicos, el contrato queda abierto a cualquier trabajador y de cualquier edad.

b) Duración y forma: Como es sabido nuestro ordenamiento laboral diferencia dos tipologías contractuales desde el punto de vista de su duración: los contratos de duración determinada (art. 15ET) y los contratos por tiempo indefinido. Dentro de estos últimos tienen cabida el contrato por tiempo indefinido ordinario y el ahora contrato indefinido de apoyo a los emprendedores cuya pervivencia en el tiempo queda supeditada la consecución de un objetivo de empleo: la reducción de los niveles nacionales de desempleo que deberán situarse por debajo del 15%<sup>4</sup>.

Un aspecto a resaltar de su régimen jurídico ha sido cómo la regulación prevista -tanto en el RDL 3/2012 como posteriormente en la L.3/2012- de la jornada laboral aplicable a este modelo contractual excluyó las contrataciones realizadas a tiempo parcial cuando, precisamente, uno de los efectos pretendidos por la reforma laboral ha sido el fomentar el uso de las contrataciones a tiempo parcial<sup>5</sup>. Esta falta de congruencia entre el efecto pretendido por la reforma con la medida dispuesta ha quedado actualmente superada con el RDL 16/2013, de 20 de diciembre que permite la contratación bajo esta modalidad con jornadas a tiempo parcial con el consecuente disfrute proporcional de los incentivos fiscales que correspondan.

Otro aspecto a destacar sería la exigencia de forma escrita y en modelo oficial para una contratación que se fija con carácter indefinido. Recuérdese que el art. 8 ET consagra la libertad de forma y únicamente prevé esta exigencia de forma para los supuestos de contrataciones temporales allí previstos y

<sup>4</sup> El contrato indefinido de apoyo a los emprendedores viene a sustituir al contrato de fomento de la contratación indefinida que ha sido derogado por la Disposición derogatoria 1 letra "a" del RDL 3/2012 -letra "b" en la L.3/2012-. Recuérdese que la singularidad de esta modalidad contractual por tiempo indefinido se encontraba en los costes de salida de las relaciones laborales vinculados a esta modalidad cuando se declarase un despido objetivo impropio estableciéndose una indemnización reducida de 33 días de salario por año de servicio. Al generalizarse por el RDL 3/2012 la indemnización a 33 días de salario por año de servicio a cualquier modalidad contractual deja de tener sentido el mantenimiento de esta figura contractual.

<sup>5</sup> Esta circunstancia que queda patente en la propia exposición de motivos III que reconoce que "el trabajo a tiempo parcial constituye una de las asignaturas pendientes de nuestro mercado de trabajo" (RDL 3/2012 y L.3/2012).

para –como sucede con esta modalidad- cuando así se exija por disposición legal. Este recurso obligatorio a la forma escrita conecta indirectamente con el aspecto que mayor problema plantea en este contrato –que no está en relación con los requisitos del contrato sino con un pacto que se añade al mismo- y que supedita su existencia a la exigencia de forma escrita: el período de prueba. Y resulta problemático no por el hecho de su incorporación al contrato, sino por la extensión que se le ha dado al mismo –un año-. La ampliación en el tiempo de este pacto que la norma establece como único, sin atención a criterios tales como las características del puesto, la exigencia o preparación profesional del trabajador o el tamaño de la empresa y sin una justificación vinculada al propio fin de la institución ha generado el rechazo unánime de la doctrina laboralista que critica su dilatada extensión por los perniciosos efectos que se derivan de ella<sup>6</sup>.

En resumen, se ha puesto de manifiesto que la formal naturaleza indefinida de la relación contractual se desvirtúa durante su primer año hacia una contratación temporal sin causa, ya que durante dicho período el empresario puede extinguir la relación laboral sin que le sean de aplicación las consecuencias económicas (indemnización) que se vinculan al despido, lo que a dichos efectos prácticos y aún a riesgo de perder los incentivos económicos que se vinculan a dicha modalidad otorgarían al empresario la opción del despido libre, sin causa y sin indemnización –durante el margen temporal de un año-, efectos que quedarían amparados bajo el paraguas formal y legal de esta novedosa y controvertida modalidad contractual<sup>7</sup>. Sobre esta cuestión y en conexión con el caso enjuiciado volveremos enseguida.

<sup>6</sup> Sirvan a título de ejemplo las reacciones de la doctrina laboralista contrarias a esta figura en: Moreno Vida M.N.: "La reforma de la contratación laboral: del nuevo fomento del empleo a través de la precariedad", *Iustel. com: Revista General de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* [en línea]. nº 34 (2013). [Consulta: 1 enero 2014]. <[http://0.iustel.com.fama.us.es/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id=12&numero=34](http://0.iustel.com.fama.us.es/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=12&numero=34)>; Salcedo Beltrán M.C.: "El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional", *Revista de Derecho Social* nº 62, año 2013, págs.96 y 100-101; Calvo Gallego J.: "en: "Modalidades contractuales, dualidad en el mercado y reformas laborales en el bienio 2010-2012 (II): la Ley 3/2012", op.cit., pag. 146; Aguilar del Castillo M.C.: "La constitucionalidad del período de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores", op.cit.; Roqueta Buj R.: "Modalidades de contratación: el contrato indefinido de apoyo para emprendedores" op.cit.; Pérez Rey J.: "El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo", *Revista de Derecho Social* nº 57, año 2012, pag. 51 que lo califica de "híbrido" y "engendro".

