

Grado en: Relaciones Laborales

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2014/15

Convocatoria: Julio

PERÍODO DE PRUEBA Y CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A EMPRENDEDORES

PROBATION PERIOD AND INDEFINITE CONTRACT OF SUPPORT TO ENTREPRENEURS

Realizado por el alumno D.... Elisabet Jiménez Morales

Tutorizado por el Profesor D... Eduardo Jesús Ramos Real

Departamento: Derecho financiero, del Trabajo y de la Seguridad Social

Área de conocimiento: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

RESUMEN:

El objeto del presente trabajo de fin de grado es el estudio de la naturaleza jurídica de una institución tan típica del derecho individual del trabajo como lo es el período de prueba, pero no de manera aislada y aséptica sino para ponerla en relación con la figura estelar que introduce la Reforma Laboral del año 2012 (operada por el RDL 3/2012 y por la L 3/2012), el controvertido “*contrato indefinido de apoyo a los emprendedores*”, cuya característica esencial es el uso hipertrofiado de la facultad de libre rescisión contractual propia del período de prueba que dicha figura contractual permite.

Parte del proyecto, la teórica, ha sido obtenida de la consulta de la bibliografía doctrinal en la materia y otra, la práctica, se ha confeccionado estudiando la jurisprudencia que sobre dicha institución ha elaborado tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional.

Palabras claves: pacto, libertad de rescisión, prueba, reforma, incentivos, jurisprudencia.

ABSTRACT:

The object of the present work of end of degree is the study of the juridical nature of such a typical institution of the individual right of the work like it is the period of test, but not in an isolated and aseptic way but to put it in relation with the stellar figure that introduces the Labor Reform of the year 2012 (produced by the RDL 3/2012 and for the L 3/2012), controversial "indefinite contract of support to the entrepreneurs", whose essential characteristic is the use hypertrophied of the faculty of free contractual own rescission of the probation period that the above mentioned contractual figure allows.

Part of the project, the theoretical one, it has been obtained of the consultation of the doctrinal bibliography in the matter and other one, the practice, has been made studying the jurisprudence that on the above mentioned institution has elaborated both the Supreme Court and the Constitutional Court.

Key words: Agreement, Freedom of rescission, test, reform, incentives, jurisprudence.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN:	4
2. PERÍODO DE PRUEBA	6
2.1 CONCEPTO:	6
2.2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA:	7
2.3 FUENTES:	8
2.4 EFECTOS:	8
2.5 FORMA:	10
2.6 LÍMITES AL ESTABLECIMIENTO DEL PERÍODO DE PRUEBA:	12
2.7 DURACIÓN:	14
2.7.1 PRECISIONES:	15
2.7.2 NEGOCIACIÓN COLECTIVA SOBRE LA DURACIÓN:	20
2.8 SITUACIÓN DEL CONTRATO DURANTE LA PRUEBA:	22
2.9 INTERRUPCIÓN DEL PERÍODO DE PRUEBA:	22
2.10 RESCISIÓN DEL CONTRATO DURANTE PERÍODO DE PRUEBA EN EL CASO DE TRABAJADORAS EMBARAZADAS.	23
2.11 RESOLUCIÓN DEL CONTRATO Y PERCEPCIÓN DEL DESEMPLEO:	24
2.12 VENCIMIENTO DEL PLAZO:	25
2.13 FRAUDE DE LEY:	26
3. REFORMA LABORAL DE 2012.	27
3.1 UNA VÍA INADECUADA.	28
3.2 CARACTERIZACIÓN GENERAL DEL REAL DECRETO-LEY 3/2012.....	28
4. CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A EMPRENDEDORES	33
4.1 INCENTIVOS A LA CONTRATACIÓN:	34
5. EVOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE EMPRENDEDORES	45
6. CONTRATOS DE EMPRENDEDORES POR COMUNIDAD AUTÓNOMA.	47
7. CONTRATOS DE EMPRENDEDORES POR GRUPOS DE OCUPACIÓN.	48
8. CONCLUSIONES:	50
9. BIBLIOGRAFÍA:	52

1. INTRODUCCIÓN:

A lo largo de este trabajo se va a analizar la figura del período de prueba, tanto el concepto, como su evolución histórica, objeto, regulación, duración, limitaciones del mismo entre otras. Además, se analizará la última de las reformas laborales, la del año 2012. Concretamente, será objeto de este estudio una de las figuras contractuales surgida tras su aprobación, “contrato indefinido de apoyo a emprendedores”. Así como la extinción del contrato durante el período de prueba en el caso de las mujeres embarazadas. Parte de este trabajo se ha elaborado basado en bibliografía y otra parte consultando jurisprudencia al respecto.

