

A precariedade nas condicións de traballo.
O período de proba como instrumento para
descausalizar a extinción da relación laboral

*Insecurity in Working Conditions. Testing Period as
an Instrument to Expire the Working Relation without Cause*

ROSA-MARÍA RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO

Universidade de Vigo, Departamento de Dereito Público Especial, Facultade de Ciencias Xurídicas
e do Traballo, 36310 Vigo, España

Recibido: 29/06/2015

Aceptado: 20/07/2015

Resumo

O pronunciamento do Tribunal Constitucional na Sentenza do 16 de xullo de 2014 non cerrou a polémica acerca da razoabilidade e xustificación do período de proba dun ano no contrato indefinido de apoio aos emprendedores. A pesar de que o apoia, pola súa configuración podería pensarse que no referente a ese primeiro ano de proba este contrato se aproxima máis a un contrato temporal sen causa extintiva e sen indemnización que a un cun auténtico período de proba.

Palabras chave: pequenas e medianas empresas (pemes), período de proba, emprego, flexibilidade, Tribunal Constitucional.

Abstract

The decision of the Constitutional Court of 16th July 2014 did not settle the controversy about the reasonableness and justification of the one-year testing period of the indefinite contract to support entrepreneurs. Despite its support, because of its configuration, we could think that this contract is closer to a temporary contract without cause and without compensation, and not a real testing period.

Keywords: *Small and medium-sized companies, Testing period, Employment, Flexibility, Constitutional Court.*

I. O contrato indefinido de apoio aos emprendedores. Os criterios da Sentenza do Tribunal Constitucional do 16 de xullo de 2014 para apoiar o período de proba dun ano

1. A Sentenza do Tribunal Constitucional do 16 de xullo de 2014¹, que se pronunciou sobre diversos aspectos da Lei 3/2012, do 6 de xullo, de medidas urxentes para a reforma do mercado laboral², avala a constitucionalidade do período de proba dun ano do contrato indefinido de apoio aos emprendedores a que se refire o artigo 4.3 da mencionada norma, unha modalidade contractual que nos últimos tempos veu estendéndose tamén aos contratos a tempo parcial³. A xustificación deste pronunciamento baséase nas circunstancias do mercado laboral, no sentido de que se entende esta medida como un instrumento conxuntural que, a xuízo do Tribunal Constitucional (en diante TC), está orientado ao emprego e anima o empresariado a realizar contratacións. Como se indicou, cun carácter transitorio, porque se manterá en tanto que a taxa de desemprego –que hoxe en día afecta a unha alta porcentaxe da poboación, e que se ceba especialmente cos mozos– non sexa inferior ao 15%⁴; isto alén de que a devandita modalidade contractual está limitada ás empresas con menos de cincuenta traballadores. As razóns que deu o TC ao resolver esta controversia xiraban á volta de que se trata dunha figura cuxo ámbito é xustificado e razoable, que responde á finalidade de promover a creación de emprego nun contexto económico que fai máis difícil a contratación, favorecendo a flexibilidade do mercado laboral. Porén, a polémica que suscitou esta medida desde a súa entrada en vigor no ano 2012 –ao dar lugar a diversas interpretacións por parte dos nosos tribunais, unhas que sostiveron a súa constitucionalidade e outras en contra– non quedou pechada con tal resolución, pois na propia sentenza hai un voto particular que revela ese criterio diverxente que máis adiante se tratará.

2. Na sentenza que comentamos, o TC precisa que certas cuestións vinculadas ao debate sobre esta figura exceden do ámbito sobre o que debe pronunciarse, que é estritamente a constitucionalidade ou non do artigo 4.3 da Lei 3/2012. Partindo de que «o desisti-

¹ Cuestión de inconstitucionalidade 5603/2012.

² A resolución tamén se pronunciou sobre a prioridade do convenio colectivo de empresa en relación con certas materias e a posibilidade de que a Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos acordase a inaplicación dun convenio colectivo.

³ Tras a reforma introducida polo artigo 2 do Real decreto lei 16/2013, do 20 de decembro, de medidas para favorecer a contratación estable e mellorar a empregabilidade dos traballadores.

⁴ Disposición transitoria novena da Lei 3/2012.

mento durante o período de proba non constitúe un despedimento, senón a plasmación, a través dunha declaración de vontade, dunha condición resolutoria, positiva e potestativa, expresamente asumida polas partes no momento da subscrición do contrato»⁵, na resolución recóllese a cuestión nuclear obxecto de controversia, xa que «desde esta perspectiva [...] o período de proba admitido e regulado polo lexislador pode actuar como unha limitación do dereito á estabilidade no emprego –maior canto máis ampla sexa a súa duración–, e que, por tal razón, entra en conexión co artigo 35.1 da CE»⁶. Precisa o TC que «como ocorre respecto a calquera outro dereito –incluídos os fundamentais– [...] o dereito ao traballo recoñecido no artigo 35.1 da CE non é absoluto nin incondicional, senón que pode quedar suxeito a limitacións xustificadas en atención á necesidade de preservar outros dereitos ou bens constitucionais dignos de tutela»⁷.

