

# Una revisión del concepto de periodo de prueba frente a la nueva doctrina del Tribunal Constitucional

*Trial period: incorrect name in the indefinite contract  
of support for entrepreneurs*

**Dra. Rebeca Karina APARICIO ALDANA**  
Universidad Rey Juan Carlos  
Madrid

**Resumen:** El presente artículo tiene la intención de analizar, en profundidad, el periodo de prueba del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores regulado en el artículo 4.3 de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, teniendo en cuenta las recientes sentencias del Tribunal Constitucional al respecto: n° 119/2014, de 16 de julio, n° 8/2015, de 22 de enero y n° 140/2015, de 22 de junio de 2015 con el fin de identificar su real naturaleza y fines, y, desde una posición crítica, determinar si efectivamente es sostenible el carácter de precepto constitucional que a través de estas resoluciones se le ha otorgado.

**Abstract:** This article intends to analyze in depth the test period ended contract to support entrepreneurs governed by Article 4.3 of Law 3/2012 on urgent measures to reform the labor market, taking into account the recent judgments of the Constitutional Court about: n° 119/2014, of July 16, n° 8/2015 of January 22 and n° 140/2015 of June 22 in order to identify its true nature and purpose, and from a critical position, whether it is indeed sustainable the character of constitutional provision through these resolutions has been granted.

**Palabras claves:** Derecho del Trabajo, periodo de prueba, despido sin causa.

**Keywords:** Labor law, trial period, dismissal without cause.

**Sumario:****I. Sobre el contrato de apoyo a los emprendedores.****II. Contenido de las sentencias.**

2.1. *STC 119/20014, de de 16 de julio.*

2.2. *STC 8/2015, de 22 de enero.*

2.3. *STC 140/2015, de 22 de junio de 2015*

**III. Análisis de la sentencia.**

3.1. *Sobre el contenido del derecho del trabajo y su armonización con el periodo de prueba.*

3.2. *La nueva finalidad del periodo de prueba y derecho fundamental al trabajo.*

3.3. *Los otros derechos fundamentales en discusión: no discriminación, negociación colectiva y tutela judicial efectiva.*

3.4. *Las razones de la regulación y test de proporcionalidad.*

**IV. Sobre el voto particular.**

**Recibido: octubre 2015.**

**Aceptado: diciembre 2015.**

## **I. SOBRE EL CONTRATO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES**

Los altos índices de desempleo en España, sobre todo entre los jóvenes, obligan a los poderes públicos a generar nuevas alternativas para la generación de puestos de trabajo. Con esta finalidad, la última reforma laboral contenida en la Ley 3/2012, de 6 de julio, crea el contrato de trabajo a tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores que, en teoría, tiene como objetivo permitir a las pequeñas empresas, de menos de cincuenta empleados, contratar por tiempo indefinido y a tiempo completo a nuevos trabajadores contando con premios fiscales y de seguridad social y «gozando» de la posibilidad de someter a sus trabajadores a un periodo de prueba de un año «en todo caso» teniendo derecho a extinguir unilateralmente el contrato de trabajo, sin necesidad de preaviso, forma o indemnización.

Esta norma dispone como condición, para que el empresario pueda acceder a los incentivos que propone este contrato, mantener en el empleo al trabajador contratado al menos tres años, desde la fecha de inicio de la relación laboral; conservar, durante al menos un año desde la celebración del contrato, el nivel de empleo por esta fórmula contractual y no haber realizado extinciones improcedentes en los seis meses anteriores a la celebración del contrato. En caso de incumplimiento de estas obligaciones se deberá proceder al reintegro de los incentivos.

## **II. CONTENIDO DE LAS SENTENCIAS**

### *2.1. STC 119/20014, de 16 de julio*

El Parlamento de Navarra interpone recurso de inconstitucionalidad, el 5 de octubre de 2012, cuestionando el periodo de prueba de este nuevo contrato al entender que dicho precepto otorga al periodo de prueba un plazo irrazonable e injustificado, a la vista del Convenio 158 de la OIT, lo que permite al empresario resolver libremente durante su transcurso, el contrato de trabajo sin causa y sin obligación de indemnizar al trabajador, lo que rompería el principio de causalidad en la extinción contractual por voluntad del empresario o, en su caso, la exigencia de una reacción adecuada frente al despido.

El Tribunal Constitucional en su sentencia de 16 de julio de 2014<sup>1</sup> resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra. Este Alto Tribunal, en principio, resta importancia a los argumentos referidos a si el periodo de prueba del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores responde o no a la naturaleza o finalidad de esta figura jurídica, o, si por el contrario, esta previsión normativa supone una desnaturalización de lo contenido en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, pues considera que tal debate es ajeno al control de la constitucionalidad que, como máximo intérprete de la Constitución, le corresponde realizar, pues el periodo de prueba no constituye una institución expresamente prevista y regulada en el texto constitucional, su configuración, continúa el Tribunal, es legal, por lo que la determinación de su contenido corresponde al legislador ordinario; con el límite que la regulación de esta u otras instituciones laborales no contravengan las exigencias constitucionales. Por lo tanto, afirma, lo único relevante a efectos de resolver el recurso es determinar si el periodo de prueba del contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores vulnera o no el derecho constitucional al trabajo, así como el resto de los preceptos constitucionales invocados por el recurrente.

Luego de efectuada esta precisión, el Tribunal delimita el contenido del derecho al trabajo, señalando que en su vertiente individual, este derecho se concreta en la continuidad y estabilidad en el empleo, es decir, en no ser despedido sin justa causa, así como en la existencia de una reacción adecuada contra el despido o cese, cuya configuración, en la definición de sus técnicas y alcance, se difiere al legislador.

Sin embargo, precisa que el problema planteado no es de causalidad del despido, ni de la existencia de una reacción adecuada frente a la extinción de la relación laboral por el empleador sin causa; pues el desistimiento del periodo de prueba no constituye un despido, sino la plasmación, a través de una declaración de voluntad, de una condición resolutoria positiva y potestativa expresamente asumida por las partes en el momento de la suscripción del contrato.

Por otro lado recalca que el derecho al trabajo no es absoluto e incondicional, sino que puede quedar sujeto a restricciones justificadas, en atención a la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela. El derecho al trabajo, entonces, puede entrar en conflicto con otros bienes y derechos constitucionales, lo que podría, por causas justificadas y proporcionadas admitir ciertas restricciones en su reconocimiento.

---

<sup>1</sup> STC, de 16 de julio de 2014 (RTC 2014\119).

Por lo que ahora interesa, señala el Tribunal, el derecho al trabajo puede entrar en conflicto con el derecho constitucional a la libertad de empresa y con el mandato a los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio, y la defensa de la productividad. Así, las exigencias derivadas del artículo 38 de la Constitución pueden legitimar el reconocimiento legal en favor del empresario de determinadas facultades de extinción del contrato de trabajo integradas en los poderes de gestión de la empresa, entre las cuales se encuentra la regulación de un periodo de prueba, en cuyo transcurso cualquiera de las partes (empresario y trabajador) puedan proceder a la resolución contractual, constituyéndose en una excepción al carácter causal de la extinción unilateral por parte del empleador de la relación laboral.

Además, continúa el Tribunal, el derecho al trabajo tiene una dimensión colectiva que se configura en el artículo 40.1 de la Constitución Española y que dirige a los poderes públicos a llevar a cabo una política orientada al pleno empleo; y, es en atención a este objetivo que, según el Tribunal, se legitiman determinadas restricciones en la vertiente individual de este derecho, siempre que con ellas se asegure oportunidades de trabajo a la población en paro, por lo que no puede suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo.

