

Por:  
Fermín Gallego Moya\*

## PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEL PERIODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO DE TRABAJO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES

### Resumen

Una de las reformas legislativas más significativas en materia laboral del último lustro en España ha sido la creación de una nueva modalidad de contrato de trabajo indefinido, de apoyo a los emprendedores (art. 4.3 de la Ley 3/2012), cuya principal característica es la fijación de un periodo de prueba con una duración única e inmodificable de un año, sin relación alguna con la categoría profesional o cometido desempeñado por los destinatarios de la norma. Ante la creciente polémica doctrinal y pronunciamientos judiciales dispares frente a una figura que, aparentemente, se aparta de la finalidad propia del periodo de prueba común, se hacía necesario un pronunciamiento urgente por parte del Tribunal Constitucional, que se ha producido a través de tres importantes sentencias, que validan la reforma y apuntan a la verificación de la viabilidad económica del puesto de trabajo como “nuevo” fundamento del periodo de prueba en este contrato. Dedicamos nuestro comentario al análisis de la última de estas Sentencias con las que, definitivamente, se cierra la cuestión, al menos, en el marco de nuestras fronteras. Ocurre, sin embargo, que dentro del Alto Tribunal existen también pronunciamientos, por ahora minoritarios, contrarios a la constitucionalidad de la norma, así como una corriente judicial que postula la inaplicación de la citada norma en atención a preceptos internacionales y de derecho comunitario, por lo que, sin duda, estamos ante una cuestión abierta.

**Palabras clave:** Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, periodo de prueba, control de constitucionalidad, viabilidad económica.

### Abstract

One of the most significant legislative reforms in labour the last five years in Spain has been the creation of a new type of a permanent contract that supports the entrepreneurs (art. 4.3 of Law 3/2012), whose main feature is the attachment of a trial period, with an unchangeable and a short duration of one year, with no relation whatsoever of the professional category or task performed by the recipients of the regulation. With the growing doctrinal controversy and distinctive judicial pronouncements against a figure that, seemingly, diverges from that very purpose of the trial period, an urgent

---

\* Abogado. Profesor del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por Universidad de Murcia. Email: fermingallegomoya@gmail.com.

ruling was made necessary by the Constitutional Court, which has occurred through three important judgments, that validates the reform and aims for the verification of the economic viability of the job as a “new” foundation of the trial period in this contract. We dedicate our commentary to the analysis of the last of these judgments, with which, finally, the question is closed, at least within our borders/limits. It happens, however, that in the High Court rulings also exist, for now minority, opposite to the constitutionality of the regulation, as well as a judicial power that postulates the derogation from that norm, in response to international precepts and to Community law, so, no doubt, this is an open question.

**Keywords:** The permanent contract to support entrepreneurs, probation, control of constitutionality, economic feasibility.

### Sumario

*1. Coordinadas del tema planteado. 2. El (sencillo) supuesto de hecho. 3. Regulación legal y justificación de una nueva modalidad contractual caracterizada por un periodo de prueba fijo y único de un año. 4. Antecedente constitucional que “condicionará” la revolución. La STC 119/2014, de 16 de julio (el periodo de prueba de un año no vulnera precepto constitucional alguno). 5. La STC 8/2015, de 22 de enero, insiste en la valoración empresarial de la “viabilidad económica” del contrato como nueva función del periodo de prueba. 6. La STC 140/2015, de 22 de junio. Confirmación de la “reconducción del periodo de prueba”. 6.1. Planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. 6.2. Posición de la abogacía del Estado. 6.3. Postura favorable del Fiscal General del Estado, por incuestionable vulneración de la igualdad. 6.4. Confirmación (inevitable) de la constitucionalidad de la norma. 6.5. Voto particular. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.*

#### 1. COORDENADAS DEL TEMA PLANTEADO

El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores contempla, con carácter imperativo, su sometimiento durante un año y en todo caso a un periodo de prueba, regla que excede sobradamente la regulación ordinaria del artículo 14 de ET. De la constitucionalidad del artículo 4.3 de la Ley 3/2012 que lo establece dependerá la estabilidad en el empleo de quienes, durante tan largo plazo, vean extinguido su contrato por la vía del desistimiento empresarial. Los pronunciamientos judiciales en la materia se han mostrado vacilantes hasta que, en el ámbito interno, el Tribunal Constitucional (TC) ha dictado las Sentencias 119/2014 y 19/2015 confirmando la constitucionalidad de la norma, resoluciones que se completan, ahora, con la Sentencia 140/2015, que ocupa nuestro comentario y que termina de perfilar la “postura” constitucional ante la validez de tan cuestionado periodo de prueba.

De esta Sentencia, que viene a resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, a través de Auto de 21 de enero de 2014, pocas sorpresas se esperaban; no obstante, esta merece un comentario,

siquiera con el pretexto de dar cuenta de la postura del Fiscal General del Estado, favorable a la estimación de la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional vasco, y que fue destacada por los propios Magistrados de Sala que, discrepantes con el criterio mayoritario, formularon Voto Particular.

## 2. *EL (SENCILLO) SUPUESTO DE HECHO*

Los antecedentes fácticos y procesales de la resolución analizada son simples: una trabajadora es contratada el 18 de junio de 2012, bajo la modalidad indefinida de apoyo a los emprendedores regulada en el artículo 4.3 de Ley 3/2012, viendo resuelta su relación laboral en fecha 13 de febrero de 2013, mediante desistimiento empresarial por no haber superado el periodo de prueba, decisión que, previo intento conciliatorio, da origen al procedimiento judicial en el que se postula la nulidad o subsidiaria declaración de improcedencia de lo que considera ha sido un despido, siendo desestimada su pretensión por el Juzgado de lo Social 6 de Bilbao, que entiende válido el cese mediante desistimiento comunicado dentro del año que, en todo caso, ha establecido el legislador como periodo de prueba en esta modalidad contractual.