<sup>7</sup> Vid. nota anterior.

## 2. CONSIDERACIONES SUSTANTIVAS SOBRE EL PERÍODO DE PRUEBA

Como es sabido el período de prueba es pacto de origen legal y de carácter potestativo para las partes, las cuales deciden acerca de su incorporación o no al contrato de trabajo. Esta voluntariedad queda limitada en determinadas relaciones laborales en las que el pacto probatorio dimana de la propia norma que regula dicha relación contractual estableciendo su necesaria incorporación al vínculo jurídico<sup>8</sup>.

La citada exigencia normativa de incorporar el pacto probatorio en determinadas relaciones laborales, a juicio de un sector doctrinal, también parece desprenderse del régimen jurídico del contrato de apoyo a los emprendedores, pues consideran que la intención del legislador ha sido la de incorporar el pacto con carácter imperativo al contenido contractual, exigencia que también parece deducirse de la versión actual del modelo oficial de contratos indefinidos<sup>9</sup> en cuyo clausulado general se especifica en la nota 12 que los contratos que se acojan a lo dispuesto en el art. 4 de la L.3/2012 el período de prueba será de un año<sup>10</sup>. Ciertamente su regulación (actualmente art. 4.3 L. 3/2012) resulta poco clara y confusa cuando se refiere a su duración que se dice que “será de un año en todo caso”, por lo que tal interpretación resultaría acorde con la intención de flexibilizar la relación laboral durante dicho período dando un amplio margen al empresario para decidir si mantiene o no la relación laboral iniciada —opción que, por otra parte, ha sido en la práctica generalizada por el empresariado como sucede en el caso de autos—. Pero, al mismo tiempo, estaría en contra del tenor literal del propio art. 4.3 de la L.3/2012 que en sus primeras líneas reconduce el período de prueba a la regulación estatutaria -salvo la excepción relativa a la duración del período de prueba- con lo cual una relectura del precepto permitiría interpretar que la voluntariedad de las partes en su fijación queda incólume<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Vid. Ballester Pastor M.A.: “El período de prueba”, Edit. Tirant lo Blach, colección laboral nº 26, Valencia 1995, págs.15-16 en relación con págs. 67 y ss.

<sup>9</sup> Disponible en la página web del SEPE <http://www.sepe.es> en la aplicación “asistente de contratos”.

<sup>10</sup> Vid. Roqueta Buj R.: “Modalidades de contratación: el contrato indefinido de apoyo para emprendedores” op.cit.; Rodríguez-Piñero, M. Valdés Dal-Re, F, y Casas Baamonde M.E.: “La nueva reforma laboral”, Relaciones Laborales nº 5, año 2012, pag. 17, cit. por Baz Rodríguez J.: “El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la flexi-inseguridad”, Revista de Derecho Social nº 59, año 2012, pag. 96. Vid. las distintas interpretaciones posibles en Pérez Rey J.: “El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo”, op.cit., pag.57.

<sup>11</sup> Respecto del carácter potestativo del periodo de prueba fijado en esta modalidad contractual vid. Moreno Vida M.N.: “La reforma de la contratación laboral: del nuevo fomento del empleo a través de la precariedad”, op.cit.; Aguilar del Castillo M.C.: “La constitucionalidad del periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores”, op.cit.

Una vez acordado el pacto probatorio no existe lugar a dudas de que éste solo puede aplicarse coincidiendo en el tiempo con la primera fase de la relación laboral. Ello se debe a su objeto que no es otro que el de otorgar un margen temporal a las partes contratantes para que comprueben su adecuación al negocio jurídico pactado: el empresario puede conocer las aptitudes personales y profesionales de la contraparte y el trabajador puede comprobar si las expectativas sobre la prestación de servicios se cumplen o no. En definitiva, se trata de un tiempo en el que vigente la relación contractual las partes se someten a una “mutua experimentación a través de las correspondientes prestaciones sinalagmáticas”<sup>12</sup>. De esta forma se facilita al empresario la selección de personal dándose al mismo tiempo cumplimiento a la normativa laboral que exige la causalidad en los supuestos de extinción contractual<sup>13</sup>. En palabras del TS y “En términos de gestión de recursos humanos, la función institucional del período de prueba podría formularse así: en lugar o además de la información adquirida por el empresario y el trabajador en los tratos preliminares a la iniciación de la relación laboral, las partes pueden disponer conforme a lo establecido en el artículo 14 ET de un plazo o margen temporal para comprobar sobre el terreno que el contrato concertado satisface sus intereses respectivos. Mediante esta comprobación 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 conclusión”.