Tanto el período de prueba como la Reforma Laboral de 2012, como el “contrato indefinido de apoyo a emprendedores” es objeto de debate actualmente. Vamos a ver la evolución que ha experimentado el período de prueba a lo largo de la historia, desde sus orígenes hasta la regulación actual.

Debido a la evolución legislativa del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, el período de prueba ha experimentado importantes cambios que analizaremos a lo largo del trabajo.

El período de prueba es el período de tiempo pactado entre trabajador y empresario al inicio de la relación laboral que tiene como finalidad principal la comprobación de la aptitud del trabajador. También debemos destacar la duración del mismo, ya que existe una regla general contenida en el Estatuto de los Trabajadores, pero también debemos tener en cuenta las modificaciones sufridas por el impacto de la reforma de 2012, constituyendo una excepción a la duración del mismo establecida en dicha legislación. Son destacables los efectos que producen el pacto de prueba en el contrato de trabajo, así como los requisitos formales que debe reunir para su validez y la interrupción del mismo. El establecimiento del período de prueba tiene una serie de limitaciones por lo que son necesarias tenerlas en cuenta a la hora de pactarlo. La negociación colectiva tiene una gran influencia sobre esta institución en especial en su duración.

Ciertamente la Reforma Laboral del año 2012 no sólo ha producido modificaciones en el ámbito del período de prueba, sino que además ha afectado

prácticamente a todos los ámbitos del Derecho Laboral, tanto individual como colectivo (la naturaleza y fuerza vinculante de los convenios colectivos no es la misma antes y después de la reforma), así como al procedimiento laboral pero, debido a las modestas pretensiones de éste trabajo, no pueden ser abordadas ahora. Nos centraremos por tanto en la modalidad contractual ya referida del “*contrato indefinido de apoyo a emprendedores*” que surge *ex novo* como consecuencia de dicha reforma.

El contrato “indefinido” de apoyo a los emprendedores ha suscitado grandes controversias en la actualidad, por los requisitos y especificidades que presenta, siendo necesario realizar un estudio de todas las características de esta novedosa modalidad contractual. También veremos el elevado número de contratación que se realiza bajo esta modalidad, así como las Comunidades Autónomas donde más se registran e incluso las principales ocupaciones que suscriben este contrato.

2. PERÍODO DE PRUEBA

2.1 CONCEPTO:

El período de prueba es el pacto que se realiza entre trabajador y empresario, antes del inicio de la relación laboral. Dicho pacto le sirve al empresario para comprobar si el trabajador cumple con las expectativas que él requiere. Este período puede tener distinta duración en función del tipo de contrato, así como de la titulación y categoría profesional del trabajador.

Podemos definirlo como el período de tiempo, suscrito entre trabajador y empresario, durante el cual el trabajador debe mostrar sus habilidades, aptitud, adaptación y ejecución. Por tanto, para el empresario se trata de un mecanismo eficaz de verificación, para determinar si le conviene o no mantener el vínculo. En el ámbito de la gestión de los recursos humanos, también sirve para demostrar que el trabajador reúne las características profesionales y personales necesarias. En caso de desacuerdo, ambos sujetos tienen libertad para poner fin a la relación laboral en dicho plazo.

En el capítulo 2, apartado III, al margen del deber del trabajador de no concurrir con la actividad de la empresa, podemos encontrar determinados pactos del contrato de trabajo. Algunos de estos pactos son los de plena dedicación, permanencia en la empresa o el de no competencia postcontractual recogidos en el artículo 21 ET. Entre estos pactos está el período de prueba, objeto de estudio de este trabajo. A su regulación dedica el Estatuto de los Trabajadores el artículo 14.

Su finalidad principal, como antes apuntamos, es comprobar la aptitud profesional del trabajador, lo cual tendrá mayor importancia cuanto más cualificación se requiera para desarrollar determinados puestos, como es el caso de los puestos de dirección o supervisión. Frente a otros que sean menos cualificados o tengan un carácter temporal y provisional, por eso, como normal general debe ser un plazo de tiempo breve.

2.2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA:

El período de prueba es una institución jurídica caracterizada por tener un aspecto experimental de naturaleza laboral. El pacto de prueba, se reguló en un primer estadio a través de normas sectoriales y reglamentarias y posteriormente pasó a ser reconocido como una norma de carácter general, con rango de ley por el artículo 17 de la Ley de Relaciones Laborales, cuyo contenido fue posteriormente regulado por la Ley 8/1980 Estatuto de los Trabajadores. Que a su vez sufrió una modificación en el Texto Refundido de 1994. No se ha tenido una configuración uniforme. Inicialmente surgió de la necesidad de elegir al trabajador más idóneo para el puesto, así como para reforzar el principio de estabilidad en el empleo. El objetivo del período de prueba es poder facilitar al empresario los datos más importantes así como los aspectos más precisos para conocer al trabajador y consigo conocer lo que va a desarrollar en la relación laboral. Gracias a dicha institución se permite agilizar los procesos de contratación, también eliminar contrataciones defectuosas, poder fijar las condiciones de trabajo siempre que no suponga un abuso del derecho.