3. Pois ben, desde o punto de vista do TC, «atendido o contexto de grave crise económica e alto desemprego a que responde a introdución e o mantemento do contrato de traballo por tempo indefinido de apoio aos emprendedores, cómpre afirmarmos que a fixación nesta modalidade contractual dun período de proba superior ao xeralmente previsto para as demais relacións laborais encontra xustificación; non só na finalidade típica de todo período de proba, senón, sobre todo, na específica e lexítima finalidade de potenciar a iniciativa empresarial como instrumento para contribuír, xunto con outras medidas do seu réxime xurídico, a promover a creación de emprego estable, de conformidade co mandato que o art. 40.1 da CE dirixe aos poderes públicos para levar a cabo unha política orientada ao pleno emprego»⁸. Así mesmo, destácase que «este xuízo de constitucionalidade se enmarca no específico contexto e réxime xurídico que acompaña o impugnado art. 4.3 da Lei 3/2012, conclusión para a que resultaron determinantes tanto os fins xustificativos a que responde a medida na grave conxuntura de desemprego en que se sitúa, como os concretos límites, condicións e garantías legais a que a norma suxeita a súa aplicación; entre eles, a estrita vinculación da súa vixencia coa persistencia dunha determinada taxa de paro no noso país»⁹. En definitiva, unhas conclusións pouco pacíficas na doutrina xurisprudencial que suscitaron no propio seo do TC importantes diverxencias.

⁵ Fundamento xurídico terceiro, parágrafo sexto.

⁶ *Ibidem*, parágrafo sétimo.

⁷ *Ibidem*, parágrafo oitavo.

⁸ *Ibidem*, parágrafo décimo oitavo.

⁹ *Ibidem*, parágrafo décimo noveno.

4. A configuración do período de proba tal e como se establece para este contrato desnaturaliza tanto a devandita institución –desde o meu punto de vista– que xorde unha cuestión non exenta de polémica. Malia ser certo que o inciso final do art. 4.3 da Lei 3/2012 establece que «non se poderá establecer un período de proba cando o traballador xa desempeñase as mesmas funcións con anterioridade na empresa, baixo calquera modalidade de contratación», tamén é certo que neste contrato o período de proba se configura, aparentemente, como algo imperativo. Así, de pensar que o seu cumprimento é obrigatorio en todo caso, podería chegarse ao absurdo de que un/ha traballador/a que desempeñase certas funcións baixo unha determinada modalidade contractual e inicialmente estivese sometido/a a un período de proba polo prazo correspondente, se despois fose contratado/a para realizar as mesmas tarefas pero agora baixo a modalidade do contrato indefinido de apoio aos emprendedores, podería ter que pasar por un segundo período de proba, esta vez polo prazo que reste ata completar o ano de proba que esixe este segundo contrato, dado que o período de proba é aquí obrigatorio («dun ano en todo caso»).

Se acudimos á xurisprudencia, sería unha excepción posible, xa que se indicou que «cando o tempo de prestación de servizos inicial é inferior ao previsto no convenio colectivo para o período de proba, debe admitirse que a empresa poida impoñer un período de proba que, sumado a esa prestación laboral precedente, non supere a duración máxima do prazo legal ou convencional de aplicación»¹⁰. É dicir, trataríase dunha posibilidade admitida para os supostos en que o período de proba non alcanzase a duración máxima prevista. *A contrario sensu*, tamén se pode pensar que, de acordo co citado inciso final do art. 4.3, os empresarios xa coñecerían de sobra as aptitudes dos traballadores, co que esa cláusula pola que se instaura tal período de proba sería fraudulenta e abusiva¹¹. Por outro lado, hai quen interpreta que o prazo dun ano opera como límite máximo, mais que a negociación colectiva pode acordar unha duración diferente sempre que non exceda do devandito prazo. Neste sentido, a Sentenza do Xulgado do Social de Pamplona do 1 agosto de 2014¹² indica que «non parece, pois, que deba existir ningún obstáculo a que [...] respectando o límite de duración máxima

¹⁰ Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña do 3 de xullo de 2008, recurso de suplicación n.º 2722/2008, fundamento de dereito único, parágrafo noveno.

¹¹ A modo de exemplo, véxase a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Castela-A Mancha do 2 de xullo de 2015 no recurso de suplicación n.º 338/2015, fundamento de dereito segundo, parágrafo décimo.

¹² Procedemento n.º 1394/2013.

dun ano legalmente establecido, por negociación colectiva poida fixarse unha duración diferente e inferior á considerada no reiterado Real decreto lei atendendo a outros criterios, como poden ser grupos profesionais ou por volume de traballadores segundo empresas»¹³. Non obstante, pese ao debate que se suscita –que non é pacífico–, tras a sentenza que vimos comentando a posición preponderante é a que configura este período de proba dun ano como unha esixencia de obrigado cumprimento e, por tanto, indispoñible á negociación colectiva.