## 3. *REGULACIÓN LEGAL Y JUSTIFICACIÓN DE UNA NUEVA MODALIDAD CONTRACTUAL CARACTERIZADA POR UN PERIODO DE PRUEBA FIJO Y ÚNICO DE UN AÑO*

Justificándose, al menos formalmente, en la actual coyuntura política y económica y responsabilizando, sin disimulos, al derecho del trabajo tradicional, de las debilidades actuales de nuestro mercado de trabajo (con una insostenible tasa de desempleo y un alto déficit de competitividad y productividad en nuestras empresas), los gobiernos de turno vienen aprobando, en los últimos años, sucesivas reformas legislativas que, no siempre con buena técnica, afectan de manera directa a instituciones esenciales de esta rama del Derecho.<sup>1</sup>

La más importante, innegablemente, de los últimos lustros, es la acometida por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del

---

1 Puede verse Igartua Miró, María Teresa (2014, diciembre). “Crítica a un nuevo Derecho del Trabajo al servicio de la flexibilidad y subordinado al crecimiento, la competitividad y el empleo”. En *Revista Derecho Social y Empresa* 2, p.116, para quien las medidas adoptadas a partir de la reforma laboral de 2012 muestran un clarísimo giro dado al derecho del trabajo, mediante decisiones de corte más bien político que han convertido un derecho “equilibrador y tutelador” de los intereses de la clase trabajadora en un derecho “dominado por grandes desequilibrios” (desde el derecho del trabajo hasta el derecho del empleo o del pseudoempleo), donde los valores en alza son la empresa, la competitividad, el crecimiento y el empleo, institucionalizándose una lamentable precariedad laboral (nuevo orden jurídico laboral), admitida por los Gobiernos, en la que la nueva clase social de “trabajadores pobres”, se ve desprovista de determinados derechos conquistados en los últimos treinta años.

mercado laboral (inicio de la gran Reforma Laboral), que, entre las medidas instauradas, dio a luz al denominado “contrato de trabajo de duración indefinida de apoyo a los emprendedores”, novedosa modalidad contractual (calificada por la mayoría de autores como medida “estrella”) que se mantendría, con idéntico nombre, en la definitiva Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.<sup>2</sup>

En concreto, el artículo 4 de la Ley 3/2012 establece una nueva modalidad de contrato, dirigida a un colectivo empresarial al que denomina “emprendedores”,<sup>3</sup> cuya finalidad declarada es mejorar las tasas de contratación indefinida en empresas con plantilla inferior a 50 trabajadores (la mayoría de nuestro tejido empresarial, como se ha dicho),<sup>4</sup> a través de un contrato de trabajo indefinido, formalizado por escrito, a jornada completa o parcial, que ofrece una serie de estímulos económicos (bonificaciones fiscales y rebaja de cuotas sociales) pero, sobre todo, la ventaja para el empleador (ap. 3 del art. 4) de poder prescindir libremente, y sin coste, de los trabajadores así contratados durante el primer año de vigencia del contrato (es cierto que con pérdida de las correspondientes ayudas en caso de haberlas solicitado). Se exige, asimismo, para la formalización del contrato, que estas empresas no hayan adoptado en los seis meses anteriores a su celebración, decisiones extintivas declaradas judicialmente como improcedentes, relativas a puestos de trabajo del mismo grupo profesional y ubicados en el mismo centro de trabajo, que ocupará el nuevo trabajador. Como fomento de esta modalidad contractual se prevé una serie de incentivos económicos para el empresario, cuya consolidación exige la permanencia del trabajador durante al menos tres años, así como la posibilidad, para el trabajador, de compatibilizar parte del importe de la prestación por desempleo que viniera percibiendo (25%) con el salario devengado en el nuevo contrato.

---

2 El contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, para servir de instrumento para el fomento del empleo, según reza la exposición de motivos del RDL, introducía importantes novedades con respecto al régimen común: a) la primera, establecer una limitación subjetiva: solamente podrá ser concertado por empresas que tengan menos de 50 trabajadores en el momento de producirse la contratación, si bien de poca trascendencia, dado que estas representan más del 99% de las empresas españolas; b) en segundo lugar, se exigía que este contrato se celebrara a tiempo completo, pero dicho límite desapareció a raíz de la reforma operada en este contrato por el RDL 16/2013, de 20 de diciembre de 2013; c) finalmente, y esta es quizás, la auténtica novedad, se estableció un periodo de prueba cuya duración, “en todo caso” habría de ser un año, sin posibilidad (en principio) de alteración por vía contractual o convencional.

3 “Emprendedores”, según el Diccionario de la RAE, son quienes “emprende(n) con resolución acciones o empresas innovadoras”.

4 No se entiende bien que se recurra al número de 50 trabajadores para marcar las diferencias entre quienes son “emprendedores” y quienes no lo son a los efectos de esta ley, pero, en todo caso, una empresa con una plantilla cercana a los 50 trabajadores parece exteriorizar una consistencia que, en mi opinión, no precisa de una incentivación al empleo por la vía de un contrato que priva durante un año de estabilidad laboral a los trabajadores contratados.

Lo más característico del contrato es el “reclamo” que supone facilitar su extinción sin preaviso ni coste indemnizatorio durante el primer año de vigencia.<sup>5</sup> Duración de un año que, es palmario, supera la que, con carácter general, y en defecto de convenio colectivo, establece el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores: seis meses para técnicos titulados y dos meses (ampliable a tres, en empresas de menos de 25 trabajadores) para los demás trabajadores; junto a su duración, destaca igualmente el no establecimiento de reglas que diferencien a los trabajadores según su titulación, capacitación o nivel formativo, aplicándose por igual, a todos, el mismo periodo de prueba.

En coherencia con el expresamente admitido propósito de generación de empleo estable y superador de la crítica coyuntura existente en la fecha de promulgación de la Ley, su Disposición transitoria 9ª establece una —también novedosa— regla de vigencia, vinculada a la superación de determinados umbrales de desempleo. En efecto, los contratos indefinidos de apoyo a emprendedores podrán utilizarse “hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento”.<sup>6</sup> Este carácter de vigencia “a extinguir” es lo que, por otra parte, justificaría la no inclusión de la nueva figura contractual en el articulado del Estatuto de los Trabajadores.<sup>7</sup>

Sin duda, el rasgo más identificativo y controvertido del nuevo contrato es el establecimiento, en el mismo, de un periodo de prueba de un año de duración en todo caso. En efecto, el artículo 4 Ley 3/2012, tras indicar que, con carácter general, el régimen jurídico de este nuevo contrato será el común, viene a precisar que “con la única excepción de la duración del periodo de prueba a que se refiere el Estatuto de los Trabajadores, que será de un año en todo caso”. Con carácter general, pues, el periodo de prueba aquí instituido se ajustará a las previsiones del artículo 14 de ET, salvo en lo atinente a la duración, si bien esta última no nos parece una nota menor,

---

5 En ese sentido, Fernández Márquez, Óscar (2014). *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 95, para quien las particularidades del periodo de prueba en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores no son accidentales, sino “sustanciales”, pues la funcionalidad de prospección, propia del periodo de prueba, puede haber cedido a favor de una utilidad netamente distinta de promoción o fomento del interés de la empresa por la contratación del trabajador mediante la instrumentalización del periodo de prueba como una suerte de “franquicia de despido” —vía libre para la extinción del contrato— durante todo el primer año de vigencia de este nuevo contrato.