A este fin experimental se anuda una doble exigencia: por un lado, que las partes deben de realizar en el transcurso de dicho período las experiencias que constituyan el objeto de la prueba –exigencia que limita el libre desistimiento empresarial si dicha comprobación no tiene lugar, salvo imposibilidad material no imputable a un incumplimiento de las partes-<sup>14</sup>. Por otro, que la duración del citado período se ha de adecuar al fin previsto, siendo la regulación convencional la que mejor puede determinar dichos límites<sup>15</sup>; de ahí, la remisión del legislador en el art. 14 ET a los Convenios Colectivos fijando, en su defecto, unos límites temporales máximos de carácter general variables en función del nivel profesional del trabajador, del tamaño de la empresa y, recientemente

<sup>12</sup> Vid. F.J. nº 4 de la STS 18-4-2011 RJ 2011\5814. No obstante dicho criterio bilateral resulta para Moreno Vida M.N. más formal que real pues, en la práctica, este período favorece al empresario y atiende fundamentalmente a la defensa de sus intereses, puesto que le permite desistirse del contrato sin abonar indemnización alguna. Vid. en: “La reforma de la contratación laboral: del nuevo fomento del empleo a través de la precariedad”, op.cit.

<sup>13</sup> Vid. Ballester Pastor M.A.: “El período de prueba”, op.cit., pag.9.

<sup>14</sup> Vid., F. J. 3 STS 12-12-2012, RJ 2012/9598.

<sup>15</sup> Esta habilitación expresa a la negociación colectiva para fijar la duración del período de prueba fue incorporada al art. 14 del ET por la L.11/1994, de 19 de mayo.

añadido por el RDL 16/2013, de la duración de los contratos temporales<sup>16</sup>. En consecuencia, los límites legales del art. 14.1 ET se aplicarán supletoriamente en defecto de regulación convencional. Será, pues, ésta la facultada por el legislador para poder ampliar o reducir la duración del período de prueba en términos razonables y de forma acorde con su objeto, de manera que aquellos períodos de prueba fijados por convenio colectivo que no cumplan tal rigor serán declarados nulos por los Tribunales -por abusivos e incompatibles con su propia finalidad-<sup>17</sup>.

También se anuda la prohibición de establecer un período de prueba cuando el trabajador haya realizado con anterioridad en la misma empresa las mismas funciones aun cuando hubiese estado vinculado con otra modalidad contractual<sup>18</sup>.

Al objeto de la prueba finalmente se anuda una consecuencia: el libre desistimiento de cualquiera de las partes, de manera que durante el margen temporal que alberga el período probatorio cualquiera de ellas podrá resolver el contrato sin necesidad de ninguna exigencia concreta de forma ni de especificación de la causa que motiva la extinción -pues su motivación es subjetiva- siempre y cuando dicho período no supere los límites legales o convencionales por los que se regule y no se trate de un desistimiento abusivo, discriminatorio o atentatorio a derechos fundamentales<sup>19</sup>. Teniendo en cuenta lo anterior el criterio doctrinal -no unánime- del TS refrendado recientemente por la tampoco unánime STC de 10-10-2013 inadmite la aplicación analógica al período de prueba de la garantía reforzada del art. 55.5.b en los supuestos de trabajadoras embarazadas en caso de despido (art. 55.5.b ET), puesto que las diferen-

<sup>16</sup> El RDL 16/2013, de 20 de diciembre fija en un mes la duración máxima del período de prueba para los contratos de duración determinada no superior a seis meses.

<sup>17</sup> El TS se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre este extremo: “la negociación colectiva no puede magnificarse hasta el extremo de admitir como válidas fórmulas convencionales que pueden resultar incompatibles con la propia finalidad y funciones -que hemos descrito- del instituto del período de prueba, pues una regulación convencional en la que se fije una duración excesivamente dilatada de dicho período, bien puede sugerir -como ha puesto de manifiesto la doctrina científica- que se esté dando amparo a un resultado que, en la práctica, puede asemejarse a la funcionalidad real de los contratos temporales, lo que podría encubrir situaciones de fraude de ley al poder utilizarse para enmascarar unos fines no queridos por el citado precepto estatutario. Dichas cláusulas son radicalmente nulas por contrarias a la ley y al orden público social” (STS 20-7-2011 RJ\2011\6680). Vid. un comentario de la misma en Todolí Signes a.:” Glosa judicial. Límites a la duración del período de prueba (Comentario a la STS de 20 de julio de 2011. Rec. Ud. 152/2010), Actualidad Laboral nº 4, Quincena del 16 al 29 de febrero, 2012, Tomo I. (publicado en [laleydigital.es](http://laleydigital.es)).

<sup>18</sup> Dicha prohibición no figuraba en el texto del art. 4 del RDL 3/2012, sino que se ha incorporado en la L.3/2012.