5. Revisando a xurisprudencia máis recente, hai dúas resolucións que se pronunciaron sobre a cuestión do período de proba no marco do contrato indefinido de apoio aos emprendedores. A primeira é a Sentenza do Tribunal Constitucional do 22 xaneiro de 2015, que sinala que a «xuízo dos recorrentes, o art. 4.3 da Lei 3/2012 vulnera tamén o art. 37.1 da CE por establecer unha regulación indispoñible para a negociación colectiva, infracción rexeitada polo Avogado do Estado ao considerar que o precepto constitucional non impide o seu carácter imperativo»¹⁴.

Nela reflexiónase sobre a constitucionalidade do art. 12.1 da Lei 3/2012, ao entender a parte recorrente que supón «a infracción do art. 37.1 da CE e, por derivación, do art. 28.1 da CE, ao permitir que o empresario poida alterar unilateralmente as condicións de traballo previstas en acordos ou pactos colectivos; porén, o Avogado do Estado néga a sobre a base da distinta natureza de tales pactos, [pois] os “acordos ou pactos colectivos” a que se refire o art. 41 da LET, cuxa posibilidade de modificación unilateral polo empresario se discute no recurso, son os coñecidos como “extraestatutarios” ou “de eficacia limitada” (STC 121/2001, do 4 de xuño, RTC 2001, 121, FX 5), é dicir, os subscritos á marxe da específica regulación contida no título III do Estatuto dos traballadores sobre os convenios colectivos (coñecidos como convenios “estatutarios”), aos cales se recoñece legalmente eficacia *erga omnes* (art. 82.3 da LET), [polo que debe terse en conta que] esta afirmación se deduce do establecido no art. 41.6 da LET, que dispón que “a modificación das condicións de traballo establecidas nos convenios colectivos regulados no título III desta lei deberá realizarse conforme o establecido no artigo 82.3”, e, en consecuencia, non pola vía do art. 41 da LET»¹⁵.

¹³ Fundamento de dereito segundo, parágrafo oitavo.

¹⁴ Fundamento xurídico terceiro, parágrafo sétimo.

¹⁵ Fundamento xurídico cuarto.

Pois ben, «feita a observación que antecede [...] o art. 37.1 da CE fai un chamamento á lei para garantir o dereito á negociación colectiva e a forza vinculante dos convenios, mais sen lle impoñer ao lexislador a adopción dunha concreta opción para levar a efecto o mandato que contén; e o lexislador ordinario, en cumprimento de tal mandato, optou por lles recoñecer un “plus de eficacia” aos convenios colectivos “estatutarios” polo seu carácter *erga omnes* (STC 108/1989, do 8 de xuño, RTC 1989, 108, FX 2)»¹⁶. Así, «os denominados pactos “extraestatutarios”, ao non cumpriren as esixencias subxectivas, obxectivas e procedementais impostas polo título III do Estatuto dos traballadores, carecen da eficacia xeral ou *erga omnes* que caracteriza os convenios “estatutarios” (isto é, os que se subscriben conforme a específica regulación dese título III da LET), e gozan unicamente dunha eficacia persoal limitada ou reducida aos traballadores e empresarios representados na negociación; [polo que] os pactos “extraestatutarios” se rexen, pois, “pola regra xeral do dereito común da contratación, a teor da cal os contratos producen efectos só entre as partes que os outorgan (art. 1257 do CC)”, de modo que “a lóxica contractual comporta aquí que o acordo resulte tan só vinculante respecto daqueles suxeitos que conferiron un poder de representación para fixar colectiva e concretamente as condicións laborais” (STC 121/2001, do 4 de xuño, RTC 2001, 121, FX 5)»¹⁷.

En conclusión, «tanto os convenios colectivos estatutarios como os denominados “pactos extraestatutarios” son produto do exercicio do dereito á negociación colectiva laboral entre representantes dos traballadores e empresarios, recoñecido no art. 37.1 da CE, polo que é predicable duns e outros, por tanto, a “forza vinculante” a que ese precepto constitucional tamén se refire; [en consecuencia] é claro que a medida legal controvertida incide no citado dereito constitucional ao permitir a inaplicación dos citados pactos extraestatutarios por decisión do empresario; [pero] que exista unha inxerencia nel non supón, por si mesma, que sexa inconstitucional, pois pode resultar lexítima se conta cunha xustificación razoable e proporcionada de acordo co fin perseguido»¹⁸.