6 Se echa en falta, quizás, que esta regla de vigencia limitada no se haya aplicado, igualmente, a otras disposiciones restrictivas de derechos para los trabajadores (véase la rebaja de la indemnización por despido o la supresión de los salarios de tramitación en los supuestos de improcedencia, salvo las excepciones legales), disposiciones que, tradicionalmente arraigadas en nuestro ordenamiento, han sido abiertamente minoradas con el único pretexto de fomentar la creación de empleo, debiendo asistirles, pues, la misma identidad de razón, en cuanto a su vigencia limitada al mantenimiento de la actual coyuntura de empleo.

7 Como indica Fernández Márquez, Óscar (2014: 99), las notas de “extrasistematicidad” y “coyunturalidad” de la regulación del contrato de apoyo a emprendedores, estrechamente conectadas entre sí, dan cuenta de la singularidad que adquiere el periodo de prueba en el contexto de esta figura contractual.

en la medida en que la misma podría estar propiciando una finalidad del periodo de prueba distinta a la que, en su esencia, ha venido representada, tradicionalmente, por la necesidad de desarrollar las experiencias propias del contrato de trabajo en la verificación de las cualidades y aptitudes profesionales del trabajador.

De manera que el establecimiento, con carácter imperativo, de una duración fija de un año para este periodo de prueba (que, además, no admitiría reducciones por la negociación colectiva ni la voluntad de las partes contratantes) se apartaría claramente de esa finalidad típica y justificativa de la institución.<sup>8</sup> Y es, en efecto, la duración del periodo de prueba, sorprendente por su extensión, por su desconexión de las características de la actividad y puesto contratado y, en fin, por su alejamiento de la propia esencia jurídica del “clásico” periodo de prueba, lo que mayores críticas doctrinales ha desatado, siendo lugar común entre los estudiosos del derecho laboral la sospecha de que, pese a la denominación de contrato “indefinido”, la figura analizada torna, en realidad, en un contrato temporal sin necesidad de causa, cuya finalización, libre y no sujeta a indemnización alguna, depende de la mera voluntad de un empresario que, en estas condiciones, se encontrará tentado a la resolución *ante tempus*.<sup>9</sup> Las “bondades” de la norma parecen tener más que ver, por tanto, con su aparente finalidad (la de fomentar la creación de empleo) que con el acierto, en términos jurídicos, del periodo de prueba instituido.<sup>10</sup> Y es que, difícilmente podemos encajar la imposición, en todo caso, y sin mecanismos de causalización, de un periodo de prueba de un año de duración, en el puzzle de una institución que, precisamente, modula (y justifica) su diferenciada duración en motivos tales como el tipo de actividad, la complejidad de la tarea contratada o el perfil del empleado.

---

8 Finalidad atípica a la que, como luego se indicará, se le han ido “sumando” otras como la comprobación de la viabilidad económica del puesto de trabajo contratado.

9 No obstante ser este “riesgo” uno de los más advertidos, no tenemos datos significativos que permitan establecer qué proporción de contratos de apoyo a emprendedores se han extinguido durante el primer año del periodo de prueba. Al respecto, el Servicio Público de Empleo (según información extraída del trabajo elaborado por Martín Hernández, María Luisa [2015, enero]. “El contrato de apoyo a emprendedores. Las continuas dudas sobre la conformidad de la configuración jurídica del contrato de duración indefinida de apoyo a los emprendedores a los vigentes principios básicos del Derecho del Trabajo”. En *Revista Española de Derecho del Trabajo* 172), p. 274, habría ofrecido los siguientes datos estadísticos sobre número de contratos indefinidos de apoyo a emprendedores suscritos: en 2012, 77.260; en 2013, 77.974; y en 2014, 98.661. No contamos, sin embargo, con una estadística de los contratos que habrían sido extinguidos antes del vencimiento del citado periodo de prueba.

10 Así, según Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (2013, enero-marzo). “Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores: argumentos para la inconstitucionalidad del periodo de prueba”. En *Revista Española de Derecho del Trabajo* 158. Civitas, p. 202, la previsión de un periodo de prueba de un año para los contratos de apoyo a emprendedores, no solo supone una ruptura con los dos procesos que históricamente ha experimentado el derecho del trabajo (el de reducir a la mínima expresión el ámbito de aplicación del desistimiento empresarial —al ser este un supuesto de ineficacia contractual— y el concebir de manera cada vez más restrictiva los motivos resolutorios) sino que, además, tensiona los contornos conceptuales de esta institución.

Ahora bien, al haber decidido el legislador la “integración” de esta posibilidad de desistimiento libre durante un año, en la institución del periodo de prueba, ha venido a aceptar que el grueso de reglas inherentes a la institución, salvo su duración, son plenamente aplicables a estos contratos de apoyo a emprendedores. Es cierto que legalmente no habría sido sencillo incluir en la configuración de un contrato indefinido una disposición que permitiese el despido libre durante un determinado límite temporal; por lo que presumimos que esa dificultad de encaje legal es la que ha obligado a “forzar” los límites del periodo de prueba, que pueden haberse “desnaturalizado” en el contrato de apoyo a emprendedores.<sup>11</sup> Y así, si se ha optado por denominar como periodo de prueba al tiempo que transcurre, en todo caso, desde la suscripción del contrato hasta el cumplimiento de un año de duración, hay que afirmar que, durante el mismo, trabajador y empresario han de quedar afectados por las reglas que en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores configuran su régimen jurídico.

En estas circunstancias, como era previsible, nuestros Tribunales ordinarios han mantenido criterio dispar;<sup>12</sup> por lo que resultaba de capital importancia que nuestro Tribunal Constitucional se pronunciase sobre la validez de esta norma, desde la perspectiva de su “legalidad constitucional”, algo que ha hecho mediante las tres resoluciones citadas al comienzo y que son objeto de este comentario.

4. ANTECEDENTE CONSTITUCIONAL QUE “CONDICIONARÁ” LA RESOLUCIÓN. LA STC 119/2014, DE 16 DE JULIO (EL PERIODO DE PRUEBA DE UN AÑO NO VULNERA PRECEPTO CONSTITUCIONAL ALGUNO)

La primera de estas Sentencias fue la STC 119/2014, 16 de julio de 2014 (RTC 2014/119), en la que, reunida la Sala en Pleno,<sup>13</sup> vino a resolver el recurso de inconstitucionalidad que, con fecha 5 de octubre de 2012, presentara el Parlamento de

---

11 De este modo, si teleológicamente no puede entenderse como periodo de prueba, automáticamente debe calificarse simplemente como un “periodo habilitado para el desistimiento” (Beltrán, 2013: 212).