<sup>19</sup> Vid. STS de 20-4-2007 R.J\2007\3193; STS de 12-12-2008 R.J\ 2009\257; STS de 6-2-2008 RJ \2008\665; STS de 14-5-2009 RJ\2009\257; STS de 23-11-2009 RJ\2009\7761; STS de 18-4-2011 RJ\2011\5814; STS de 12-12-2012 RJ\2012\9598.

cias entre ambas instituciones (período de prueba y despido) son sustanciales: “mientras que en el despido (tanto disciplinario como por causas objetivas) la ley exige requisitos de forma (por escrito y con expresión de la causa) y cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la decisión extintiva, en cambio, en el desistimiento empresarial durante el período de prueba no existen requisitos formales (pudiendo incluso ser verbal y sin exteriorización de la causa). En definitiva, el período de prueba supone una clara atenuación del principio de prohibición de la libre extinción del contrato, si bien, como es obvio, esa facultad de desistimiento empresarial vigente el período de prueba (art. 14 LET) no es omnímoda para el empresario, pues en ningún caso podrá dar lugar a que se produzcan «resultados inconstitucionales»<sup>20</sup>. Así las cosas, la nulidad de la decisión extintiva durante la fase probatoria solo sería aplicable a dicho período cuando se acreditasen indicios de discriminación -circunstancia que no tiene lugar cuando la empresa desconoce el estado de gestación de la trabajadora-. Sentado lo anterior, el empresario, como titular del derecho a la libertad de empresa es el que decide libremente si conviene a su interés contractual mantener o no la relación laboral en período de prueba; y de ahí que la resolución de la prueba durante su período de vigencia no quede sujeta, por imperativo legal, a requisitos causales ni formales<sup>21</sup>.

### **3. EL PERÍODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES**

En el caso de autos el trabajador había suscrito con una empresa, que no es de nueva creación sino consolidada en el tejido empresarial español, un contrato de trabajo indefinido en la modalidad de apoyo a los emprendedores para realizar, con la categoría de peón, las funciones que se describen en el relato fáctico de la sentencia comentada: “coger los neumáticos de lugar en que se encontraban y dejarlos en el montón destinado al reciclado o en el de pavimentado”. A tales fines, y siguiendo lo dispuesto en el art. 4.3 del RDL 4/2012 - hoy art.4.3 de la L.3/2012-, se fijó un período de prueba de un año. Se da la circunstancia que el convenio colectivo aplicable a la empresa demandada estableció un período de prueba para la categoría profesional del trabajador de dos semanas, ampliables a seis meses. La dificultad de determinar cuál es la regulación aplicable cuando se da un supuesto como en el del caso de autos en el que confluyen dos períodos de prueba distintos (el período de prueba de un año que fija la norma que regula el contrato de apoyo a los emprendedores y un período de prueba inferior establecido por el convenio colectivo atendiendo

<sup>20</sup> Vid. F.J. nº 4 STC 10-10-2013 RTC\2013\173 siguiendo a la STS 18-4-2011 RJ\2011\5814.

<sup>21</sup> Por todas STS 12-12-2012, RJ\2012\9598.

a la categoría profesional del trabajador) ha planteado dudas doctrinales en relación a la posible aplicación a dicha modalidad contractual de un período de prueba inferior cuando éste se encuentra regulado en convenio colectivo<sup>22</sup>. En el caso de autos entiende la juzgadora que al haberse suscrito el vínculo laboral bajo esta nueva modalidad contractual cuyo régimen jurídico establece en un año la duración del pacto de prueba resulta, en principio, inaplicable lo dispuesto en el art. 14.1 ET en el que se establece que será la norma convencional –y en su defecto el ET- el referente normativo que establezca el límite temporal al período de prueba. En virtud del principio de jerarquía normativa será pues el art. 4.3 del RDL 3/2012 el que sirva de referente al caso enjuiciado. No obstante lo anterior, y antes de emitir un pronunciamiento definitivo sobre el objeto del litigio la jueza aborda otra cuestión ahora centrada ya en el precepto que sirve de referencia al caso de autos (art. 4.3 RDL 3/2012), en concreto, en su contenido planteándose si la extensión y única duración del período de prueba resulta compatible con determinados mecanismos de protección internacional de los derechos de los trabajadores, como lo es la Carta Social Europea.

#### **4. LA DURACIÓN DE UN AÑO DEL PERÍODO DE PRUEBA Y SU COMPATIBILIDAD CON LOS MECANISMOS NACIONALES E INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES**

Como ya se ha puesto de manifiesto en líneas precedentes la problemática principal que suscita el contrato de apoyo a los emprendedores es la referida a la extensión uniforme del período de prueba elevada a un año, sin que la duración de dicho período atienda a ningún criterio de puesto de trabajo, de cualificación profesional o característica de la empresa que lo justifique, salvo la implícita necesidad de creación de empleo. La consecuencia que se deriva de lo anterior es la anulación de la esencia material del pacto probatorio –que el empresario pueda comprobar la aptitud profesional y adaptación del trabajador al puesto de trabajo y que el trabajador compruebe si el trabajo cumple sus expectativas- vaciando la institución de su contenido material que se suple

<sup>22</sup> En relación a esta cuestión vid. Salcedo Beltrán M.C.: “El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional”, op.cit., pag. 102. Para Calvo Gallego la expresión “en todo caso” aplicable al período de prueba de un año “parece destinada a evitar cualquier otra duración alternativa –fundamentalmente la que quisiera establecerse por parte de la negociación colectiva- al mismo tiempo que hace inaplicable la jurisprudencia que durante estos últimos años ha intentado reducir las extralimitaciones de ciertos convenios en relación con la duración del período de prueba para actividades de escasa complejidad, independencia, autonomía o exigencia de titulación”. Vid. en: Modalidades contractuales, dualidad en el mercado y reformas laborales en el bienio 2010-2012 (II): la Ley 3/2012”, op.cit., pag. 145.