A partir de estos presupuestos, el Tribunal procede a valorar específicamente si las restricciones al derecho al trabajo que se producen, en virtud del artículo 4.3 de la Ley 3/2012, al disponer de la duración del periodo de prueba en el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, de un año «en todo caso», encuentra una justificación razonable y proporcionada, en atención a la preservación de otros derechos y bienes constitucionales.

Para ello, el Tribunal se ubica en contexto señalando que el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores es de aplicación en aquellas Pymes de cincuenta o menos trabajadores que constituyen el 99.23% de las empresas españolas, pues son estas las sufren con mayor intensidad las consecuencias negativas de la crisis económica.

La introducción del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores y del régimen jurídico que lo acompaña, como, por ejemplo, el periodo de prueba de un año, constituyen para el Tribunal una nueva actuación del legislador sobre la duración de la contratación laboral y la estabilidad en el puesto de trabajo, en tanto pretende dar una respuesta adecuada a una situación grave de paro con un total aproximado de 5273600 de personas.

En este orden de ideas, según la sentencia, el objeto de lo establecido en la Ley 3/2012 es el fomento de la contratación indefinida y la creación de

empleo estable por empresas de menos de cincuenta trabajadores, dentro de esta difícil etapa de elevado desempleo, más aún cuando tal finalidad se confirma por el carácter temporal y coyuntural de la existencia de estos contratos que sólo podrán celebrarse hasta el momento en que la tasa de paro en España se sitúe por debajo del 15%.

Por ello se presenta como un instrumento atractivo para el empresario, al otorgarle determinados incentivos fiscales para fomentar la contratación de personal como beneficios fiscales y bonificaciones en las cuotas empresariales a la seguridad social por la contratación de determinados colectivos, con especiales dificultades de acceso al empleo y, por último, la cuestionada medida referida a la duración del periodo de prueba de un año que debe, entonces, interpretarse como un instrumento adicional de incentivación a la creación de empleo.

Además advierte que la Ley 3/2012, con el fin de evitar estrategias abusivas, dispone ciertos requisitos para gozar de los beneficios de este contrato, como, por ejemplo, no haber realizado extinciones improcedentes en los seis meses anteriores a la celebración del contrato. Del mismo modo, la empresa estará obligada no sólo a no alterar el nivel de empleo durante al menos un año de la celebración del contrato, sino, además, a mantener en el empleo al propio trabajador contratado durante al menos tres años; en caso de incumplimiento, quedará obligado a reintegrar tales incentivos.

Así, según el Tribunal, este periodo de prueba de un año sometido a esta serie de límites y cautelas legales, con su consiguiente proyección sobre el alcance de la afectación del derecho a la estabilidad en el empleo del trabajador contratado, tiene como fin contribuir a potenciar la decisión empresarial de concertar contratos de trabajo indefinido y, por ello, junto con la finalidad tradicional del periodo de prueba de contrastar la aptitud y capacidad del trabajador contratado para el puesto de trabajo, concurre la necesidad empresarial de determinar, en un contexto de crisis, la viabilidad y sostenibilidad económica del nuevo puesto de trabajo creado.

Además, afirma, que desde el punto de vista lógico e incluso cronológico, antes del derecho a la estabilidad en el empleo, figura el derecho a acceso al mismo y, por ello, esta medida supera la regla de adecuada proporcionalidad entre el sacrificio que supone para la estabilidad en el empleo del trabajador contratado y los beneficios que pueda representar, para el interés individual y colectivo, la creación de empleo, al fomentar y favorecer el acceso de desempleados a un puesto de trabajo estable, en el marco de una excepcional coyuntura de emergencia caracterizada por el elevadísimo nivel de desempleo.

En relación a si la extensión del periodo de prueba por un año es excesivamente largo, el Tribunal echa mano de lo señalado por la OIT en el Informe de 6 de

noviembre de 2007, elaborado por el comité encargado de examinar la reclamación relativa al contrato indefinido para nuevas contrataciones y su periodo de consolidación para el empleo introducido en Francia por la Ordenanza N° 2005-893 que establecía un periodo de prueba de dos años. En este informe, afirma el Tribunal, la OIT admite que las condiciones políticas motivadoras - en particular el fomento al empleo pleno y productivo- así como las medidas adoptadas para contrarrestar o limitar la exclusión de la protección podrían contribuir a justificar un periodo de prueba relativamente largo, de tal forma que se pudiera permitir a los empleados medir la viabilidad económica y las perspectivas de desarrollo de su empresa, al tiempo que se posibilita a los trabajadores adquirir cualificaciones y experiencia.

Por ello, continúa el Tribunal, la regulación del periodo de prueba de un año, superior al generalmente previsto para las demás relaciones laborales, encuentra justificación: no sólo en la finalidad típica de todo periodo de prueba sino, sobre todo, en la específica y legítima finalidad de potenciar la iniciativa empresarial como instrumento para contribuir, junto con otras medidas de su régimen jurídico, a promover la creación de empleo estable.

Por otro lado, en lo que se refiere al establecimiento de este periodo de prueba anual para todos los trabajadores, con independencia de su cualificación y categoría, con la única excepción de los trabajadores que hubieran desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación, que quedan exentos del periodo de prueba; el Tribunal afirma que no es posible apreciarse la pretendida vulneración al principio de igualdad y no discriminación, pues la medida ahora analizada supone ampliar la finalidad tradicional del periodo de prueba a verificar si el puesto de trabajo es económicamente sostenible y puede mantenerse en el tiempo lo que justifica que el legislador haya fijado un periodo de duración de un año para todos los trabajadores, sin distinguir por su categoría o cualificación.

En relación a si la duración del periodo de prueba de un año es o no una norma impositiva frente a las dudas que genera la expresión «en todo caso», lo que impediría que por negociación colectiva se establezcan plazos de periodo de prueba inferiores, el Tribunal aclara que la duración del periodo de prueba de un año del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores es de carácter imperativo y, por ende, dada la supremacía de la ley sobre los convenios, resulta un precepto indisponible a través de negociación colectiva. Tal carácter actúa, entonces, como garantía hábil, para evitar que a través de la negociación colectiva se pueda reducir o eliminar el potencial incentivo a la contratación indefinida, de tal forma que impida que la actuación de la autonomía colectiva pueda frustrar el legítimo objetivo de creación de empleo estable.

Por último, en lo que se refiere a si el periodo de prueba del contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores -en cuanto reconoce al empresario plena libertad de desistimiento del contrato durante un plazo muy dilatado- priva al trabajador de la capacidad de reacción frente al mismo, impidiendo el control judicial de dicha decisión lo que supondría una infracción al derecho a la tutela judicial efectiva que además tendría el agravante de que tal desistimiento empresarial no llevaría aparejado ningún tipo de resarcimiento para el trabajador, el Tribunal resuelve afirmando que cualquier argumento que sostenga tal vulneración carece de fundamento, pues el derecho a la tutela judicial efectiva está garantizado dado que el contrato de apoyo a los emprendedores de modo alguno obstaculiza el derecho de acceso a la justicia para impugnar las decisiones no ajustadas al régimen jurídico establecido por la ley. Con respecto a la inexistencia de indemnización frente al desistimiento señala que el periodo de prueba, como figura jurídica, no contempla tal resarcimiento y por lo tanto no corresponde otorgar el mismo, ni en este contrato, ni en el periodo de prueba regulado con carácter general, por ello desestima también esta pretensión.

## *2.2. STC 8/2015, de 22 de enero*

Esta sentencia es la respuesta del Tribunal Constitucional al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista y del Grupo Parlamentario Izquierda Plural del Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Entre otros muchos cuestionamientos a la referida Ley 3/2012, este recurso cuestiona, también, la constitucionalidad del periodo de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores.