12 Una atinada síntesis de cuáles han sido las posturas judiciales frente al problema, es la realizada por Martín (2015: 274) al indicar que dos son las opciones que se han acogido: la primera, aceptar la legalidad y aplicar sin discusión el artículo 4.3, de manera que cualquier extinción del contrato durante el primer año de vigencia de su periodo de prueba es válida, sin necesidad de cumplir requisitos adicionales, salvo que se aprecie vulneración de derechos fundamentales; la segunda, cuestionar la conformidad del mencionado artículo con las normas superiores internas (la Constitución), o externas, bien de derecho internacional bien comunitarias; dentro de esta segunda opción, los órganos jurisdiccionales han seguido, a su vez, tres vías: 1) la suspensión del procedimiento y el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional; 2) el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, previa suspensión, igualmente, del procedimiento; y 3) aplicar directamente las normas de derecho comunitario, en virtud del principio de primacía aplicativa de este, entendiendo que la regla contenida en el artículo 4.3 es contraria al mismo.

13 La Sentencia fue objeto de un contundente Voto Particular del Magistrado F. Valdés Dal-Ré al que se adhieren sus compañeros de Sala, A. Asúa Batarrita y L. Ortega Álvarez.

Navarra frente a los artículos 4 y 14. Uno y Tres de la Ley 3/2012, por vulneración de los artículos 35.1, 37.1, 24.1 y 14 de CE. El Alto Tribunal confirma la constitucionalidad del periodo de prueba de un año, negando la vulneración de los preceptos citados, para lo que realiza diversas consideraciones:

a) Con respecto a la pretendida vulneración del artículo 35.1. merecen ser destacados los siguientes argumentos del Tribunal:

- El derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 de CE no es absoluto ni incondicional, sino que puede quedar sujeto a limitaciones justificadas en atención a la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela, entre otros, la libertad de empresa y el mandato a los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad, lo que, como exigencia derivada del artículo 38 de CE puede legitimar el reconocimiento legal en favor del empresario de determinadas facultades de extinción del contrato de trabajo integradas en sus poderes de gestión de la empresa, incluida la de desistimiento del contrato durante su periodo de prueba, peculiaridad que se encuentra en sintonía con lo dispuesto en el Convenio 158 OIT que en su artículo 2.2 autoriza a los Estados a excluir las garantías establecidas en dicho Convenio respecto a “los trabajadores que efectúen un periodo de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido”, con el requisito de que “en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable”.

- Debe tomarse en consideración el mandato que el artículo 40.1 de CE dirige a los poderes públicos para llevar a cabo “una política orientada al pleno empleo”; objetivo que, conforme a nuestra doctrina constitucional, configura la dimensión colectiva del derecho al trabajo y cuya atención puede legitimar limitaciones en la ya referida vertiente individual de este derecho, de manera que una determinada restricción al derecho individual al trabajo sería constitucional siempre que con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo.

- No obstante, las posibles restricciones al artículo 35.1 de CE, además de precisar una justificación legítima, “no pueden ser absolutas... ni obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable”, debiendo en todo caso “ser proporcionadas al fin perseguido con ellas”, de manera que ha de valorarse si la vulneración del artículo 35.1 de CE que los recurrentes imputan al artículo 4.3 de la Ley 3/2012, encuentra justificación razonable y proporcionada, en atención a la preservación de otros derechos y bienes constitucionales. Y en este ámbito, el objeto y finalidad de la específica regulación considerada es, de conformi-

dad con el preámbulo y el artículo 4.1 de la Ley 3/2012, el fomento de la contratación indefinida y de la creación de empleo estable por empresas de menos de cincuenta trabajadores, al tiempo que se potencia la iniciativa empresarial; medida que además es coyuntural, al vincularse a una concreta situación del mercado de trabajo de muy elevado desempleo y que, sin duda, conecta con el deber de los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE). En este contexto, la cuestionada duración del periodo de prueba previsto en este tipo de contratos puede interpretarse como un instrumento adicional de incentivación de la creación de empleo, al disponer el empresario de un periodo de tiempo, superior en principio al previsto con carácter común, durante el que poder constatar no solo la aptitud y capacidad del trabajador contratado, sino también la sostenibilidad económica del nuevo puesto de trabajo creado, contribuyendo a la necesidad empresarial de determinar, en un contexto de crisis como el actual, si el puesto de trabajo es viable económicamente y, por tanto, sostenible.

- Las anteriores finalidades encuentran relación, según indica el Pleno del Tribunal, con la interpretación efectuada por la OIT sobre la previsión del artículo 2.2 del Convenio 158, que excluye de las garantías del Convenio a los trabajadores a prueba, cuyo límite de duración no debe ser “excesivamente largo”.

- Destaca también el Tribunal cómo la facultad de desistimiento queda sujeta a importantes limitaciones o condiciones legales, algunas de las cuales se traducen en paralelas garantías en favor de los trabajadores y del empleo, tales como establecer cautelas dirigidas a disuadir a los empresarios de ejercer la facultad de desistimiento antes de que transcurra el periodo de prueba de un año (obligación de no alterar el nivel de empleo durante al menos un año desde la celebración del contrato y mantener en el empleo al propio trabajador contratado durante al menos tres años, so pena de tener que reintegrar los incentivos, o favorecer la posibilidad de que el trabajador compatibilice el salario con prestaciones contributivas por desempleo previamente reconocidas, además del reconocimiento de que, tras la superación de dicho periodo de prueba, se consolidará con plenos efectos su condición de trabajador indefinido en la empresa.

- En última instancia, se indica —a modo, si se nos permite de eslogan— que, desde un punto de vista lógico e, incluso, cronológico, antes del derecho a la estabilidad en el empleo figura el derecho de acceso al mismo; este se integra en el contenido esencial del derecho al trabajo que, en su dimensión individual, reconoce el artículo 35.1 de CE.