Á súa vez, esta sentenza salienta os «condicionantes a que o art. 41 da LET somete o exercicio da facultade empresarial de modificación unilateral das condicións de traballo fixadas extraestatutariamente»¹⁹. Tales condicionantes son os sete seguintes: 1) «a

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

[...] facultade empresarial [...] non pode afectar aos convenios colectivos, senón só a pactos “extraestatutarios” ou “de eficacia limitada”»²⁰; 2) «concíbese unicamente como alternativa ao fracaso da negociación previa e preceptiva cos representantes dos traballadores»²¹; 3) «non exclúe a posibilidade de acudir a aqueles outros procedementos específicos establecidos na negociación colectiva para levar a cabo esas modificacións»²²; 4) «tampouco impide ás partes acordaren a substitución desa negociación previa por un procedemento de mediación ou arbitraje»²³; 5) «non permite ao empresario adoptar a decisión de forma discrecional, senón exclusivamente cando concorran “probadas razóns económicas, técnicas, organizativas ou de produción” (apartado 1)»²⁴; 6) «atribúese ao traballador en determinados casos e cando acredite a concorrencia dun prexuízo, a posibilidade de rescindir o contrato con dereito a percibir unha indemnización»²⁵; e 7) «a decisión empresarial queda suxeita, en todo caso, ao control xudicial ante a xurisdición social, ao ser impugnabile tanto colectivamente (conflicto colectivo) como individualmente (acción individual)»²⁶.

Pois ben, reitérase que «do anterior cabe deducir que a medida supera o xuízo de idoneidade ao ser axeitada para alcanzar o fin constitucionalmente lexítimo perseguido por ela, isto é, evitar a destrución do posto de traballo mediante a súa adaptación ás concretas circunstancias que atravesase a empresa; tamén supera o xuízo de necesidade, pois, á marxe de que os recorrentes non ofrecen como alternativa a existencia doutra medida menos lesiva que permita a consecución daquel fin coa mesma eficacia, non se advirte que se producise coa medida elixida polo lexislador un sacrificio patentemente innecesario dos dereitos que a Constitución garante, á vista dos condicionantes a que se somete o exercicio da facultade empresarial de modificación, e, en concreto, ao concibir a modificación unilateral do empresario como un recurso só permitido ante o fracaso dos preceptivos mecanismos previos de negociación ou transacción cos representantes dos traballadores; e, en fin, tamén supera o xuízo de proporcionalidade en sentido estrito, ao se tratar dunha medida que resulta ponderada, non só polos límites e garantías a que a

²⁰ *Ibidem.*

²¹ *Ibidem.*

²² *Ibidem.*

²³ *Ibidem.*

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ *Ibidem.*

someteu o lexislador, senón tamén por derivarse da súa aplicación máis vantaxes para o dereito ao traballo que prexuízos para o dereito á negociación colectiva»²⁷.

6. A outra resolución que convén salientarmos é a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León do 22 de abril de 2015 no recurso de suplicación n.º 164/2015, en que se sinala que «é certo que o recoñecemento do dereito á negociación colectiva do art. 37.1 da CE comporta, como contido esencial, a liberdade de contratación; así mesmo, dentro deste dereito constitucional intégrase a liberdade de estipulación, entendida como facultade das partes de seleccionar as materias e contidos para negociar; con todo, esa facultade de estipulación non é absoluta, senón que, por razóns xustificadas, pode quedar limitada pola lei en canto ás materias obxecto de negociación ou o sentido en que poden ser reguladas pola autonomía colectiva»²⁸. Así mesmo, apúntase que «a configuración legal como norma de dereito necesario absoluto da duración do período de proba dun ano no contrato por tempo indefinido de apoio aos emprendedores actúa como garantía hábil para evitar que, a través da negociación colectiva, se poida reducir ou eliminar o potencial incentivo á contratación indefinida que mediante esta medida quixo introducir o lexislador; a decisión lexislativa impugnada contribúe, pois, a impedir que a actuación da autonomía colectiva poida frustrar o lexítimo e xa comentado obxectivo de creación de emprego estable que se pretende alcanzar a través desta modalidade contractual e o seu réxime xurídico»²⁹.

En definitiva, «vistos a finalidade e o alcance da previsión cuestionada, e unha vez ponderados os intereses constitucionais en xogo, cómpre declaramos que non pode riscarse como lesiva do art. 37.1 da CE a decisión do lexislador de establecer nun ano a duración do período de proba do contrato por tempo indefinido de apoio aos emprendedores, co carácter de norma imperativa indispoñible para a negociación colectiva; queda claro, pois, que a esixencia do período de proba dun ano de duración neste novo contrato é unha medida establecida polo lexislador para todos os traballadores, con independencia da súa cualificación ou categoría, e resulta indispoñible para a negociación colectiva»³⁰.

7. Igualmente, a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León do 22 de abril de 2015 pronúnciase sobre «a denunciada infracción do artigo 4.4 da Carta

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Fundamento de dereito terceiro, parágrafo décimo cuarto.

²⁹ *Ibidem*, parágrafo vixésimo.