En esta sentencia se reafirma los postulados contenidos en la Sentencia 119/2014, al señalar que «en vista del carácter excepcional y temporal de la medida, su limitado alcance, así como su finalidad de fomentar la contratación y el empleo estable (sobre todo de los desempleados con mayores dificultades ocupacionales) durante una situación de crisis económica, cabe apreciar que concurre la proporción exigible entre el sacrificio que a las garantías del trabajador supone la adopción de la medida y los beneficios, individuales y colectivos, que la misma reporta. Además, la medida puede calificarse, igualmente, como necesaria e idónea para la consecución de la legítima finalidad pretendida (creación de empleo estable), puesto que es un incentivo para que las pequeñas empresas elijan la fórmula de la contratación indefinida, al ofrecérseles, como contrapartida, la oportunidad de rescindir libremente el contrato durante un año, permitiéndoles durante tal período de tiempo no sólo constatar las aptitudes

profesionales del trabajador contratado, sino también verificar si el puesto de trabajo que se crea con carácter indefinido resulta viable económicamente. Tal circunstancia resulta particularmente relevante en el actual contexto económico, ya que, (...) esta disposición permite que las pequeñas empresas puedan hacer uso de esta modalidad contractual para ponderar los riesgos económicos asociados a la suscripción del contrato.

En definitiva, según esta sentencia, incluso admitiendo que el legislador podría haber adoptado otras medidas alternativas a la aquí cuestionada, lo cierto es que, desde la estricta perspectiva constitucional, la fijación de un periodo de prueba de un año en el contrato de trabajo previsto en el art. 4.3 de la Ley 3/2012 no vulnera el art. 35.1 CE, pues, “en términos razonables y proporcionados pretende favorecer el acceso de desempleados a un puesto de trabajo estable, en el marco de una excepcional coyuntura de emergencia, caracterizada por elevadísimos niveles de desempleo, en ejecución del mandato que a los poderes públicos dirige el art. 40.1 CE”».

### 2.3. *STC 140/2015, de 22 de junio de 2015*

Esta sentencia da respuesta a la Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco<sup>2</sup> que también cuestiona la constitucionalidad del periodo de prueba del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores.

Esta sentencia al igual que la anterior ratifica lo contenido en la STC 119/2014. Así con respecto a la supuesta vulneración del derecho a la igualdad del periodo de prueba de un año afirma que: el principio de igualdad no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación y señala que el precepto cuestionado amplía la finalidad tradicional del periodo de prueba. En efecto, la fijación de un periodo de prueba de un año «se dirige en esta nueva modalidad contractual no solo a facilitar el mutuo conocimiento de las partes y de las condiciones de prestación de la actividad laboral y a acreditar que el trabajador posee las aptitudes necesarias para su contratación (como sucede con el periodo de prueba regulado con carácter general en el art. 14 ET), sino también, desde la perspectiva empresarial, a verificar si el puesto de trabajo es económicamente sostenible y puede mantenerse en el tiempo. Esta finalidad adicional justifica que el legislador haya fijado un periodo de duración de un año para todos los trabajadores, sin distinguir por su categoría o cualificación».

---

<sup>2</sup> *Vid.* Cuestión de inconstitucionalidad interpuesto por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 21 de enero de 2014. *Vid.* <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6956515&links=Despido%20colectivo&optimize=20140211&publicinterface=true>, última revisión el 12 de febrero de 2014.

Así, según la sentencia, la norma persigue una finalidad razonable y no se muestra desprovista de fundamento, pues no solo pretende facilitar el mutuo conocimiento de las partes y de las condiciones de prestación de la actividad laboral, sino verificar si el puesto de trabajo es económicamente sostenible, lo que justifica un periodo de prueba de un año para todos los trabajadores contratados bajo esta modalidad contractual.

En lo que respecta a la supuesta vulneración del derecho al trabajo (art. 35.1 CE) por la afectación de los principios de estabilidad en el empleo y de causalidad de la extinción contractual, esta sentencia al igual que las SSTC 119/2014, de 16 de julio y 8/2015, de 22 de enero, considera que la duración del periodo de prueba constituye una medida que cuenta con una justificación legitimadora, y resulta razonable y proporcionada en atención a los fines perseguidos por el legislador con su establecimiento.

### **III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA**

Dado que el desarrollo mayúsculo sobre este tema fue sostenido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 119/2014, me detendré específicamente en un análisis de su contenido.

Son muchos los cuestionamientos que se pueden formular a este pronunciamiento, en primer lugar, la sentencia parte de un hecho innegable: la figura jurídica del periodo de prueba no ha sido recogida en la Constitución y, por lo tanto, su configuración y alcance corresponde al legislador, ello, obviamente, no puede ser objeto de cuestionamiento alguno. Sin embargo, el Tribunal, a partir de esta premisa considera que resulta ajeno al control de constitucionalidad la cuestión de si lo regulado en el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 constituye en realidad un auténtico periodo de prueba; esto es, resta importancia al hecho de si tal periodo de prueba anual responde o no a la naturaleza y finalidad de dicha institución.

Al respecto habría que aclarar que, si bien es cierto, el periodo de prueba no se encuentra efectivamente regulado en la Constitución, esta figura jurídica tiene relación directa con el ejercicio, de por lo menos, dos derechos fundamentales: el derecho al trabajo y el derecho a la libertad de empresa y por ende resulta de vital importancia determinar, no sólo el contenido y límites de estos derechos fundamentales, sino también la naturaleza y fines de la institución del periodo de prueba, de tal manera que sea posible concluir si tal figura jurídica ha sido utilizada lícitamente, en este caso por el legislador, o si por el contrario su

regulación o uso se ha manipulado con el objeto de dar apariencia de legalidad a la vulneración de un derecho constitucional.

Cualquier figura jurídica, no sólo el periodo de prueba, puede ser tergiversada, desnaturalizada o utilizada para vulnerar derechos fundamentales. De allí la necesidad del ordenamiento jurídico de establecer garantías frente al ejercicio ilícito de un derecho o frente a una legislación arbitraria o de regular el fraude a la ley o el abuso del derecho.

Por ello, cuando existen dudas con respecto a si el legislador, abusando de sus facultades, desnaturaliza o tergiversa una figura jurídica vulnerando con ello derechos fundamentales, el análisis sobre su naturaleza y fines no es en absoluto intrascendente, por el contrario adquiere una relevancia significativa con el objeto de determinar si la institución jurídica se desarrolla y utiliza con un fin constitucional o no y si sus efectos no producen una lesión de los derechos fundamentales a quienes la norma les es aplicable.

En este caso será necesario que se realice una interpretación sistemática y teleológica de la figura jurídica del periodo de prueba con el conjunto de derechos laborales, lo que significa, insistimos, tener en cuenta su relación directa con los derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de empresa y su genérica regulación normativa, contenida en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores<sup>3</sup>, sólo así será posible determinar, si el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 vulnera o no el contenido del derecho al trabajo; así como el resto de preceptos constitucionales.

### 3.1. *Sobre el contenido del derecho del trabajo y su armonización con el periodo de prueba.*

Vistas así las cosas, en principio es importante precisar el contenido del derecho fundamental al trabajo con el fin de relacionarlo con la naturaleza y fines del periodo de prueba. El derecho al trabajo, como todo derecho fundamental, tiene dos dimensiones, la dimensión individual o subjetiva conformada por el derecho a acceder a un puesto de trabajo digno y a mantenerse o continuar en el mismo (estabilidad en el empleo) y la dimensión objetiva o institucional, constituida por obligación positiva, por parte de los poderes públicos, de habilitar todos los medios necesarios para hacer posible fácticamente el ejercicio de este derecho que incluiría, dentro de sus manifestaciones, el poner en marcha una serie de

---

<sup>3</sup> Posición similar: Voto particular que formula el Magistrado Don Fernando Valdés Dal Ré a la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 16 de julio de 2014 (JUR 2014\195681), al que se adhiere la Magistrada Doña Adela Asula Batarrita y el Magistrado Don Luis Ignacio Ortega Álvarez.

políticas para la generación de empleo de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 40.1 de la Constitución Española.