- b) En cuanto a la pretendida vulneración del artículo 14 de CE, que derivaría de la duración injustificada e indiferenciada del periodo de prueba, ajena a las diferencias derivadas de la distinta cualificación de los trabajos a desempeñar, señala el Tribunal que, además de no haber un “reproche de discriminación por indiferenciación”, resulta que, como se ha analizado, la medida cuestionada supone ampliar la finalidad tradicional del periodo de prueba, para incluir la verificación de si el puesto de trabajo es económicamente sostenible y puede mantenerse en el tiempo, finalidad adicional 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.
- c) Analizando la posible vulneración del derecho a la negociación colectiva del artículo 37.1 de CE, en cuanto a la limitación injustificada que el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 habría impuesto a la autonomía colectiva en la determinación de la duración del periodo de prueba, al convertir en indispensable el establecimiento de un periodo de prueba de un año, “en todo caso”, el Tribunal sostiene:
- Que aunque el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva por el artículo 37.1 de CE comporta, como contenido esencial, la libertad de contratación (y dentro de este derecho constitucional se integra la libertad de estipulación) resulta constitucionalmente admisible que, en la regulación de la relación laboral, el legislador pueda limitar, por razones justificadas, el alcance de la intervención de la negociación colectiva sobre determinados aspectos o materias.
  - Que no hay que olvidar que el artículo 35.2 de CE remite a “la ley” la regulación de un estatuto de los trabajadores, por lo que la configuración de los aspectos relativos a las relaciones laborales se defiere al legislador (estatal), del mismo modo que, cuando el artículo 37.1 de CE ordena a “la ley” garantizar el derecho a la negociación colectiva laboral y la fuerza vinculante de los convenios, está confiriendo al legislador un papel activo en la concreción y desarrollo de este derecho (algo totalmente opuesto a su “desapoderamiento” en favor del convenio), pudiendo establecer, por tanto, en aplicación del principio jerárquico de primacía de la ley, limitaciones que “escapan al poder de disposición de las partes negociadoras”.
  - En cuanto a la determinación de si las posibles restricciones legales a la libertad de estipulación, mediante el establecimiento de normas de derecho necesario absoluto indisponibles para la autonomía colectiva, son razonables y proporcionadas, a efectos de su ajuste al texto constitucional, se remite el Tribunal a los argumentos anteriores, añadiendo

que la duración del periodo de prueba de un año en el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores actúa como garantía hábil para evitar que, a través de la negociación colectiva, se pueda reducir o eliminar el potencial incentivo a la contratación indefinida que mediante esta medida ha querido introducir el legislador.

- d) Con respecto a la igualmente aducida infracción del artículo 24.1 de CE (tutela judicial efectiva), basada en que la plena libertad de desistimiento del contrato durante un periodo tan dilatado (un año), privaría al trabajador, además de cualquier tipo de resarcimiento, de la capacidad de reacción frente al desistimiento empresarial, impidiendo el control judicial de dicha decisión, considera el Tribunal que dicha alegación carece de fundamento, y lo razona de manera tajante, al advertir que este derecho fundamental se reconoce “en el ejercicio” de los derechos e intereses legítimos, siendo las normas sustantivas (en este caso, el art. 4 de la Ley 3/2012) las que delimitan el alcance de tales derechos e intereses, de manera que, frente al desistimiento empresarial está garantizado el pleno acceso a la tutela de los jueces y tribunales para impugnar las decisiones no ajustadas al régimen jurídico establecido por la Ley, o que contraríen derechos fundamentales. Lo que no garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva —concluye el Tribunal— es el acceso a la jurisdicción para exigir una justificación causal del desistimiento empresarial en todo caso, o una indemnización en caso de desistimiento; exigencias que la norma sustantiva no contempla con respecto de ningún periodo de prueba.<sup>14</sup>

5. *LA STC 8/2015, DE 22 DE ENERO, INSISTE EN LA VALORACIÓN EMPRESARIAL DE LA “VIABILIDAD ECONÓMICA” DEL CONTRATO COMO NUEVA FUNCIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA*

El 22 de enero de 2015, el Tribunal Constitucional dictó la esperadísima STC 8/2015 (RTC 2015/8), resolviendo el recurso de inconstitucionalidad 5610-2012

---

14 La Sentencia del Alto Tribunal ha sido objeto de duras críticas, pudiendo destacar la de Salcedo Beltrán, Carmen. “De nuevo sobre el periodo de prueba tras la doctrina del Tribunal Constitucional: el necesario respeto a las normas internacionales”. En *Revista de Derecho Social* 68, p. 154, para quien “ninguno de los argumentos señalados en la sentencia es admisible desde el punto de vista del ordenamiento laboral y supone un absoluto desprecio a los derechos sociales básicos, admitiendo la posibilidad de su reducción o supresión por motivos estrictamente económicos. La gran mayoría de ellos permiten concluir que la crisis económica legitima a un país adoptar cualquier medida con independencia de los derechos laborales que reconoce la normativa nacional, internacional e incluso la Constitución Española, dejando de ser lo que su propia denominación indica “derechos” para pasar a ser simples prerrogativas supeditadas al arbitrio del legislador, que dependiendo de la coyuntura económica los otorga o elimina. Esta sentencia es, en suma, un ejemplo que entiende que es fundamental crear empleo, aunque sea sin derechos.

presentado por varios grupos políticos<sup>15</sup> frente a diversos artículos y disposiciones de la Ley 3/2012 (entre ellos el que nos atañe). No obstante, en lo que se refiere a los argumentos con los que, obviamente, mantiene la ya declarada constitucionalidad del artículo 4.3 de dicha norma, no hace la sentencia (FD 3) más que resumir lo que ya dijera su predecesora, insistiendo, como dato más destacable, en la “nueva” finalidad de este periodo de prueba como instrumento para verificar si el puesto de trabajo indefinido que se crea con carácter indefinido resulta “viable económicamente”.<sup>16</sup>

Sí hay algo nuevo en la sentencia, y es la contestación que se da al nuevo “reproche de constitucionalidad”, consistente en la supuesta vulneración que del artículo 14 se produce, al no reconocerse indemnización aparejada al cese en periodo de prueba, lo que sí sucede, por regla general, en los contratos temporales. El Alto Tribunal “despacha” esta nueva cuestión indicando, por una parte, que lo que se cuestiona es un efecto jurídico del periodo de prueba cuya regulación no se efectúa en el artículo 4.3 impugnado, sino en las normas a las que se remite, únicas a las que podría imputarse vicio de inconstitucionalidad; en segundo término, no estima exista término válido de comparación, dada la diversidad de los regímenes jurídicos aplicables a cada uno de los colectivos; por último, y en todo caso, la no atribución de indemnización no implica diferencia de trato contraria al artículo 14 de CE, sino que es una consecuencia intrínseca a la propia institución del periodo de prueba, común a todos los contratos de trabajo.