³⁰ *Ibidem*.

social europea na Sentenza do 25 de marzo de 2015, recurso 60/15, en que concluímos que “España unicamente ratificou a Carta primitiva de Turín e o Protocolo de 1988, mais non a Carta revisada de 1996, o que exclúe o noso estado da competencia do Consello para o coñecemento das reclamacións formuladas por entes colectivos; por conseguinte, non resultarían vinculantes para o noso país resolucións como as que cita o recorrente como infrinxidas” E engadimos “dos cinco apartados citados (art. 4 da Carta de Turín, parte II do Tratado), é o cuarto sobre o que concreta o recorrente a censura xurídica abordada pola Comisión, mais é que, con independencia, repetimos, de non ser as conclusións do devandito organismo vinculantes para o noso Estado, no noso ordenamento a consecuencia xurídica prevista para o devandito incumprimento en ningún caso sería a declaración de improcedencia da decisión empresarial, senón o nacemento dun dereito de natureza indemnizatoria, concretamente [dun dereito] a recibir unha cantidade económica equivalente ao salario devindicado durante o período de preaviso incumprido»³¹.

II. A liña contraria ao pronunciamento do Tribunal Constitucional

8. Os argumentos aducidos polo recorrente –isto é, o Parlamento de Navarra– na sentenza que comentamos baséanse, ademais de na vulneración do artigo 35.1 da CE, na consideración de que «o prazo é irrazoable á vista do Convenio 158 da OIT[, pois] permítelle ao empresario resolver libremente durante o seu transcurso o contrato de traballo, sen causa e sen obriga de indemnizar o traballador, o que rompería o principio de causalidade na extinción contractual por vontade empresarial ou, de ser o caso, a esixencia dunha reacción adecuada fronte ao despedimento»³². Neste sentido, o Convenio da OIT 158 de 1982 sinala no artigo 11 que «o traballador cuxa relación de traballo vaia darse por terminada terá dereito a un prazo de preaviso razoable ou, no seu lugar, a unha indemnización, a menos que sexa culpable dunha falta grave de tal índole que fose irrazoable pedirlle ao empregador que continuase empregándoo durante o prazo de preaviso»³³. Outro dos argumentos esgrimidos pola parte recorrente é que con esa medida podería vulnerarse o dereito á negociación colectiva recoñecido no artigo 37.1

³¹ Fundamento de dereito quinto.

³² *Ibidem*, parágrafo segundo.

³³ Véxase o Instrumento de ratificación do Convenio número 158 da Organización Internacional do Traballo sobre a terminación da relación de traballo por iniciativa do empregador, adoptado en Xenebra o 22 de xuño de 1982. BOE do 29 de xuño de 1985.

da CE, xa que impón o período de proba, sen dar marxe á negociación entre as partes, ao que o TC responde que a «facultade de estipulación [das partes] non é absoluta, senón que, por razóns xustificadas, pode quedar limitada pola lei en canto ás materias obxecto de negociación ou o sentido en que poden ser reguladas pola autonomía colectiva»³⁴.

No entanto, como antes se indicou, a decisión adoptada polo TC non foi unánime, xa que o maxistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré formulou un voto particular a que se adheriron D.^a Adela Asúa Batarrita e D. Luis Ignacio Ortega Álvarez. Nel, ponse de manifesto que «a liberdade de que dispón o lexislador ordinario no desenvolvemento do dereito á negociación colectiva non é unha liberdade absoluta. Ou enunciada a idea en termos menos sumarios, a ausencia dun catálogo de opcións de política de dereito que, de maneira definitiva, definan, desde o art. 37.1 da CE, algúns dos elementos esenciais do sistema español de negociación colectiva, ofrece ao lexislador ordinario unhas anchas marxes de liberdade normativa. Mais non é esta unha liberdade plena ou incondicionada; é unha liberdade que debe observar certos límites, que son os que actúan, desde unha perspectiva constitucional, como límites á acción lexislativa». Así mesmo, no tocante á duración do período de proba propiamente dito, enténdese que é excesivo e que peca dunha falta de razoabilidade. E en canto aos traballadores, puntualiza o maxistrado que «a resultas da igualación da duración para todos os grupos de traballadores, sen diferenciación nin distinción entre eles, o carácter gravoso da medida acentúase para os colectivos máis necesitados, precisamente, da protección na estabilidade no emprego que ofrece o principio de causalidade».

9. Pois ben, este período de proba dun ano, único no noso ordenamento, difire en moitas das características propias desta figura, porque, como se acaba de destacar, en primeiro lugar non admite pacto entre as partes para que a súa duración sexa diferente, pois a Lei 3/2012 dispón que «será dun ano en todo caso». Impón ese período de proba e impón esa duración, sen marxe de negociación. En segundo lugar, no tocante aos traballadores afectados por esta medida –sempre en empresas de menos de cincuenta traballadores, lémbrese–, non se distinguen varios períodos de duración do devandito período de proba en función da súa cualificación profesional, como si establece o artigo 14 do Estatuto dos traballadores, sobre os límites máximos do período de proba en defecto de pacto.