El derecho fundamental al trabajo estaría, en consecuencia, compuesto por ambas dimensiones resultando imposible entender que existe una estricta división o, incluso, un conflicto entre la dimensión individual y colectiva de este derecho; pensar lo contrario sería aceptar una incoherencia esencial. De allí que, como el mismo Tribunal afirma, la implantación de una política para enfrentar un elevadísimo nivel de desempleo no puede suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo.

Si ello es así es necesario determinar si el periodo de prueba regulado en la Ley 3/2012, como medida incentivadora de generación de empleo, efectivamente corresponde a su naturaleza y cumple la finalidad para la que ha sido regulado. Para ello es necesario un replanteamiento o nueva comprensión del periodo de prueba, desde una perspectiva no conflictivista o armonizadora con el derecho fundamental al trabajo y a la libertad de empresa.

Así, si el periodo de prueba supone una excepción a la expresión de causa en la extinción unilateral de la relación laboral por parte del empleador ¿Por qué ello no supone un conflicto con el derecho fundamental al trabajo de aquel empleado que se ve sorprendido con dicha decisión del empresario?

El desarrollo del derecho del trabajo, en tanto se desenvuelve dentro de una relación contractual, supone el ejercicio de una prestación por ambas partes, el trabajador debe desempeñar adecuadamente las funciones o labores que el empresario ponga a su cargo y el empleador debe, en contraprestación, el pago de una remuneración. Ello significa que si por cualquier motivo el trabajador no cumple adecuadamente sus funciones, ya sea por incumplimiento, por incompetencia o por incapacidad, el empleador se encontrará legitimado para prescindir de sus servicios, en cualquier momento. Ello debido a que forma parte del derecho a la libertad de empresa que las actividades que realicen los trabajadores, desarrollen los objetivos empresariales de forma eficaz y eficiente para alcanzar su adecuado funcionamiento y lograr la rentabilidad y competitividad necesaria para el mantenimiento de la empresa en el mercado.

Ahora, para evitar que tal facultad del empresario se desarrolle de forma abusiva se le ha impuesto la obligación de causalizar el despido con la finalidad de que el trabajador pueda conocer las razones que motivaron tal decisión del empleador y, así, poder ejercer -de considerar que tales razones son injustas o no responden a la realidad- su derecho a la tutela judicial efectiva, accionando contra el empresario ante los tribunales.

Dicho esto, la «finalidad tradicional» del periodo de prueba, como la llama el Tribunal, es la de advertir, *in situ*, la capacitación y aptitud profesional de los trabajadores y su adecuación para el puesto de trabajo y la organización productiva, ello porque, obviamente, cuando una empresa contrata a un trabajador desconoce cómo se desempeñará efectivamente dentro del puesto de trabajo, por lo que resulta necesario evaluar sus aptitudes profesionales fácticamente. Por ello, de comprobar su ineptitud para las labores asignadas, el empleador se encontrará habilitado legalmente para desistir de la relación laboral por no tener el trabajador contratado las cualidades necesarias para el adecuado desempeño de sus funciones<sup>4</sup>.

En este orden de ideas, en sentido estricto, en el periodo de prueba no existe un despido *ad nutum*, sino que el resultado negativo de la prueba del empleador sobre las capacidades del trabajador, actuaría como causa legal el despido durante este plazo<sup>5</sup>.

Con el periodo de prueba, entonces, no es que se admita un despido sin causa, la causa existe y es exigible para justificar su aplicación; sólo que el legislador opera con una especie de presunción implícita, según la cual toda extinción producida durante esta fase inicial del contrato obedece a una causa legítima, la constatación de la ineptitud del trabajador. De ahí que no haya conflicto entre el derecho fundamental al trabajo y el ejercicio del periodo de prueba, pues tal tiene su fundamento en el ejercicio adecuado de la prestación por parte del trabajador y, por ende, si el trabajador puede probar que son otras las causas que originan la extinción de la relación laboral, como la discriminación, por ejemplo, se encuentra legitimado para acudir al órgano jurisdiccional alegando que se ha utilizado la figura del periodo de prueba para encubrir un despido nulo.

Hay que distinguir, entonces, entre la causa y los motivos que generan la aplicación del periodo de prueba. La causa es siempre la inadecuación del trabajador para el puesto de trabajo, que se presume; los motivos son aquellos aspectos de la prestación o de la persona del trabajador que llevan al empleador

---

<sup>4</sup> ROMERAL HERNÁNDEZ, J., «Uso y abuso del periodo de prueba: límites temporales y sustantivos a la luz de la jurisprudencia reciente», *CISS: Tribuna Social, Revista de Seguridad social y Laboral*, n° 226 (2009) 32 y 44; MARTÍN VALVERDE, A., *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Madrid, 1976 citado en IRANZO FERNÁNDEZ – VALLADARES, M. «El periodo de prueba», en Del REY GUANTER, S. (Dir.), *Estatuto de los Trabajadores: comentarios y jurisprudencia*, en La Ley, Madrid 2007, p. 300, y RODRÍGUEZ – PIÑERO ROYO, M., «El periodo de prueba (en torno al artículo 14)», en *Revista Española de Derecho al Trabajo*, n° 100 (2000) 466.

<sup>5</sup> BALLESTER PASTOR, M.A., *El periodo de prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, p. 46.

a concluir que la impericia del trabajador existe. Al presumirse la concurrencia de esta causa, también se presume que el empleador ha tenido motivos reales y legítimos para llegar a esta conclusión. Esto explica porque los Tribunales no entren a fiscalizar los motivos que llevan al empleador a extinguir la relación laboral; pero, a la vez, le da relevancia a estos cuando existen bases jurídicas para entender que la extinción de la relación laboral obedece a una causa diferente<sup>6</sup>.

De ahí la importancia de determinar si el periodo de prueba, como figura jurídica, es utilizada para fines constitucionalmente lícitos, porque al permitir al empleador liberarse de los costes legales de un despido, le libera también de una importante carga económica y temporal, pues no paga indemnizaciones y estas, además, no resultan exigibles judicialmente, al no formar parte de los efectos de una aplicación adecuada de un periodo de prueba. Por el contrario una utilización abusiva de esta figura o una regulación que desnaturalice o tergiversar su naturaleza y contenido puede llevar a legitimar un uso abusivo o arbitrario de esta institución configurándose con ello una vulneración al derecho fundamental al trabajo al convertirse, contrariamente a lo señalado por el Tribunal, en un problema de causalidad de despido o de reacción adecuada frente al despido *ad nutum*.

### 3.2. *La nueva finalidad del periodo de prueba y derecho fundamental al trabajo*

El Tribunal Constitucional pretende justificar la existencia del periodo de prueba anual regulado en el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 afirmando que este debe ser entendido como un instrumento adicional para la creación de empleo, en tanto, eventualmente, puede contribuir a potenciar la decisión empresarial de concertar contratos de trabajo indefinidos concurriendo, en este contexto de crisis, junto con la finalidad tradicional del periodo de prueba, la necesidad empresarial de determinar si el puesto de trabajo es o no viable.

Entonces, la pregunta que surge es ¿si esta nueva finalidad empresarial tergiversa o no la naturaleza y finalidad misma del periodo de prueba?