Gracias a la reforma de 1994 el período de prueba alcanza su exponente máximo, como instrumento de política de empleo. Otra de las novedades de esta reforma, es la creación de contratos formativos ya que con anterioridad a dicha ley no existían. También se produjeron importantes cambios en cuanto a la duración del período de prueba (art 14 ET), también se estableció la necesidad de que en los Convenios Colectivos se recogiera el período de prueba, a través de duraciones subsidiarias para en caso de que no se pactara en el contrato de trabajo esta le serían de aplicación. Uno de los Ejes de la reforma del año 1994, fue eliminar el carácter mínimo de derecho necesario relativo que poseía la regulación del período de prueba. Se pretendían conseguir la disminución en la duración del mismo. Algunas de las novedades que introdujo es que si el trabajador era técnico titulado, le corresponde 6 meses de período de prueba. En cambio, para el resto de trabajadores se utilizó otro criterio de división con esta reforma y es que el establecimiento de la duración del período de prueba irá en función de la dimensión de la empresa, si es superior a 25 trabajadores se establecían 2 meses de prueba y si es inferior a 25 trabajadores se establecían 3 meses.

Se empezó a utilizar este criterio de la magnitud de la empresa, porque las pequeñas empresas tenían el inconveniente de tener mayor dificultad por no contar con los medios materiales y personales suficientes.

Esta reforma supuso un gran avance, pues no se tiene en cuenta la modalidad de contratación que haya precedido la relación laboral a la que se quiere aplicar el período de prueba. Otra de las novedades es que el contrato en prácticas se reduce a 1 o 2 meses según el trabajador cuente con titulación de grado medio o superior, salvo que la regulación convencional establezca otra cosa.

2.3 FUENTES:

El período de prueba viene regulado en el Estatuto de los Trabajadores, concretamente en el precepto 14, el cual nos remite a los Convenio Colectivos de aplicación, que además siempre nos establecerán algunas precisiones para ampliar o limitar tal regulación. En ocasiones, podemos encontrarnos con normas laborales que nos hace referencia a dicha institución. Algunas modalidades de contrato cuenta con una regulación específica en cuanto al período de prueba, es el caso del contrato en prácticas (artículo 11 ET) o el contrato indefinido de apoyo a emprendedores (artículo 4 Ley 3/2012).

2.4 EFECTOS:

El período de prueba, si se pacta, tiene los siguientes efectos:

- Durante su transcurso el trabajador debe estar dado de alta y cotizando en el Régimen General de la Seguridad Social.
- Las partes deben realizar la experiencia que se consideran el objeto de la prueba.

- El trabajador tiene los mismos derechos y las mismas obligaciones que si se tratara de un trabajador de plantilla.
- Cualquiera de las partes podrán extinguir la relación laboral, por decisión unilateral. En caso de no extinguir dicha relación, el tiempo del período de prueba computará para la antigüedad del trabajador en la empresa.
- Se produce la interrupción del período de prueba en los casos de suspensión del contrato por Incapacidad Temporal, maternidad, adopción o acogimiento. Siempre que exista acuerdo, si no existiera acuerdo el plazo de dicho período seguirá corriendo.

La jurisprudencia ha considerado en algunas ocasiones, como es el caso de la sentencia del TS de 12 diciembre de 2008, que la situación de IT, maternidad, adopción o acogimiento no interrumpen el período de prueba, confirmando la sentencia recurrida en la que la trabajadora sostenía que la situación de IT no permitía al empresario extinguir el contrato por no superación del período de prueba. A pesar de que estaba establecido en una cláusula del contrato, la Sala defendía que la situación de IT nada impedía la posibilidad de rescindir el contrato por no superar el período de prueba. Por lo que en este caso existe una contradicción con lo dispuesto anteriormente.

Cuando se ha pactado expresamente el período de prueba se constituye en un contrato sujeto a condición resolutoria. En caso de declaración de voluntad resolutoria por parte de alguno de los sujetos, se extingue de forma automática la relación jurídica, dejando de producir efectos. También cuando nos encontramos ante un pacto de permanencia, se considera ineficaz el período de prueba por quedarse sin efecto.