con otra finalidad radicalmente diferente: de política de empleo. La pretensión implícita de atraer al empresariado hacia el uso de esta modalidad contractual por la flexibilidad que el pacto incorpora al otorgarle el margen de una anualidad para comprobar si puede/quiere/ o le interesa o no mantener el empleo dispensándole durante dicho margen temporal de las exigencias frente al despido injustificado comporta el uso perverso del referido período de prueba -que formalmente se dice que es de prueba, pero que en realidad no lo es, o al menos en los términos en los que hasta ahora se concebía dicho pacto- permitiendo al empresariado el libre desistimiento sin justa causa durante el extenso y excesivo período de un año con los consiguientes efectos reductores sobre las garantías de protección al empleo.

De lo anterior deriva que se haya puesto en cuestión la constitucionalidad de la medida desde distintos ámbitos. A nivel científico, son muchos los autores que han incidido en la afectación de derechos constitucionales como el derecho al trabajo (art. 35.1 Constitución) en cuanto al derecho del trabajador a no ser despedido sin justa causa o el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 Constitución) al limitar el control judicial sobre la decisión empresarial resolutoria durante dicha anualidad<sup>23</sup>. También se ha cuestionado si la limitación del derecho del trabajo que implica el uso de dicha medida supera el tripe test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad; o dicho en otros términos, si la medida en sí consigue el fin propuesto (idoneidad), si es necesaria por no existir otra de afectación menor (necesidad) y si se adecua al objeto de protección por derivarse de la misma mayores beneficios que perjuicios sobre el interés general (proporcionalidad)<sup>24</sup>.

En otro nivel, esta vez, político también se ha cuestionado su constitucionalidad encontrándose, actualmente, en fase de resolución por parte del Tribunal Constitucional el recurso de inconstitucionalidad planteado por diversas fuerzas políticas por posible vulneración de los arts. 35.1, 37.1 y 24.1 todos de la Constitución<sup>25</sup>.

Pero dicha medida no sólo ha provocado un choque frontal con las exigencias que se derivan de la Carta Magna, sino también con los compromisos

<sup>23</sup> Moreno Vida M.N.: "La reforma de la contratación laboral: del nuevo fomento del empleo a través de la precariedad", op.cit.; Aguilar del Castillo M.C.: "La constitucionalidad del período de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores", op.cit.; Moreno Gené J.: "La inconstitucionalidad del período de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores", comunicación presentada a las XXIV Jornadas Catalanas de Derecho Social 21-22 febrero de 2013, págs.15-18; Pérez Rey J.: "El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo", op.cit., págs. 60-64; Baz Rodríguez J.: "El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la flexi-inseguridad", op.cit., págs.103-106.

<sup>24</sup> Vid Calvo Gallego J.: Modalidades contractuales, dualidad en el mercado y reformas laborales en el bienio 2010-2012 (II): la Ley 3/2012", op.cit., págs. 147-148.

<sup>25</sup> El recurso de inconstitucional, actualmente en trámite, fue presentado el 4-10-2012 por el Grupo Parlamentario Socialista y Diputados de los Grupos IU ICV- EiUA e Izquierda Plural.

internacionales suscritos por España en diferentes Textos (Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Convenio nº 158 OIT, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Carta Social Europea, Recomendación nº 166 de la OIT) que impiden el despido sin causa y que también han sido puestos de manifiesto por la doctrina<sup>26</sup>.

La situación descrita en el litigio tiene como precedente de derecho comparado la aplicación directa por parte de los tribunales franceses del Convenio nº 158 de la OIT en un proceso de despido presentado por una trabajadora contra el polémico “contrat du travail des nouvelles embauches” establecido en la Ordenanza 2005-893, de 2 de agosto<sup>27</sup>. En resumen, la Sentencia del Tribunal de Apelación francés –confirmada posteriormente por el Tribunal Supremo– aplica directamente al caso el Derecho internacional (art. 4 del Convenio nº 158 OIT) y en base al mismo resuelve a favor de la trabajadora reconociendo que el período de consolidación de la modalidad contractual citada –equiparable al período de prueba– durante el cual se permite la resolución contractual sin que el juez pueda examinar el carácter “real y serio” del despido vulnera el art. 4 del Convenio nº 158 OIT. Tampoco resulta “razonable” su duración de dos años, por lo que no puede serle de aplicación el art. 2 de la citada norma internacional que permitiría a los Estados firmantes excluir de la aplicación del Convenio a “los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable”<sup>28</sup>.