Afirmar que el periodo de prueba incluye también la finalidad empresarial de verificar si el puesto de trabajo es o no viable supone, no un agregado a su finalidad inicial o tradicional, sino un desprendimiento de la misma, es decir, la causa que le da origen ya no se encontraría en la ineptitud del trabajador para el puesto, elemento esencial y fundamental para la configuración del periodo

---

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ – PIÑERO ROYO, M., «El periodo de prueba...», o.c., pp. 477- 478.

de prueba, sino en otra causa distinta consistente en que el empleador considere que el mantenimiento del puesto de trabajo generado ya no le resulta sostenible o es poco rentable, de tal manera que esta figura jurídica deja de ser una prueba de aptitud y capacidad del trabajador, para convertirse en una prueba de sostenibilidad y rentabilidad del puesto de trabajo para la empresa perdiendo, en consecuencia, su sentido y contenido más íntimo.

Si el periodo de prueba del artículo 4.3 de la Ley 3/2012 deja de ser lo que es para convertirse en cosa distinta ¿es lícito aplicarle a esta nueva figura jurídica (periodo de prueba anual cuya causa de extinción es la no sostenibilidad económica del puesto de trabajo) las prerrogativas propias del periodo de prueba? Obviamente no, porque el beneficio que se otorga al empleador de no ser necesario, para extinguir la relación laboral, señalar las causas de tal decisión extintiva devenían de la naturaleza misma del periodo de prueba que permitía presumir que era la ineptitud del trabajador la causa de la extinción, lo que hacía lícito su ejercicio. Si la presunción de ineptitud desaparece, al no encontrarnos dentro de lo que naturalmente es un periodo de prueba, será necesario causalizar la extinción de la relación laboral para que no se configure un despido *ad nutum*.

Además, la sentencia comete una omisión de vital importancia al no explicar ¿por qué la extinción libre de la relación laboral por el empleador durante un año es un incentivo para la generación de empleo? ¿Cuál es el beneficio empresarial que tal periodo otorga, más allá de descuentos y créditos que tiene el contrato de apoyo a los emprendedores?

Lo cierto es que el hecho de que los empleadores tengan abierta la posibilidad de contratar con un «periodo de prueba anual» pudiendo, en cualquier momento dentro de este tiempo, dar por terminado el contrato sin ningún tipo de indemnización, por considerar inviable económicamente el puesto de trabajo, no otorga mayor beneficio que ese, el permitir que, aun cuando el trabajador este realizando adecuadamente, desde hace ya algún tiempo, sus labores dentro de la empresa -con lo cual no puede considerarse inapto para el puesto- no se vea beneficiado con las garantías que los poderes públicos deben otorgarle, permitiendo al empleador extinguir la relación laboral sin causa, viéndose el trabajador imposibilitado de conocer las razones del despido, sin poder accionar judicialmente contra el empleador al encontrarse dentro de una figura jurídica a la cual se le da el tratamiento de periodo de prueba. Se configura, entonces, en toda regla, una vulneración al derecho fundamental a la estabilidad en el puesto de trabajo y, por tanto, se legitima una actuación o ejercicio abusivo del derecho a la libertad de empresa amparada, únicamente, en

intereses económicos empresariales prescindiendo de cualquier consideración hacia los derechos laborales del trabajador.

Así, la duración del periodo de prueba, sí que incide en la decisión final del empresario sobre la generación de nuevo empleo<sup>7</sup>, aunque produciendo un efecto contrario al que lícitamente debe prever el ordenamiento, pues fomenta una contratación laboral precaria e indigna para el trabajador, al legalizar, en función de una supuesta superioridad jerárquica de los intereses colectivos sobre los individuales, un aprovechamiento o desnaturalización del periodo de prueba, para disminuir la excesiva demanda de empleo. Lo que en nada soluciona las legítimas exigencias de un trabajo digno de los ciudadanos, sino únicamente disfraza las estadísticas frente a una contratación, en apariencia indefinida, que tiene oculta la intención de contratar sólo por un tiempo bastante corto (máximo un año), dentro del cual el trabajador vive en la incertidumbre de saber, si al día siguiente tendrá o no empleo.

En este orden de ideas, esta forma de contratación, lejos de fomentar la creación de empleo digno, que es lo que el Estado debe promover y proteger, promueve en el empleador un irresponsable análisis sobre la viabilidad de los puestos de trabajo a largo plazo, permitiendo, incluso, encubrir contratos temporales dentro de esta nueva figura «jurídica» generando una apariencia de contratación indefinida amparada en la esperanza, bastante improbable, de que la contratación se mantendrá en el tiempo, por los supuestos beneficios fiscales o tributarios que otorga al empleador, cuando tal ilusión se despeja, al percatarnos que los empleadores pueden hacer uso del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, sin aplicarse las bonificaciones y deducciones fiscales; y, en consecuencia, sin tener responsabilidad de devolver, ni de hacer ningún reintegro, si no cumplieran con mantener, por más de tres años, a un trabajador o no mantuvieran los niveles de empleo<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Posición en contrario: Voto particular que formula el Magistrado Don Fernando Valdés Dal Ré a la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 16 de julio de 2014 (JUR 2014\195681), al que se adhiere la Magistrada Doña Adela Asula Batarrita y el Magistrado Don Luis Ignacio Ortega Álvarez. Pues tal efecto según las estadísticas no se ha producido, sin embargo, una cosa es el impacto real de una medida y otra la finalidad que encierra al ser creada que puede o no ser constitucional tenga mucho o poca repercusión.

<sup>8</sup> Artículo 43.3 de la Ley de Impuesto sobre Sociedades: «Las deducciones previstas en los apartados anteriores se aplicarán en la cuota íntegra del período impositivo correspondiente a la finalización del período de prueba de un año exigido en el correspondiente tipo de contrato y estarán condicionadas al mantenimiento de esta relación laboral durante al menos tres años desde la fecha de su inicio. El incumplimiento de cualquiera de los requisitos señalados en este artículo determinará la pérdida de la deducción, que se regularizará en la forma establecida en el artículo 137.3 de esta Ley». Al respecto: *Vid.* GOERLICH PESET, J.M., «El Real Decreto – Ley 3/2012: aproximación General, en GOERLICH PESET, J.M. (Dir.), *La reforma laboral en el Real Decreto – Ley 3/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 26, y MORENO GENÉ,

Ello sin contar que el requisito de no haber realizado extinciones improcedentes en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, para gozar de los beneficios de la norma, tampoco puede garantizar el mantenimiento del trabajador, pues, dada la duración de los procesos judiciales en España, tan extensamente largos, obviamente, no será muy difícil para el empleador cumplir con este requisito, pues por lo menos en cuatro o cinco años, después de la aplicación práctica de esta disposición, tendrá algún pronunciamiento judicial definitivo sobre la improcedencia de algún despido por esta forma de contratación, lo que le otorga un amplio espacio de tiempo para celebrar este tipo de contratos, sin mayores inconvenientes.

La débil esperanza del trabajador de mantener su empleo y la inseguridad que ello le genera, al ni tan siquiera conocer la fecha exacta del término de su contratación, pues el hecho que este «periodo de prueba» sea de un año no garantiza que el trabajador se mantenga durante ese tiempo, sino que en cualquier momento, dentro de dicho plazo, el empleador puede dar por extinta la relación laboral, y, la más absoluta intrascendencia del desempeño adecuado de la prestación para continuar laborando, lo que constituye para el trabajador un desincentivo profesional constante, convierten a este tipo de contratación en una forma de empleo precario e indigno que no debería ser fomentado o protegido por Estado, como lo hace esta norma.