A medida de que falamos non deixa de ser froito da aposta que fan os gobernos en tempos de crise para flexibilizar o mercado laboral; unha flexibilidade que se remonta xa aos

³⁴ Fundamento xurídico terceiro, parágrafo vixésimo sexto.

anos setenta, coincidindo tamén cun contexto de crise económica e que converteu ese termo, flexibilidade, no grande obxectivo das políticas de emprego dos países da nosa contorna. Se acudimos ao dereito comparado, España non é pioneira no establecemento dun período de proba tan prolongado. Por exemplo, Grecia, a raíz das reformas que nos anos 2010 e 2011 se viu obrigada a acometer para conseguir o apoio económico da Unión Europea, conta cunha medida similar, aínda que aplicada aos novos traballos e non especificamente nun contrato como este. Podería pensarse que España non fixo máis que cumprir con esas políticas de austeridade, anticipándose a Grecia nestas medidas, mais unha diferenza notable estriba en que Grecia non ratificou o Convenio 158 da OIT, antes aludido, e España si.

10. A solución a que chegou o TC no verán de 2014 non cerrou a polémica que se trata neste artigo, que se remonta á entrada en vigor deste particular período de proba. Isto é así porque antes do pronunciamento do TC algúns dos nosos maxistrados non compartían o criterio que finalmente atinxiu aquel, e non interpretaban da mesma forma a razón de ser dun período de proba tan extenso. Un exemplo fornecido pola doutrina³⁵ vén dado por un traballador que subscribiu un contrato de traballo indefinido de apoio aos emprendedores, nunha de cuxas cláusulas figuraba o período de proba dun ano. Porén, no convenio colectivo do sector, o período de proba era de dúas semanas, con posibilidade de ampliálo até seis meses. Pois ben, poucos días antes de que se cumprise o período de proba dun ano o traballador foi informado da resolución do seu contrato por non superalo. Neste caso, analizado pola doutrina, a maxistrada «estuda o artigo 4.4 da Carta [social europea], que establece que as partes se comprometen a “recoñecer o dereito de todos os traballadores a un prazo razoable de preaviso en caso de terminación do emprego”»³⁶. Por tanto, continúa a maxistrada «o Real decreto lei de reforma laboral converte o contrato de emprendedores nun contrato temporal carente de causa, algo prohibido no noso ordenamento»³⁷ e «considera aplicable o Estatuto dos traballadores, o cal remite ao convenio colectivo, que establece un período de proba de dúas semanas, polo que declara o despedimento improcedente e, a opción da empresa, pode readmitir o traballador ou aboarlle a indemnización que indica»³⁸.

³⁵ Ao respecto, véxase INDA ERREA, M. (2014), «El período de prueba de un año en el contrato de apoyo a emprendedores vulnera la Carta Social Europea» *Aranzadi Doctrinal* 9.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

Neste sentido, a Sentenza do Xulgado do Social de Barcelona do 5 novembro de 2014³⁹ trae a colación o razoado no ámbito europeo ao salientar que «o Comité Europeo de Dereitos Sociais entendeu por unanimidade que o período de proba dun ano se opón ao art. 4.4 da CSE [Carta social europea], razoando do modo seguinte: “Malia ser lexítimo establecer períodos de proba [...], o concepto non debería ser tan amplo e a súa duración tan prolongada, co fin de evitar que as garantías relativas á notificación e o pagamento dunha indemnización por despedimento se convertesen en ineficaces. A lexislación grega non preveu que haxa un período de notificación nin pagamento de indemnización ningunha no caso de que un contrato de traballo, que é cualificado como permanente pola lei, sexa extinguido durante o período de proba dun ano establecido nela” [Resolución CM/ResChS (2013) 2]».

III. Creación de emprego vs. precariedade nas condicións de traballo. Cara a que modelo de relacións laborais nos estamos dirixindo?

11. Á luz do exposto pode concluírse que se esta medida non se utiliza de forma razoable e obxectiva pode converterse nun engado para contratar traballadores durante un período considerable, sempre inferior a un ano, sabendo que se se resolve o contrato antes de que se cumpra ese termo non haberá que pagar ningunha indemnización. Está claro que en materia de períodos de proba non se pode falar de despedimento, mais realmente no contexto deste contrato, a súa resolución podería ter a aparencia dun despedimento encuberto, polo que daría lugar a unha maior precariedade no emprego, e non ao seu fomento. Ao respecto, é significativo o ámbito sobre o que este contrato desprega os seus efectos, dado que se aplica en pemes –isto é, empresas de menos de cincuenta traballadores–, con independencia de que o/a emprendedor/a estea iniciando a súa actividade ou non, e, como é ben sabido, estas conforman a maioría do tecido empresarial do noso país, o que fai desta figura un fenómeno con tendencia a xeneralizarse.