## 6. LA STC 140/2015, DE 22 JUNIO. CONFIRMACIÓN DE LA “RECONDUCCIÓN” DEL PERIODO DE PRUEBA

### 6.1. Planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad

La demanda de despido que originó el procedimiento al que pone fin la STC 140/2015 fue desestimada, como se ha indicado, por Sentencia del Juzgado de lo Social 6 de Bilbao. Elevado el recurso de la actora a la Sala de lo Social del TSJ País Vasco, y en contra del criterio del Magistrado que, en minoría, pretendía estimar la suplicación por considerar contraria a la normativa europea (arts. 20, 21, 30 y 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión) la posibilidad de que el contrato

15 El recurso lo interponen Diputados del Grupo Parlamentario Socialista y Grupo Parlamentario la Izquierda Plural (IU, ICV-EUIA, CHA).

16 Como era de esperar (la publicación digital “Legaltoday.com” anunciaba, antes de su redacción, que la sentencia iría acompañada de los votos particulares de los tres magistrados progresistas que se habían posicionado a favor del recurso) se formuló Voto Particular por el Magistrado F. Valdés Dal-Ré, al que se adhieren sus compañeros de Sala, A. Asúa Batarrita y L.I. Ortega Álvarez. Publicaciones especializadas (Aranzadi digital, 3-02-2015) titularon la noticia “Magistrados del TC critican que el Alto Tribunal respalde la reforma laboral apoyándose en la crisis”.

se extinga durante su primer año por no superación de la prueba, decide el TSJ (ante la no oposición del Ministerio Fiscal, el silencio de la empresa, y las alegaciones de la actora) plantear ante el TC cuestión prejudicial, por entender que la norma en cuestión podría vulnerar diversos preceptos constitucionales, dependiendo, de la respuesta que diera el TC, la consideración del cese de la trabajadora como un cese válido o como un despido. En concreto, las dudas de constitucionalidad se centraron en la posible vulneración de los siguientes principios:

- a) Igualdad (art. 14 de CE), al alterarse la regulación ordinaria de plazos máximos por titulación, contenida en el artículo 14 de ET, sin que el tamaño de la empresa (menos de 50 trabajadores) o la modalidad contractual creada *ad hoc* constituyan una especificidad habilitante.
- b) Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9 de CE), conectada con el principio de igualdad, por falta de elementos que justifiquen un periodo tan amplio de prueba, al no existir causa efecto entre este y el fomento del empleo.
- c) Derecho al trabajo (art. 35.1 de CE), en su dimensión individual, plasmado en el derecho a la estabilidad en el empleo (no ser despedidos sin justa causa), que se conculcaría estableciendo un periodo de prueba de un año, que excede de manera relevante la regulación general del artículo 14 de ET, sin conexión, además, con el puesto de trabajo, los servicios encomendados o la titulación del empleado.
- d) Negociación colectiva (art. 37.1 de CE), al cerrarse el paso, con tan rígido precepto, a su adaptación por la autonomía colectiva.
- e) Tutela judicial efectiva (art. 24.1 de CE), en la medida en que se impide la discusión, en sede judicial, de la justificación de la extinción del contrato, durante el plazo de un año.

## 6.2. Posición de la abogacía del Estado

La Abogacía del Estado sostiene la constitucionalidad del precepto, al que no cabe enjuiciar de forma aislada, sino encuadrado sistemáticamente en el conjunto de las normas reformadoras que, en la actual situación socioeconómica, pretenden fomentar el empleo estable, destacando que el plazo de un año se ha establecido en una única modalidad de contrato, sin que de ello se derive, además, perjuicio para las expectativas prestacionales. En concreto:

- a) La diferenciación objetiva con el resto de modalidades contractuales hace innecesaria la aplicación del principio de igualdad de trato legislativo.

- b) No existe arbitrariedad, al favorecer la medida indicada, a la que se ha dado un tratamiento legislativo diferenciado, una mayor flexibilidad en la contratación que fomentará la creación de empleo estable.
- c) El desistimiento por no superar la prueba no ataca, en sí mismo, el derecho al trabajo, cuya invocación no cabe en abstracto, no peligrando la estabilidad en el empleo por responder el cese a una justa causa de extinción, tomada la norma en su finalidad y en conjunto; sí lo hace su utilización fraudulenta o torticera, previendo nuestro ordenamiento para ello la consecuente ilicitud.
- d) El nivel de legalidad constitucional exigido por la tutela judicial se respeta permitiendo el acceso del trabajador a la jurisdicción, debiendo, la parte que desiste, estar en disposición de probar en sede judicial la existencia de causa suficiente.
- e) El carácter de derecho necesario, garantizador de bienes básicos o aspectos relevantes, con que se impone “en todo caso”, el plazo de un año, no infringe el derecho a la negociación colectiva, pues con independencia de que pudiera valorarse como excesivo dicho plazo, su determinación en una concreta modalidad contractual es objeto de libre configuración legislativa, en función de los criterios de oportunidad apuntados, sin que pueda considerarse un arbitrio legislativo que afecte de forma ostensible e indebidamente restrictiva al núcleo esencial de la negociación colectiva.

### 6.3. *Postura favorable del fiscal general del Estado, por incuestionable vulneración de la igualdad*

La Fiscalía General del Estado, que manifiesta no comprender dónde puede encontrarse la relación causa-efecto entre la duración del periodo de prueba de un año y el fomento del empleo estable y de los jóvenes, interesó la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad, basándola, esencialmente, en la vulneración que la norma supone del principio de igualdad, conectado, derivadamente, con la interdicción de la arbitrariedad, el derecho al trabajo y la negociación colectiva, no apreciando, sin embargo, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

- a) En efecto, partiendo de una situación idéntica de dos trabajadores en la misma empresa, el trabajador al que se aplicase la modalidad contractual analizada, quedaría en franca situación de desigualdad con respecto al amparado por la normativa ordinaria, al ser sus derechos más volátiles, durante un año, sin justificación alguna.
- b) El legislador que propicia esta desigualdad actúa, además, arbitrariamente.

- c) Como criterio reforzado del principio de igualdad, el derecho al trabajo queda atacado desde la falta de fundamentación, razonabilidad y proporcionalidad de la medida.
- d) Del mismo modo, la vulneración de la negociación colectiva, no deriva de la (en ocasiones legal) sustracción a aquella de este ámbito de regulación, sino de la inexistencia de razones objetivas y proporcionadas a la finalidad que se pretenda con esa sustracción objetiva.
- e) Por último, la propia posibilidad de cuestionar, por la vía de esta cuestión, la constitucionalidad de la norma, vendría a confirmar la no vulneración de la tutela judicial efectiva; en efecto, en caso de cese durante el periodo de prueba, la justa causa radica en la propia naturaleza del instituto, quedando garantizada la respuesta judicial a través, precisamente, de la cuestión que plantea el TSJ vasco por considerarlo, en este caso, excesivo, irrazonable y desproporcionado.