### *3.3. Los otros derechos fundamentales en discusión: no discriminación, negociación colectiva y tutela judicial efectiva*

Por otro lado, en lo que respecta a si resulta o no irracional la duración de un año del periodo de prueba para todos los trabajadores sin diferenciar entre sus diversas actividades (lo que hace que su efectiva cualificación en el empleo se acredite en forma y tiempos distintos dependiendo de sus obligaciones y funciones), cabe recordar, que tal distinción resulta del todo relevante en un periodo de prueba propiamente dicho, hasta tal punto que toda norma que dispusiera lo contrario resultaría irracional<sup>9</sup> y vulneraría efectivamente el principio de igualdad y no discriminación reconocido en el artículo 14 de la Constitución Española.

---

J., «La (in)constitucionalidad del periodo de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores», comunicación presentada a las *XXIV Jornades Catalanes de Dret Social* «La flexibilitat interna i els acomiadaments col·lectius en el sector públic i privat», celebradas en Barcelona 21 y 22 de febrero de 2013, p. 7.

<sup>9</sup> De igual forma consideran la duración de este periodo de prueba como irrazonable: *Vid.* LUJÁN ALCARÁZ, J.; GONZÁLEZ DÍAZ, F., y RIOS MESTRE, J.M., «Medidas para el fomento a la contratación indefinida y a la contratación de empleo», en CAVAS MARTINES, F. (Coord.), *La reforma laboral de 2012*, Laborum, Murcia 2012, 2012, pp. 88 y 89.

Sin embargo es necesario advertir que, como hemos desarrollado líneas arriba, lo que regula el artículo 4.3 de la Ley 3/2012, no es un periodo de prueba, en sentido estricto, sino una nueva forma de extinción contractual que se desconecta, en absoluto, de la naturaleza y fines del periodo de prueba, y, por tanto, pese a tener ese *nomen iuris* no puede considerarse como tal y, en consecuencia, el Tribunal no se equivoca al señalar que al ser la causa de la extinción de la relación laboral, la falta de sostenibilidad del puesto de trabajo, carece de relevancia la aptitud del trabajador para el ejercicio de sus labores para que tal figura produzca sus efectos, pues de lo que se trata es que la empresa evalúe tal viabilidad sin distinguir categoría o cualificación. Por ello, efectivamente, desde esta perspectiva, no podríamos decir que se vulnera el principio de no discriminación al no tener en cuenta, para la extinción de la relación laboral, las aptitudes profesionales de los trabajadores, pues ella es ajena a la causal que produce tal efecto.

Ahora, toda relación laboral se encuentra dentro de un sistema jurídico de derechos, deberes y obligaciones, por ello, cada contrato individual de trabajo no puede ser entendido como un compartimento estanco, alejado del ordenamiento y de los presupuestos que deben servirle de fundamento, sino por el contrario se introduce y forma parte del sistema jurídico, y, por lo tanto deberá tener en cuenta, por ejemplo, la primacía y el efecto irradiación de los derechos fundamentales, tanto en su regulación, como en su ejecución.

Por ello, si una determinada regulación de un contrato de trabajo genera, como en este caso, una vulneración de un derecho fundamental, tal lesión coloca a los trabajadores que sean contratados por este medio, en una situación injustamente diferenciada con respecto al resto de trabajadores sujetos a otras formas de contratación laboral que gozan de todas las garantías de protección y defensa de sus derechos.

Peor aún, las razones que justifican la existencia del contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores es el elevadísimo nivel de desempleo que sufre actualmente España presentándose como una solución para un cierto sector de la población que atraviesa una crisis económica aguda, es decir, regula una causal de extinción libre de la relación contractual por parte del empleador durante un año, justamente, para aquellos que se encuentran en el peor escenario de empleabilidad en la sociedad actual Española alegando, con un razonamiento del todo circular, su difícil situación como la causa de su tratamiento diferenciado, lo cual no tiene lógica alguna, pues, prescindiendo de atender al principio de dignidad de todo trabajador, en lugar de promover la generación y empleo decente y protegerles para evitar abusos empresariales<sup>10</sup> por su particular situación

---

<sup>10</sup> M. Carrillo López hace referencia al recurso de la dignidad para enfrentarse a las consecuencias desigualitarias de las políticas laborales que han provocado un significativo deterioro de las

de *cuasi* indefensión, legitima el uso de una causal de extinción de la relación laboral del todo abusiva, que el resto de trabajadores, en mejor situación frente a la crisis económica, no tiene por su calidad de flagrante vulneradora del derecho fundamental al trabajo<sup>11</sup>.

En consecuencia existe un trato diferenciado arbitrario e injusto de los trabajadores del contrato de trabajo a apoyo a los emprendedores, con respecto del resto de relaciones laborales reguladas dentro del sistema jurídico que tiene su origen en la legalización del mal llamado periodo de prueba de un año y, por lo tanto, los trabajadores sujetos a esta forma de contratación sí que ven vulnerado su derecho a la no discriminación<sup>12</sup>.

La cuestión se agrava si además tenemos en cuenta que incluso cuando la propia norma podía ser interpretada de forma que su impacto sea menos dramático para el trabajador, atendiendo al principio *in dubio pro operario* a partir del cual, en caso de plantearse dudas razonables en la interpretación de una norma, deberá adoptarse aquella que más favorezca al trabajador; la sentencia opta por lo contrario.

Así, la frase «de un año en todo caso», podía ser interpretada como una imposición normativa que supone en forma automática y, con independencia de la voluntad de las partes, que el contrato de apoyo a los emprendedores debe tener un periodo de prueba cuya duración será obligatoriamente de un año<sup>13</sup>; o, cabía la posibilidad, de una interpretación distinta, pues al no indicarse de modo expreso que el periodo de prueba de un año se incorpora de forma automática en el contrato, la expresión «en todo caso» puede no suponer una

---

condiciones de trabajo y de la vida por parte importante de la población, «l'impacte de la crisi els drets de l'ambient social», en *Revista catalana de dret públic*, nº 46 (2013) 47 y ss.

<sup>11</sup> Se genera una diferencia entre dos categorías de trabajadores los *insider* y los *outsider*, los primeros son los que se encuentran dentro de los sectores de trabajo estable y regular y los segundo los trabajadores que no consiguen acceder al mismo y que intolerablemente no se les ofrecen condiciones de trabajo decente. Vid. BARBERA, M., «Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità». En AAVV., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Guinoffrè, Milano, p. XXIV.

<sup>12</sup> J.L. Goñi Sein afirma que la tutela antidiscriminatoria puede desempeñar un papel importante en la exclusión de las diferenciaciones identificadas y en la consecución de unas condiciones dignas en todos los sectores de la población laboral: «Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación». Ponencia presentada en el *XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, celebradas en Pamplona del 29 al 30 de mayo de 2014, p. 98. En [http://www.aedtss.com/images/stories/documentos/XXIII\\_Congreso\\_Nacional/01\\_Jose\\_Luis\\_Gon%CC%83i.pdf](http://www.aedtss.com/images/stories/documentos/XXIII_Congreso_Nacional/01_Jose_Luis_Gon%CC%83i.pdf), última revisión: 14 de agosto de 2014.

<sup>13</sup> Vid. CASAS BAAMONDE, M.C.; RODRÍGUEZ-PIÑERO, y BRAVO-FERRER, M y VALDÉS DAL-RE, F., «La nueva reforma laboral», en *Relaciones Laborales*, nº 5 (2012), t. I, La LEY 2639/2012.

obligación impositiva, sino que las partes podían consensualmente, o, a través de Convenio Colectivo, establecer periodos menores que no sobrepasen este término<sup>14</sup>.