También la propia OIT tuvo la ocasión de pronunciarse sobre período de suspensión establecido en el “contrat de nouvelles embauches” en respuesta a la reclamación sindical presentada contra él por supuesta vulneración del Convenio nº 158 OIT y de la Recomendación nº 166. En su resolución el Comité

<sup>26</sup> Moreno Vida M.N.: “La reforma de la contratación laboral: del nuevo fomento del empleo a través de la precariedad”, op.cit.; Salcedo Beltrán M.C.: “El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional”, op.cit., págs. 103 y ss; Pérez Rey J.: “El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo”, op.cit., págs. 60; Roqueta Buj R.: “Modalidades de contratación: el contrato indefinido de apoyo para emprendedores” op.cit.; Baz Rodríguez J.: “El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la flexi-inseguridad”, op.cit., págs.98-102 y 107-108.

<sup>27</sup> Dicho contrato permitía a las empresas de hasta 20 trabajadores –salvo en determinadas actividades estacionales o de carácter temporal– poder utilizar este contrato indefinido en el que se establecía un período llamado de “consolidación” de dos años durante el cual el trabajador podía ser despedido mediando preaviso y con una indemnización inferior a la estipulada con carácter general, sin necesidad de que el empresario tuviese que alegar justa causa.

<sup>28</sup> Vid. Salcedo Beltrán M.C.: “El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional”, op.cit., págs. 106-113; Moreno Vida M.N.: “La reforma de la contratación laboral: del nuevo fomento del empleo a través de la precariedad”, op.cit.; Baz Rodríguez J.: “El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la flexi-inseguridad”, op.cit., págs. 99-100.

de la OIT consideró que el establecimiento de un período excesivamente largo podría privar a los trabajadores de la protección prevista en el Convenio<sup>29</sup>.

En el caso de autos la juzgadora no se plantea la constitucionalidad del art. 4.3 RDL 3/2012 sino que va más allá del derecho nacional y, al igual que hizo el Tribunal de Apelación francés trajo al caso de autos el derecho internacional como criterio hermenéutico. Pero a diferencia de aquél la jueza no efectúa su análisis en la compatibilidad o no del precepto cuestionado con el Convenio n° 158 OIT sino con otro instrumento internacional: la Carta Social Europea. En concreto, se plantea si la aplicación del art. 4.3 del RDL 3/2012 resultaba contrario a la Carta Social Europea (1961) ratificada por España por Instrumento de 29-4-1980 tal y como sostuvo la defensa del trabajador en el trámite procesal de las conclusiones<sup>30</sup>. En su argumentación parte la jueza del valor que la Carta Social posee en nuestro derecho interno; es decir, un instrumento internacional que dimana del Consejo de Europa con la finalidad de garantizar los derechos sociales en ella suscritos al objeto de mejorar el nivel de vida y promover el bienestar social de los ciudadanos. Tras ser ratificado por España la Carta se integró en el ordenamiento jurídico español situándose por encima de la Ley nacional y con el mismo valor vinculante que los tratados de la Unión Europea (arts. 10.2 y 96.1 Constitución). De la correcta interpretación y cumplimiento de sus preceptos se encarga el Comité Europeo de Derechos Sociales cuyas decisiones se emiten en forma de Conclusiones (en respuesta a los informes anuales emitidos por los Estados firmantes) o de Decisiones, (en respuesta a reclamaciones colectivas presentadas por las organizaciones habilitadas al efecto). En consecuencia, tanto la Carta como las Decisiones emitidas por el Comité Europeo de Derechos Sociales son vinculantes para los órganos jurisdiccionales nacionales, de manera que ambas pueden ser invocadas por los particulares en defensa de los derechos en ellas incluidos. De igual modo, los órganos jurisdiccionales pueden fundar sus resoluciones atendiendo a los derechos que en ella se reconocen y a las Decisiones adoptadas por el Comité Europeo de Derechos Sociales respecto del incumplimiento de alguno de sus preceptos por la legislación de algún Estado firmante.

Partiendo de tales razonamientos para resolver el asunto objeto de debate y por la identidad sustancial existente con el mismo la juzgadora trae al caso de autos la Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales de 23 de mayo de 2012 (reclamación 65) adoptada por unanimidad por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 5-2-2013 (Resolución CM/ResChS (2013) 2). La De-

<sup>29</sup> Vid. Salcedo Beltrán M.C.: "El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional", *op.cit.*, págs. 106-113.

<sup>30</sup> Hay que aclarar que España no ha ratificado la última revisión de la Carta Social Europea llevada a cabo el 3-5-1996 ni el Protocolo de 1995 por el que se permiten a los Estados firmantes la presentación de reclamaciones colectivas.

cisión tiene su origen en la reclamación colectiva (conforme al art. 1 del Protocolo Adicional de la Carta de 1995) planteada por la Federación General de trabajadores de la empresa nacional de energía eléctrica (GENOP-DEI) y la Confederación de Sindicatos de Funcionarios Griegos (ADEDY) en relación al art. 17.5 de la Ley 3899 de 17-12-2010 de Grecia que estableció una ampliación del período de prueba de dos a doce meses para todos los trabajadores sin diferenciación de la cualificación profesional o nivel de especialización en el trabajo para el que son contratados. Durante su vigencia la empresa tenía la opción de rescindir la relación laboral sin previo aviso y sin tener que abonar indemnización alguna al trabajador, salvo que existiera pacto expreso entre las partes contratantes. Las organizaciones reclamantes entendieron que el referido precepto vulneraba el art. 4.4 (Parte II) de la Carta que establece que se reconoce a todos los trabajadores el derecho a un plazo de preaviso en caso de terminación del empleo.