#### 6.4. *Confirmación (inevitable) de la constitucionalidad de la norma*

Como cabía esperar, el TC, haciendo referencia inmediata a sus pronunciamientos previos, ha venido a confirmar la constitucionalidad de la norma cuestionada, sin añadir, en realidad, nada nuevo a lo ya dicho.

- a) Para salir “airoso” ante la contundente invocación de violación del principio de igualdad (los demás derechos lo son, ciertamente, por conexión) el Tribunal, consciente de lo desproporcionado del plazo, en todo caso, de un año, para verificar la aptitud del trabajador a prueba, viene a establecer que, en esta concreta modalidad contractual (y con ello salva el reproche de trato desigual) se ha “ampliado la finalidad tradicional del periodo de prueba” desde la perspectiva empresarial, sirviendo el plazo de un año para verificar la sostenibilidad económica y posibilidad del mantenimiento del puesto de trabajo, plazo, desde esta perspectiva, válido para todos los trabajadores sin distinción de categoría o cualificación.
- b) “Superado” así el primer escollo, niega, seguidamente, el Tribunal la arbitrariedad de la norma, y lo hace guiado por la necesaria “prudencia” que —dice— ha de regir el control de constitucionalidad, respetando las opciones políticas del legislador sin imponer constricciones indebidas al poder político. Desde este planteamiento no puede el Tribunal tachar de “arbitraria” una norma que no denota una absoluta irrazonabilidad (al haberse “encontrado” la nueva funcionalidad de verificar si el contratado es económicamente sostenible) y que viene, además, del brazo coyuntural

de la crisis económica cuyos efectos se pretenden paliar, precisamente, con medidas legislativas como la que la norma cuestionada incluye.

- c) No se vulnera la estabilidad en el empleo y la causalidad de la extinción contractual inherentes al derecho al trabajo en cuanto que la medida legislativa es razonable, proporcionada y necesaria; en efecto, se enmarca en un escenario de grave crisis económica, y tiene un carácter excepcional y limitado en el tiempo (mientras la tasa de desempleo no baje del 15%); se ciñe solo a empresas de pequeñas dimensiones (no parece importar al Tribunal que estas sean la práctica totalidad del tejido empresarial español), para las que los beneficios de cotización y fiscales se condicionan, además, al mantenimiento ulterior de estos contratos; superado el periodo de prueba, el trabajador consolida un empleo con carácter indefinido; existe una proporcionalidad entre el sacrificio de garantías laborales y los beneficios, individuales y colectivos, que esta medida reporta; y se acepta, como necesario, que la facultad de libre resolución durante un año sea el incentivo que lleve al empresario a acudir a este tipo de contrato indefinido.
- d) Con una preocupante concepción negativa de la autonomía colectiva, considera el Tribunal legítimamente justificado el carácter de esta norma como imperativa e indisponible para los convenios, por ser —dice— la única forma de impedir que la actuación de la autonomía colectiva “frustre”, mediante su modificación, el legítimo objetivo de creación de empleo que se garantiza manteniendo el incentivo empresarial de desistimiento *ad nutum* durante un año.
- e) Por último, está garantizado en todo caso, el acceso a los Tribunales, en la impugnación de cualquier decisión no ajustada al régimen jurídico establecido en la Ley (desistimiento transcurrido el plazo máximo, establecimiento del periodo de prueba cuando se desempeñaron idénticas funciones previamente, ceses discriminatorios, etc.); la tutela judicial no garantiza que pueda exigirse además, a través de la Jurisdicción, una justificación causal del desistimiento empresarial, pues ello no procede en ninguna otra modalidad contractual.

### 6.5. Voto particular

En coherencia con la postura mantenida desde la primera de las resoluciones comentadas, la Sentencia se acompaña del Voto particular que formulan los magistrados Asua Batarrita y Valdés Dal-Ré, quienes manifiestan su discrepancia con la fundamentación jurídica y el Fallo de la Sentencia, que entienden debió ser estimatorio por vulneración del derecho al trabajo (art. 35.1 de CE).

Los magistrados discrepantes hacen una remisión expresa a lo manifestado en el Voto particular formulado a la STC 119/2014,<sup>17</sup> destacando ahora, expresamente, la postura del Fiscal General del Estado que, en sus alegaciones, interesó la estimación de la cuestión por considerar que la extensión a un año de la duración del periodo de prueba del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores resultaba contraria a los artículos 9.3, 14, 35.1 y 37.1 del texto constitucional. Excediendo del objeto de este trabajo analizar con detalle los argumentos esgrimidos por los magistrados discrepantes, podemos sintetizar, sin embargo, las siguientes ideas fuerza:

- a) Debe presumirse una correspondencia plena entre el *nomen* asignado por el Legislador al periodo de prueba en el contrato de emprendedores y la configuración (naturaleza, funciones o efectos, etc.) que resulte de aplicación. Esto es, el periodo de prueba no es, en el contrato de emprendedores, una institución jurídica distinta a la que regula el artículo 14 de ET.
- b) El artículo 35.1 de CE obliga al legislador a aprobar normas que faciliten la creación, no de cualquier trabajo, sino de un trabajo “decente” o digno; esto es, un trabajo productivo realizado en condiciones de libertad, equidad y seguridad, que permita al trabajador el desarrollo de su personalidad y el respeto a su dignidad (art. 10.1 e CE) en un marco jurídico en el que los derechos de los trabajadores sean reconocidos y activamente defendidos y los propios trabajadores cuenten con una adecuada protección social. Y forma parte de la “estructura” del derecho al trabajo “la reacción frente a la decisión unilateral del empresario”, la cual incluye, además de las garantías formales y causales del despido, el resarcimiento económico (indemnización).
- c) Más allá de nuestro derecho interno, han de tenerse muy presentes los compromisos internacionales y comunitarios que obligan a una configuración legal del despido formal y casual, y a interpretar las normas de la forma más favorable a dicha configuración en la medida en que pertenece al contenido del derecho al trabajo *ex* artículo 35.1 de CE; entre ellos, el artículo 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; los artículos 24 y 4.4. de la Carta Social Europea 1961; o el Convenio de la OIT 158 de 1982, sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, al que se une la Recomendación 166.
- d) Siendo el periodo de prueba una excepción a la aplicación del principio de causalidad, integrante del derecho al trabajo, su ordenación jurídica

---

17 Voto particular que formuló el Magistrado Valdés Dal-Ré, al que se adhieren la Magistrada Asua Batarrita y el Magistrado Ortega Álvarez.

no admite excesos legislativos, no resultando admisibles aquellas regulaciones que no respondan a su función o que no respeten el principio de proporcionalidad entre el derecho que se pretende facilitar, la libertad de empresa (artículo 38 de CE), y el derecho que se sacrifica, el derecho al trabajo. Y en este caso, la falta de razonabilidad en la duración del periodo de prueba no logra superar el más benevolente test de constitucionalidad.