Esta última posibilidad, obviamente, sería la más adecuada en atención al referido principio *pro operario*. Sin embargo la sentencia entiende esta disposición legal como norma imperativa e indisponible, tanto por negociación colectiva, como por las partes, negando, entonces, cualquier posibilidad que por estos medios se impida o disminuya de alguna manera los efectos de la flagrante vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Respecto a si el periodo de prueba del contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores, en cuanto reconoce al empresario plena libertad de desistimiento del contrato durante un periodo muy dilatado, priva al trabajador de la capacidad de reacción frente al mismo, impidiendo el control judicial de dicha decisión lo que supondría una infracción al derecho a la tutela judicial efectiva; consideramos que el Tribunal nuevamente se equivoca al afirmar que el derecho a la tutela judicial efectiva está garantizado dado que el contrato de apoyo a los emprendedores de modo alguno obstaculiza el derecho de acceso a la justicia para impugnar las decisiones no ajustadas al régimen jurídico establecido por la ley.

En primer lugar, al tratarse de una figura jurídica que se presenta o toma el nombre del periodo de prueba deja al trabajador en la incertidumbre de saber si la razón de la extinción de su contrato es su ineptitud o la nueva causal que incluye el Tribunal Constitucional, la falta de viabilidad económica del puesto de trabajo. Ahora se podría refutar este argumento aduciendo que la situación de falta de sostenibilidad económica del puesto, al igual que la situación de ineptitud, puede presumirse, pero, como ya dijimos, al presentarse esta extinción de forma del todo confusa, generar una situación de desconcierto, de doble presunción, asentada en dos situaciones distintas, una que tiene origen en las capacidades del empleado y la otra en las posibilidades económicas de la empresa lo que, para todo efecto, supone que el trabajador desconoce si ha sido él el responsable de la no continuidad del contrato o si la misma se ha producido

---

<sup>14</sup> CAMPS RUIZ, L.M., «Contratación formación y empleo en el RDL 3/2012», en GOERLICH PESET, J.M. (Dir.), *La reforma laboral en el Real Decreto – Ley 3/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, p. 73; MORENO GENÉ, J., «La (in)constitucionalidad del periodo de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores». Comunicación presentada a las *XXIV Jornades Catalanes de Dret Social* «La flexibilitat interna i els acomiadaments col·lectius en el sector públic i privat», celebradas en Barcelona 21 y 22 de febrero de 2013, p. 8, y ROQUETA BUJ, R., «Modalidades de contratación: el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores», en *Relaciones laborales*, nº 23-24 (2012) 36.

por la situación económica de su empleador, es decir, desconoce la causa del término de su contrato.

Pero, además, el Tribunal, con su argumentación, en realidad, genera una nueva causal de extinción de la relación laboral insostenible constitucionalmente y ajena totalmente al periodo de prueba, motivo por el cual no se sustenta el goce, por parte del empleador, de la prerrogativa de la figura jurídica del periodo de prueba de no hacer conocida la causa que motiva la resolución unilateral del contrato, sea esta la que incorpora el Tribunal o cualquier otra, con lo cual nos encontramos frente a la permisón legal de un despido incausado y libre durante un año que vulnera el derecho fundamental al trabajo.

Si de lo que se trata es de un despido *ad nutum*, la no comunicación al trabajador de las razones de la extinción unilateral por parte del empleador supone una incapacidad de reacción procesal frente al despido, pues no tiene posibilidad alguna de defensa, al no conocer cuáles son los motivos que originan el mismo, con lo que se obstaculiza el derecho al acceso a la justicia<sup>15</sup> y se vulnera también el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>16</sup>.

### 3.4. *Las razones de la regulación y test de proporcionalidad*

Ahora, si esta forma de contratación tiene todos estos inconvenientes, ¿por qué el legislador ha regulado esta nueva figura jurídica? La respuesta está en la propia sentencia, la intención de la norma es generar nuevo empleo. Pero, ¿el fin justifica los medios? Nuestro ordenamiento jurídico en este sentido es claro y rotundo: No. Toda medida o política de pleno empleo tiene que cuidar no vulnerar los derechos fundamentales y esta regulación, claramente, ha sido utilizada por el legislador para maquillar los niveles o índices de empleo, en teoría indefinido, pero que esconde en realidad una estadística subrepticia: contratación temporal con un tiempo límite de un año de fácil extinción, sin indemnización que coloca al trabajador en una incertidumbre absoluta sobre su futuro laboral durante ese tiempo.

---

<sup>15</sup> Al respecto: *Vid.* STEDH, de 20 de octubre de 2009 (TEDH 2009\109) donde este alto tribunal internacional señala claramente que el hecho de no informar a los trabajadores sobre las razones que motivan al empleador a extinguir unilateralmente la relación laboral, entorpece el ejercicio efectivo del derecho del trabajador al acceso a un Tribunal vulnerando con ello el artículo 6.1 del Convenio de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

<sup>16</sup> STC 20/1994 de 27 de enero, fundamento jurídico 2 (RTC 1994\20). En el mismo sentido: *Vid.* BAYLOS GRAU, A., y PÉREZ REY, J., *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta, Madrid 2009, p. 55, y UBILLÚS BRACAMONTE, R.E., y APARICIO ALDANA, R.K., «El despido *ad nutum* como medida inconstitucional de reestructuración laboral», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, nº 380 (2014) 103 -104.

Es decir, con el fin de mejorar las tasas de empleabilidad estable o de larga duración y disminuir estadísticamente los niveles de paro se ha generado un empleo precario, legalizando, de esta forma, diversas maneras de vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores en sus dos dimensiones: La dimensión subjetiva de estabilidad laboral, en tanto no brinda las garantías necesarias para permitirle al trabajador mantenerse en el mismo, lo que hace que en este contrato, el efectivo ejercicio de la primera fase de la dimensión subjetiva de acceso al empleo resulte insuficiente para el desarrollo personal y profesional del trabajador, porque si bien con esta contratación se puede generar nuevos empleos, se accede a un puesto de trabajo que no cumple los requisitos necesarios para ser calificado como digno y, por lo tanto, lo que suscribe el trabajador es un contrato de trabajo precario, vulnerador de derechos fundamentales de los trabajadores y desincentivador del libre desarrollo de su personalidad, lo que no puede ser considerado adecuado cumplimiento del deber del Estado de promoción de una política de pleno empleo. El Estado, por lo tanto, ha abusado de su poder público y con ello ha vulnerado la dimensión prestacional del derecho fundamental al trabajo.

Todo lo dicho hace que la finalidad encubierta de esta norma carezca de respaldo constitucional y, por lo tanto, el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 no supera el juicio de idoneidad o adecuación que exige que la finalidad de la medida sea legítima. Mucho menos supera los juicios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. El primero, porque tiene como objetivo determina si la medida, entre todas las posibles, es la menos gravosa, en este caso, al tratarse de una disposición normativa que, como hemos visto, vulnera de varias formas, derechos fundamentales, no puede considerarse, bajo ningún concepto, la más benigna.

En lo que se refiere al juicio de proporcionalidad en *strictu sensu* este debe ser entendido, desde una perspectiva armonizadora, como un barómetro de la actuación de los poderes públicos y privados sobre los derechos constitucionales de los ciudadanos resolviendo si su intervención en el ámbito material de un derecho, no desborda los estándares razonables de aplicación produciendo con ello el desincentivo de su legítimo ejercicio<sup>17</sup>.