Pola súa parte, o outro requisito, o seu mantemento en tanto que a taxa de desemprego non baixe do 15%, fai pensar que se prolongará no tempo, pois aínda que é desexable, parece difícil que ese obxectivo se cumpra no curto prazo. En definitiva, pode entrarse nunha engrenaxe de sucesivos contratos temporais –en tanto non se supere o período de proba– polos que se van sucedendo traballadores e que en ningún caso van acompañar

³⁹ Procedemento n.º 116/2014.

dos de coberturas fronte á súa extinción. Pono de manifesto a doutrina ao sinalar que esta figura «actúa como un contrato temporal acausal cuxo custo extintivo é nulo»⁴⁰. Como indica o voto particular da sentenza que comentamos e a que antes se aludiu, «os beneficios para o empresario redúcense a unha variable estritamente económica; isto é, o aforro da indemnización que lle puidese corresponder ao traballador despedido unha vez superado o período de proba conforme ás regras do réxime común. Mais para o traballador con pacto de proba, o prexuízo derivado da ampliación do período de proba non só se reduce a unha dimensión económica, cuantificable na perda da eventual indemnización; a principal desvantaxe reside na privación do primeiro e máis relevante dos seus dereitos laborais individuais: a garantía de non ver o seu contrato extinguido sen xusta causa».

Tendo en conta todas as consideracións mencionadas, podería pensarse que este período de proba é abusivo, pois non se xustifica unha duración semellante tendo en conta que do que se trata é de verificar as calidades dos traballadores no posto de traballo. Como xa sinalou a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña do 9 de xuño de 1992, «o pacto de proba abusivo ou ilegal terase por non posto, o contrato considerárase definitivo e o desistimento empresarial un despedimento improcedente». En definitiva, por todo o indicado, sorprende esta medida e o apoio do TC, máis aínda se temos en conta que este particular período de proba se xustifica en que a súa función principal é o fomento do emprego, cando inevitablemente tende a favorecer unha maior precariedade laboral para os traballadores afectados.

12. Malia esa posición predominante marcada polo TC, algúns tribunais entenderon que o desistimento empresarial no marco deste contrato cando xa transcorreu a práctica totalidade do período de proba supón un despedimento e non unha resolución de contrato. Bo exemplo diso é a Sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza das Canarias do 12 de maio de 2015⁴¹, que contén unha reflexión moi interesante sobre o uso deste período de proba, en que se indica que «á vista do resolto polo Tribunal Constitucional, considerando que as causas polas que pode impugnarse xudicialmente o cesamento en período de proba non aparecen enumeradas de forma esgotadora ou como un *numerus clausus*, e que certamente se destacan as finalidades de creación de

⁴⁰ Ao respecto, véxase GOERLICH PESET, J. M. (2012) «El Real Decreto-Ley 3/2012: una aproximación general» en VV. AA. *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*. Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 26.

⁴¹ Recurso de suplicación n.º 501/2014.

emprego estable para xustificar a regulación legal, cabería formularse se tamén podería impugnarse o cesamento en período de proba por se recorrer á contratación de apoio aos emprendedores de forma claramente fraudulenta ou abusiva, por un uso sistemático deste tipo de contratos que nin aparece dirixido a facilitar e promover decisións de creación de emprego reducindo as incertezas propias de todo proxecto de investimento empresarial, nin acaba favorecendo unha contratación de carácter estable ao converter na práctica uns contratos por tempo indefinido en contratos temporais de peor condición, incluso, que os do artigo 15 do Estatuto dos traballadores»⁴².

Recalca así mesmo esta resolución que «o exercicio dun dereito subxectivo debe suxeitarse a uns principios de configuración legal cuxos efectos se proxectan sobre todo o ordenamento xurídico; trátase das categorías xurídicas da fraude de lei e do xenérico deber de boa fe, plasmados na doutrina dos propios actos (artigo 6, parágrafo 4.º, e 7, parágrafo 1.º, do Código [civil]) e do abuso de dereito (artigo 7, parágrafo 2.º, do mesmo corpo legal) como mecanismos de acotamento e redefinición no exercicio de dereitos subxectivos, [tendo en conta que] antes da súa positivización na reforma do Código civil de 1974 ambas as categorías xurídicas operaban como principios xerais do dereito»⁴³. Concretamente, «a fraude de lei concorre cando se realizan actos con aparencia de legalidade (norma de cobertura), que serve de instrumento para vulnerar ou eludir os efectos de normas de *ius cogens* (norma defraudada), prexudiciais ou menos favorables para o suxeito; o elemento intencional da fraude, obvio na dicción legal (“que persigan...”), foi obxectivado en certa medida pola xurisprudencia desde que o introduciu a doutrina científica»⁴⁴.

Analizando o precepto controvertido que regula este contrato, esta sentenza apunta que «os laxos termos do artigo 4 da Lei 3/2012 pode semellar que facilitan e propician unha utilización abusiva desa modalidade contractual, dadas as escasas limitacións impostas (que a empresa non ocupe a máis de cincuenta traballadores e que non procedese a despedimentos improcedentes nos seis meses anteriores) e a que o non mantemento dos postos de traballo durante cando menos tres anos en principio soamente ocasionaría a devolución dos incentivos que se percíbise; mais iso de ningún modo significa que a Lei 3/2012 estea a bendicir a fraude de lei (prohibida polo artigo 6, parágrafo 4.º, do

⁴² Fundamento de dereito segundo.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

Código civil), o abuso do dereito ou o exercicio antisocial del (rexeitados no artigo 7, parágrafo 2.º, do mesmo corpo legal), polo que a constatación dun uso da modalidade de contratación indefinida de apoio aos emprendedores claramente desviada da finalidade legalmente prevista (creación e expansión de empresas pequenas e medianas e fomentar o emprego estable) ha de determinar a aplicación do réxime laboral común con todas as súas consecuencias (máis aínda tendo en conta o carácter excepcional e temporal do artigo 4 da Lei 3/2012, conforme o artigo 4, parágrafo 2.º, do Código civil)»⁴⁵.