- e) Ninguna de las razones esgrimidas por la Sala (el carácter coyuntural del contrato, la semejanza con otras “medidas de actuación”, los beneficios fiscales y bonificaciones, o la consideración de la duración del periodo de prueba como “un instrumento adicional de creación de empleo”) son, según los magistrados discrepantes, argumentos suficientes para superar el test de constitucionalidad.
- f) En la medida en que la duración del periodo de prueba del contrato de emprendedores no cumple con esas elementales exigencias para justificar la limitación fundada en el artículo 38 de CE, el legislador, lejos de conciliar los intereses de las partes de la nueva modalidad de contrato de trabajo implantada por la Ley 3/2012, restringe desproporcionadamente el principio de causalidad, vulnerando el contenido del derecho al trabajo ex artículo 35.1 de CE. Por todo ello, la regla a examen habría de haber sido tachada de inconstitucional y nula, en criterio del Voto particular.

## 7. CONCLUSIONES

La extensión necesariamente breve de este comentario determina, igualmente, la de la reflexión final. En efecto, la densidad de los argumentos aportados por las partes, desde el TSJ hasta el TC, pasando por los intervinientes Abogado del Estado y Fiscalía General, propiciarían un análisis detenido que no es el objeto de estas líneas. Por ello, simplemente destacar, a modo de conclusión o consideraciones finales:

- a) El complaciente papel del TC en la validación de una política de empleo de dudosa eficacia.
- b) El desconcierto que genera ver una sentencia constitucional abordando por tercera vez, de manera exhaustiva, una cuestión ya resuelta.
- c) La perplejidad de que se valide una finalidad totalmente novedosa del periodo de prueba, ajena a su propia esencia.
- d) La censurable inexigencia, por el legislador, de una acreditación causal del desistimiento; puestos a extender la duración del periodo, bien podía haber exigido expresión de las razones.

- e) La supeditación del canon de constitucionalidad a la situación socioeconómica.
- f) La implantación de un extenso periodo durante el cual toda estabilidad en el empleo brilla por su ausencia, incitando a una máxima docilidad del trabajador.

Con todo, la cuestión no está absolutamente “cerrada”, pues, quienes no aceptan la tibieza con la que el TC habría asumido desnaturalizar el periodo de prueba en el contrato de emprendedores, acomodándolo a la mera coyunturalidad de la crisis económica<sup>18</sup> han encontrado en la normativa internacional y comunitaria una “válvula de escape”.

Desde esta perspectiva, y eludiendo las Sentencias del TC analizadas, podrían los Tribunales ordinarios inaplicar el artículo 4.3 de la Ley 3/2012, por contrariar diversas disposiciones (entre ellas el Convenio 158 OIT, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea —art. 30—, la Directiva 1999/70, del Consejo, de 28 de junio de 1999 y la Carta Social Europea —art. 4.4—); posibilidad que conservaría el órgano jurisdiccional, pese a que la norma se haya considerado constitucional, dada su obligación de aplicar, de manera integrada, los convenios y tratados internacionales, por encima de las normas internas de rango inferior.

En este sentido, es más que probable que sigan dictándose sentencias como las del SJS 3 Barcelona, de 5 de noviembre de 2014 (AS 2014/3092) que, tras la STC 119/2014 (cuyo contenido no han venido sino a reiterar las posteriores) estimó la demanda de despido de una trabajadora que vio extinguido su contrato por no superación del periodo de prueba, sin aplicar el criterio de la anterior sentencia constitucional, al entender, por el contrario, que el precepto en que se basa la medida extintiva no respeta el contenido de normas internacionales de aplicación al caso: el Convenio 158 OIT, la Directiva 1999/70, del Consejo, de 28 de junio de 1999 y el artículo 4.4 de la Carta Social Europea. O la posterior SJS 1 Toledo, de 27 de noviembre de 2014 (AS 2014/3168), que consideró despido improcedente el desistimiento del actor por contravención, asimismo, del artículo 4.4 de la Carta Social Europea, inaplicando las resoluciones constitucionales.

Será interesante analizar el “recorrido” de estos pronunciamientos (suplicación, casación, amparo), aunque la crónica de estos parece anunciada.

---

18 Blog de Antonio Baylos Grau, 23 de enero de 2015 (Baylos Grau, Antonio. “España vulnera la carta social europea”. Recuperado el 23 de enero de 2015 en <http://baylos.blogspot.com.es/2015/01/espana-vulnera-la-carta-social-europea.html?spref=fb&m=1>), que critica la posición del Tribunal Constitucional: “entusiasta defensor de la austeridad como válvula de acomodación de los derechos fundamentales” al haber justificado “la restricción y ablación de derechos sociales”, como “efecto constitucionalmente permitido... de las políticas económicas y de empleo que determina en una situación de excepción, el poder público”.

8. BIBLIOGRAFÍA

BAYLOS GRAU, Antonio, “España vulnera la carta social europea” (<http://baylos.blogspot.com.es/2015/01/espana-vulnera-la-carta-social-europea.html?spref=-fb&m=1>), 23 de enero de 2015.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores: argumentos para la inconstitucionalidad del período de prueba”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 158, págs. 199-218.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., “El período de prueba en el contrato de trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

IGARTUA MIRÓ, María Teresa, “Crítica a un nuevo Derecho del Trabajo al servicio de la flexibilidad y subordinado al crecimiento, la competitividad y el empleo”, *Revista de Derecho Social y Empresa 2* [Monográfico. Siglo XXI: ¿Derecho del trabajo versus derecho del empleo?].

MARTÍN HERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> Luisa, “El contrato de apoyo a emprendedores. Las continuas dudas sobre la conformidad de la configuración jurídica del contrato de duración indefinida de apoyo a los emprendedores a los vigentes principios básicos del Derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 172, 2015.

SALCEDO BELTRÁN, Carmen, “De nuevo sobre el período de prueba tras la doctrina del Tribunal Constitucional: el necesario respeto a las normas internacionales”, *Revista de Derecho Social*, núm. 68, 2014.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V., “Sobre la terminación empresarial del contrato durante el período de prueba”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8, 2013.