Esta forma de comprender este juicio hace de la regulación del artículo 4.3 de la Ley 3/2012, una medida desproporcionada, pues el legislador utiliza la figura del periodo de prueba para encubrir una nueva forma de extinción de la relación laboral cuya causa es meramente económica, la falta de sostenibilidad

---

<sup>17</sup> Vid. MARTÍNEZ PUJALTE, A.L., «Principios básicos de la interpretación de los derechos fundamentales», en MARTÍNEZ PUJALTE, A.L., y DE DOMINGO, T., *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional: Teoría general e implicaciones prácticas*, Comares, Granada 2011, p. 72.

del puesto de trabajo, legitimando, con ello, la generación de empleo precario, al ser incierto y carente de garantías, por lo que no goza de respaldo constitucional, desincentivando el fomento, en la pequeña y mediana empresa, de creación de trabajo estable digno, lo que a su vez desincentiva, el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de los trabajadores o futuros trabajadores que ven reducidas sus expectativas de estabilidad en el empleo a largo plazo o, por lo menos, de permanencia durante un tiempo cierto, lo que les impedirá, al verse constantemente bajo la tensión de la pérdida repentina del empleo, tomar decisiones para planificar su futuro personal y familiar, lo que desmerece no sólo su propia calidad de vida, sino también la de los suyos.

En conclusión, esta norma, pese a lo dicho por el Tribunal Constitucional, es una disposición arbitraria e irracional porque no responde adecuadamente, ni a la dimensión subjetiva, ni a la dimensión prestacional del derecho fundamental al trabajo exigible a los poderes públicos de generación de pleno empleo, pues esta exigencia no se concreta de cualquier manera, o por decirlo de otro modo, con cualquier tipo de empleo, sino sólo y únicamente con la creación de trabajo decente o digno, tal como puede deducirse de la propia Constitución (artículo 10.1) y de las disposiciones internacionales<sup>18</sup>, además de vulnerar los derechos fundamentales, como el derecho a la no discriminación y a la tutela judicial efectiva, entre otros.

#### IV. SOBRE EL VOTO PARTICULAR

Dicho todo esto sólo resta añadir que el Magistrado Don Fernando Valdés Dal Ré en su voto particular a la STC 119/2014, al que se adhiere la magistrada Doña Adela Asula Batarrita y el magistrado Don Luis Ignacio Ortega Álvarez, también considera que el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 no supera el test de proporcionalidad; sin embargo, las razones que sustentan su decisión, aunque en algunos conceptos coinciden con los aquí expuestos, son distintas a los argumentos aquí defendidos al ser estos más amplios e incluso más tajantes que los presentados por Valdés Dal Ré.

En primer lugar, la perspectiva de la que parte este ilustre jurista también es conflictivista y por lo tanto entiende la figura jurídica del periodo de prueba como una institución restrictiva del derecho del trabajo, por ello, el hecho de no tener en cuenta la naturaleza y fines del periodo de prueba, prescindiendo

---

<sup>18</sup> Sobre el Trabajo decente tener en cuenta la *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa* adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008, en [http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms\\_099768.pdf](http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_099768.pdf), última revisión el 21 de agosto de 2014.

del principio de causalidad, aparece, a partir de un juicio abstracto de constitucionalidad, para el voto particular, como medio para fomentar la contratación de trabajadores en la pequeña empresa y, en consecuencia, esta medida supera, según Valdés Dal Ré el juicio de idoneidad, cosa que desde una perspectiva armonizadora, como la aquí desarrollada, resulta impensable pues, justamente atendiendo a la naturaleza y fines del periodo de prueba es posible percatarse que lo regulado no puede ser considerado como tal, ergo su finalidad es distinta: la generación de empleo precario que no goza, ni tiene protección constitucional por lo que esta medida no supera, desde esta perspectiva, el juicio de idoneidad.

En lo que se refiere al juicio de necesidad, Valdés Dal Ré -al no poder desprender la nueva finalidad impuesta al periodo de prueba por el Tribunal, de la institución jurídica «periodo de prueba»- reduce sus argumentos a la falta de razonabilidad del plazo al no distinguirse entre las diversas labores que realizan los trabajadores interpretándose la frase «en todo caso» como una norma imperativa. Si bien ello no deja de ser cierto, resulta poco para resolver el juicio de necesidad, pues aunque la norma hubiera sido interpretada en forma distinta considerando que su carácter era dispositivo, lo cierto es que ello sólo habría disminuido, en algunos casos concretos, el efecto de la flagrante vulneración de derechos fundamentales, lo cual resulta del todo gravoso e intolerable dentro de un Estado Democrático y Social de Derecho.

Por el contrario, como hemos afirmado, tal disposición lesiona derechos fundamentales de los trabajadores, lo que la convierte del todo en una disposición gravosa, por más que dentro de la misma existieran mecanismos que disminuyeran tal efecto y, por tanto, consideramos que es por esta razón y no por otra que esta disposición tampoco supera el juicio de necesidad.

Por último, en lo que se refiere al principio de proporcionalidad en sentido estricto, Valdés Dal Ré lo entiende como el medio para justificar restricciones de derechos fundamentales o de bienes colectivos mediante un análisis costo-beneficio, de ahí que, en principio, asiente sus fundamentos en razones meramente formales que la doctrina ha considerado razones de insuficiente entidad para la restricción del derecho fundamental al trabajo, como, por ejemplo, el carácter supletorio o de refuerzo del artículo 40.1 de la Constitución Española que regula, como principio rector, el deber del Estado a promover el pleno empleo, por lo que afirma que es imposible que estas políticas restrinjan derechos fundamentales.

Luego, sin embargo, entre otras razones, parece percatarse de la relación entre el derecho al trabajo y las políticas de pleno empleo y del efecto que una medida de tal naturaleza tendría sobre las relaciones laborales surgidas

por el contrato de apoyo a los emprendedores incentivando la contratación precaria y utilitaria de los trabajadores, sin ningún tipo de indemnización, al «ser una abierta invitación a que los empresarios desistan de los contratos celebrados antes de la terminación del periodo de prueba, reponiendo a segundos trabajadores en los mismos puestos de trabajo, cuyo contrato nuevamente se desistirán y así sucesivamente» lo que haría de esta medida irracional, si su fin es la producción de empleo, generando ventajas económicas sólo para una de las partes, el empleador, frente a la privación de los derechos laborales de los trabajadores y, por lo tanto, no justificaría la restricción del derecho del trabajo.

Aunque, en gran parte, estamos de acuerdo con esta última argumentación, no compartimos la idea de que a través de este principio se trate de justificar la restricción de derechos fundamentales, pues estos no pueden ser limitados externamente por otros bienes o intereses jurídicos o por otros derechos, pues los derechos se relacionan unos con otros, cada uno dentro de unos contornos jurídicamente protegibles que se determinan, en virtud de las circunstancias concretas.

Desde una perspectiva armonizadora este principio consiste en determinar si la actuación de los poderes públicos o los privados sobre el ámbito jurídicamente protegible de un derecho fundamental es o no arbitraria, de serlo, la actuación de los poderes públicos no tendría respaldo constitucional alguno y por lo tanto resultaría desproporcionada.

En este caso es evidente que la actuación de los poderes públicos fue arbitraria, al legislar una medida que produce la vulneración del derecho fundamental al trabajo, entre otros derechos fundamentales, y que, además, promueve un desincentivo a la generación de empleo digno por parte de los empresarios y al libre desarrollo de la personalidad de los trabajadores.

En consecuencia es una disposición que produce males y no beneficios a la sociedad y, por lo tanto, se ha actuado fuera de los contornos del derecho fundamental al trabajo y de otros derechos fundamentales; por ello, no es que no se haya restringido el derecho a la libertad de trabajo por no existir razones justificadas, sino que la actuación del poder público y el desincentivo a los privados se encontraba fuera de cualquier ámbito constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales de los trabajadores y por tanto los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Parlamento de Navarra y por los Grupos parlamentarios de Socialistas e Izquierda Plural, así como la cuestión de inconstitucionalidad propuesta por el País Vasco debieron declararse fundados.