Hay que hacer constar que en esta modificación que efectuó el estado griego en el precepto objeto de la reclamación es respuesta a las exigencias impuestas por la propia UE para solventar su difícil situación económica y que ha supuesto la adopción de medidas muy restrictivas de los derechos de los trabajadores. Prueba de lo anterior es la Decisión 2010/320/UE del Consejo de 8 de junio de 2010 dirigida a Grecia en la que se le advirtió del cumplimiento de un paquete de medidas para reducir su excesivo déficit público; entre ellas, la reforma de la normativa de empleo que, entre otros aspectos objeto de modificación, debía de ampliar el período de prueba a un año en las nuevas contrataciones, medida que se reitera como necesaria en la Decisión 2011/734/UE del Consejo de 12 de julio de 2011<sup>31</sup>.

Para las organizaciones sindicales la medida impuesta por el art. 17.5 de la ley griega vulnera el art. 4.4 del Carta Social Europea. Argumentaron que:

- La duración del período de prueba debe estar en función de la cualificación profesional que tenga el trabajador no pudiendo establecerse un período de prueba uniforme para todos los trabajadores.
- La duración establecida por el art. 17.5 de la ley griega va contra el principio de proporcionalidad que encuentra su reconocimiento en la Carta Europea de los Derechos del Hombre y en las resoluciones del TJUE.
- Todo trabajador tiene derecho a un plazo razonable de preaviso cuando el empresario va a dar por finalizada la relación laboral.

En cambio, para el Estado griego el preaviso no se aplica cuando el trabajador está en período de prueba considerando razonable el plazo de prueba de un año.

<sup>31</sup> Vid. Salcedo Beltrán M.C.: "El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional", op.cit., pag.114.

La reclamación en cuestión fue resuelta por el Comité Europeo de Derechos Sociales en base a las siguientes consideraciones:

- a) Respecto del derecho a la notificación razonable: entiende el Comité que el ejercicio de este derecho ha de ser aplicado a cualquier trabajador con independencia de su categoría y régimen de contratación inclusive durante el período de prueba. Se trata, pues, de un derecho que ha de ser garantizado por la legislación nacional para que ningún trabajador quede desprotegido. Aun cuando el Comité ni ha definido el concepto de notificación razonable ni se ha pronunciado sobre la función del preaviso o de la indemnización, por cuanto que se tratan de aspectos que han de ser valorados caso por caso considera el Comité que el principal criterio a tener en cuenta es la duración del servicio. Para clarificar la cuestión el Comité considera que, a modo de ejemplo, un período de preaviso inferior a un mes después de un año de trabajo resulta contrario a la Carta.
- b) Respecto del objetivo o finalidad del preaviso: es decir, que el trabajador disponga de un margen de tiempo para buscar otro empleo mientras se encuentra percibiendo su salario siendo aceptable por el Comité que en defecto de preaviso el trabajador sea resarcido con una cuantía equivalente al salario a percibir por el trabajador durante dicho período. En consecuencia, la falta grave por parte del trabajador sería la única causa admisible que justificaría un despido inmediato.
- c) Respecto de la extensión del período de prueba: aún cuando el Comité no se ha pronunciado específicamente sobre el período de prueba entiende que, en cualquier caso, su duración ha de estar en relación con las condiciones requeridas para el mismo o con las circunstancias en que la ampliación del mismo se pueda considerar como aceptable. El período de prueba permite al empresario verificar si las cualificaciones y aptitudes del trabajador se corresponden con las exigencias del puesto de trabajo que ocupa pero, en ningún caso, debe interpretarse de manera tan amplia ni utilizar un período excesivamente largo que priven al trabajador de las garantías previstas en materia de preaviso e indemnización.

Por lo anteriormente expuesto el Comité interpreta que el art. 17.5 de la ley griega, que no prevé plazo de preaviso ni indemnización por finalización de contrato en los supuestos en que un contrato de trabajo indefinido se acabe durante el período de un año constituye una violación del art. 4.4 de la Carta Social Europea.

Tomando como base la Decisión del Comité y atendiendo a la identidad sustancial con el caso de autos (contrato indefinido con período de prueba de un año en el que no se ha pactado ni indemnización ni plazo de preaviso) la

Juzgadora aplica directamente el derecho internacional y concluye que el art. 4.3 del RDL 3/2012 –hoy art. 4.3 de la L.3/2012- vulnera el art. 4.4 de la Carta Social Europea sin que sea posible entender como razonable un período de prueba de un año en el supuesto de autos, pues las funciones del trabajador (peón) consistían en llevar neumáticos de un sitio para otro, tarea para la que no se requiere un período de prueba tan extenso para que el empresario evalúe sus capacidades en atención a dicho trabajo.