Así, «a finalidade da Lei 3/2012 non é en ningún caso que os contratos por tempo indefinido subscritos ao abeiro do seu artigo 4 non alcancen nunca ou case nunca o ano de duración por unha utilización sistemática da facultade empresarial de resolver o contrato no período de proba dun ano, pois xunto coa potenciación da iniciativa empresarial un dos fins declarados desta lei é potenciar o emprego estable, e mal pode merecer ese cualificativo un emprego que presenta unha duración inferior á dalgúns contratos temporais e que deixa o traballador máis desprotexido en caso de resolución a instancias do empregador»⁴⁶.

Pois ben, realizada tal análise, esta sentenza chega a unha interesante conclusión ao cualificar como despedimento o cesamento do traballador, razoando que «tendo un cadro de persoal que normalmente rolda os vinte traballadores, resulta que en algo máis de dous anos transcorridos desde a introdución do contrato de apoio aos emprendedores se subscribiron nada menos que noventa e un deses contratos, só tres dos cales (e os tres resoltos por despedimento improcedente) chegaron a superar a duración dun ano, polo que case todas esas contratacións (cincuenta e dúas de sesenta e nove extincións) finalizaron por decisión unilateral da empresa dentro do período de proba; [e] por outra parte, mal pode dicirse que a empresa crease emprego cando resulta que o número de traballadores ocupados actualmente, dezanove, é inferior ao existente facía dous anos, vinte e dous, no mesmo mes»⁴⁷. Por outro lado, «non consta que a empresa demandada realizase ningunha actividade cualificable como de emprendemento, pois esencialmente segue xestionando os dous mesmos complexos hostaleiros desde o ano 1994, sen constar nin a apertura de novas instalacións nin a ampliación de servizos; ademais o recurso sistemático á modalidade contractual de apoio aos emprendedores

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

non determinou nin un incremento do emprego na empresa nin unha mellor calidade deste no que á estabilidade se refire; máis ben debe concluírse que a utilización dos contratos do artigo 4 da Lei 3/2012 non tivo máis obxecto que satisfacer as necesidades ordinarias ou temporais de man de obra aforrando o pagamento de indemnizacións por cesamento dos traballadores, sen perseguir en ningún momento os fins previstos no artigo 4 da Lei 3/2012, e sen que pareza que os cesamentos en período de proba obedezan a algo distinto da pura conveniencia da demandada»⁴⁸.

Conclúe que «iso é empregar o texto da Lei 3/2012 para conseguir uns fins diferentes aos perseguidos nela e prohibidos polo ordenamento xurídico laboral (que, como regra xeral, non permite a extinción dun contrato por tempo indefinido por instancia do empregador sen existir unha causa xustificada), é dicir, unha fraude de lei do artigo 6, parágrafo 4.º, do Código civil»; e, en consecuencia, «a resolución do contrato de traballo do actor amparándose no período de proba dun ano recollido no contrato ha de cualificarse como un despedimento, xa que o uso de tan amplo período de proba non é admisible cando sistematicamente a empresa incumpre os fins perseguidos co contrato de apoio aos emprendedores, co que, non estando ademais amparado ese despedimento nunha causa xustificada, de acordo co previsto no artigo 108, parágrafo 1.º, da Lei reguladora da xurisdición social, e 55, parágrafo 4.º, do Estatuto dos traballadores, tal despedimento debe declararse improcedente, con todas as consecuencias a iso inherentes»⁴⁹.

13. En conclusión, malia que a creación de emprego é o obxectivo que se quere alcanzar, e que o ideal no noso sistema sería a tendencia á subscripción de contratos indefinidos, as características deste contrato son desconcertantes, tendo en conta, por un lado, a nomenclatura dada ao propio contrato, que ao conter o termo «indefinido» pretende expresar a idea de que del se deriva estabilidade no emprego; e, polo outro, que é precisamente o período de proba dun ano establecido imperativamente o que fai que a pretendida estabilidade se dilúa. Xa que logo, estamos diante dun contrato formalmente indefinido mais que non pon obstáculos ao libre desistimento do empresario durante nada máis e nada menos que un ano, que opera para os efectos de verificación das calidades dos traballadores e da viabilidade do posto por un prazo excesivamente longo, e que non pon trabas ao uso abusivo desta modalidade, polo que dá lugar a unha importante rotación.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*.