Siguiendo la introducción general a las Conclusiones XIX-2 (2009) del Comité que en relación a las repercusiones económicas de la crisis sobre los derechos sociales la juzgadora reconoce que el RDL 3/2012 ha sido dictado en una situación de crisis económica y es precisamente durante dicha circunstancia cuando los derechos de los trabajadores se vuelven más vulnerables y, por ello, no deben quedar desprotegidos. En consecuencia, los Gobiernos están obligados a adoptar las medidas necesarias para garantizar que los derechos de la Carta queden especialmente garantizados en un momento que como el actual de crisis económica, la necesidad de protección se hace sentir más. Pero, a mayor abundamiento si cabe, la juzgadora considera que el art. 4.3 RDL 3/2012, también es contrario a la norma nacional en materia de contratación temporal (art. 15 ET) “puesto que, a través del contrato de emprendedores con un período de prueba de un año, durante el cual el empleador puede dar por finalizado el contrato sin preaviso ni indemnización, se excluye la aplicación del art. 15 ET, en el que siempre se exige una causa para la contratación temporal. El RD Ley convierte al contrato de emprendedores en un contrato temporal carente de causa, algo prohibido en nuestro ordenamiento jurídico”.

Por todo ello la juzgadora, considerando que el art. 4.3 del RDL 3/2012 vulnera lo dispuesto en la Carta Social Europea, -instrumento que sirve de criterio hermenéutico válido para la interpretación del contenido y alcance de los derechos y libertades constitucionales y siendo posible la aplicación directa de los tratados internacionales o las interpretaciones emanadas de los órganos que los supervisan por parte de los órganos jurisdiccionales- resuelve de forma contraria a lo establecido en dicho precepto concluyendo que “el apartado 4.3 del RD Ley no puede ser aplicado por contravenir una norma de rango superior, el art. 4.4 de la Carta, pues no fija ni preaviso ni indemnización por finalización de un contrato indefinido dentro del período de prueba de un año, plazo que es excesivo y carente de causa, y en consecuencia, lo que debe aplicarse es el ET, que remite al Convenio colectivo de aplicación en la materia”.

Sin lugar a dudas las consecuencias del contenido de la resolución comentada resultan trascendentales para la viabilidad futura de una modalidad contractual que como esta centra su reclamo principal en la flexibilidad que se le otorga al empresariado al poder utilizar el margen de una anualidad del período de prueba para decidir o no el mantenimiento de la relación laboral sin

consecuencia alguna. La línea interpretativa que inicia esta sentencia al dejar de aplicar el art. 4.3 del RDL 3/2012 (actualmente art. 4.3 de la L.3/2012) en lo que respecta a la duración del período de prueba en beneficio de lo dispuesto en la norma convencional, tal y como establece el art. 14 .1 ET comporta la nulidad parcial de la cláusula probatoria así pactada dejando expedita la vía a la reclamación por despido improcedente cuando el trabajador contratado bajo esta modalidad de apoyo a los emprendedores vea resuelta su relación laboral antes de finalizar el período de prueba de un año y la actividad para la que fue contratado tenga establecida por convenio colectivo un período de prueba inferior. En consecuencia con lo anterior, resultaría ajustada a derecho la resolución de una relación laboral –por desistimiento empresarial- de un trabajador contratado a través de esta modalidad de apoyo a los emprendedores si dicha resolución, aún habiéndose estipulado el plazo de una anualidad, se produce dentro de los márgenes establecidos en el convenio colectivo de aplicación<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Es el caso debatido en la STSJ de Cataluña de 6-6-2013 rec. n° 1868/2013. Se trataba de un trabajador con la categoría de fregaplatos que suscribió con la empresa un contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores fijándose un período de prueba de un año y cuya relación fue resuelta por la empresa antes de expirar el plazo máximo de 45 días establecido para el período de prueba por el convenio colectivo de aplicación. La Sala desestima el recurso de suplicación por despido improcedente planteado por el actor puesto que “al margen de que, ciertamente, la duración del período de prueba en estos contratos haya sido objeto de recurso de inconstitucionalidad, pues el plazo de un año parece excesivo si con ello se pretende conocer y valorar la aptitud de las partes y aún lo es más si tenemos en cuenta que no se aplica en función de la dificultad o especialización técnica de la actividad, sino de manera lineal, introduciendo deliberadamente un importante elemento de precarización en el empleo y en el carácter tuitivo que constitucionalmente se deriva del derecho al trabajo, y que tiene mucho que ver con el derecho a no ver extinguido su contrato sin justa causa, lo cierto es que, en el presente caso, al margen de la duración pactada de un año, el empresario desistió del contrato, por no superación del período de prueba por el hoy recurrente, antes del transcurso de 45 días desde su suscripción, por lo que no resulta decisivo para la decisión del pleito que el plazo legal precitado de una año pueda resultar, o no, ajustado a la legalidad constitucional, pues en cualquier caso no se habría vulnerado aquí el régimen general sobre el período de prueba previsto en el artículo 14 ET y en el convenio colectivo de aplicación, que establece, para la categoría profesional del actor, un período de prueba de 45 días. Por lo que no puede sostenerse que el libre desistimiento del contrato por el empresario carezca de amparo legal y convencional, ni que la decisión empresarial extintiva entrañe abuso de derecho, pues se ejercita antes incluso de transcurrir el plazo máximo de duración del período de prueba previsto en el convenio colectivo del sector”.