En contraste con este criterio, podemos observar una sentencia del Tribunal Supremo de 20 julio 2011. La trabajadora había firmado un contrato en el que se establecía un período de prueba de 1 año. Antes de la finalización de ese año le comunican el cese de la relación laboral. El Convenio Colectivo de aplicación establece una duración del período de prueba de 2 años, lo cual constituye un abuso del derecho ya que califica de excesiva esta duración puesto que no persigue la finalidad de la institución. Es decir, la finalidad principal del período de prueba. Aún así, parece claro que la extinción de la relación laboral basada en la no superación del período de prueba

constituye un despido improcedente. Puesto que para las actividades a desarrollar por la trabajadora con una categoría profesional de promotora de ventas, no es necesario requerir un período de tiempo tan largo. Por lo que el Tribunal Supremo resuelve que se considera un despido improcedente debiéndose producir la readmisión de la trabajadora en la empresa o la indemnización.

El período de prueba tiene una serie de limitaciones por lo que no se puede establecer libremente. La finalidad del mismo es para el trabajador conocer las condiciones en las que se va a desarrollar su trabajo, así como para el empresario le permite comprobar si el trabajador está capacitado para el trabajo para el que ha sido contratado. Con ello se introduce un elemento de objetivación del período de prueba que lleva a que el empresario en caso de superación o no, emita un juicio objetivo como resultado. El empresario deberá valorar no sólo el trabajo sino también cualidades personales que pueden influir en la aptitud del trabajador. Relacionado directamente con el artículo 51 a) ET puesto que la ineptitud del trabajador no puede alegarse después siendo causa de despido. Esta finalidad tiene una limitación, regulada en el artículo 14.1 párrafo tercero, y es que no se puede establecer un período de prueba cuando el trabajador haya realizado con anterioridad las mismas funciones en la empresa bajo cualquier modalidad de contrato. Por tanto, podemos decir que el establecimiento de un período de prueba es lícito en la fase inicial de la relación laboral.

Tanto trabajador como empresario deben poner a prueba si esa persona responde o no con las expectativas que se tienen, si satisface o no los intereses, por lo tanto cabe destacar que una de las características es la bilateralidad. Aunque en la práctica podemos observar que satisface más a los intereses del empresario. Durante el plazo establecido tanto empresario como trabajador podrán extinguir la relación laboral sin preaviso, ni argumentar causa alguna así como tampoco tendrá derecho el trabajador a indemnización.

2.5 FORMA:

El período de prueba es facultativo y no obligado para las partes. En caso de establecerlo las partes siempre debe de hacerse de forma escrita, no cabe concertarlo de forma verbal o tácita.

Se exige que aunque el Convenio Colectivo de aplicación fije un período de prueba determinado, este sea pactado en el contrato de trabajo. Puesto que no se puede aplicar de forma directa del Convenio Colectivo, sino que debe estar establecido de forma expresa y por escrito en el Contrato de Trabajo.

En un pronunciamiento del Tribunal Supremo (TS 5 octubre 2001) podemos observar la necesidad de establecer por escrito el período de prueba, puesto que su omisión no queda suplida por la aplicación del Convenio Colectivo. En este caso, existe una contradicción pues la sentencia recurrida que desestima la pretensión sobre el despido, al entender que vincula la duración del período de prueba establecido en el Convenio Colectivo aunque esto no esté plasmado en el contrato de trabajo. Por el contrario, en la sentencia de contraste si se estima la pretensión aunque no esté pactado en el Contrato de trabajo. Si realizamos una interpretación literal del artículo 14.1 ET, podemos destacar como requisitos exigidos que se pacte por escrito y cuya duración debe estar dentro de los límites establecidos por el Convenio Colectivo. También aclarando que en caso de no pactarse por escrito, se entiende que no existe período de prueba. Se concluye estimando el recurso de casación por lo que se declararía improcedente dicho despido. Sin considerar que la firma del finiquito tal y como interpretó el Juzgador de instancia, suponía la conformidad con el despido. Por lo que revocaron tal sentencia y estimaron el recurso. Finalmente la empresa fue condenada a readmitir al trabajador en las mismas condiciones o a indemnizarlo a 45 días de salario por años de servicios.

El período de prueba debe ser acordado por escrito con anterioridad o de forma simultánea al inicio de la relación laboral. Por eso la importancia de dicho pacto y que se considere un pacto típico de los contratos de trabajo. No se considera válido el pacto del período de prueba con posterioridad al inicio de la relación laboral. Dicha institución es algo que forma parte del contrato de trabajo. Sólo basta con decir que una vez transcurra dicho período sin el desistimiento por alguna de las partes, el contrato produce plenos efectos. En este caso, ese plazo de tiempo computa para la antigüedad del trabajador en la empresa.

2.6 LÍMITES AL ESTABLECIMIENTO DEL PERÍODO DE PRUEBA:

Sólo de forma excepcional se podrá establecer un período de prueba si una anterior relación laboral no se completó por desistimiento del trabajador por lo que sería lícito fijar un período de prueba en un contrato posterior.

Se considerará nulo el pacto formalizado cuando ya se conozca la aptitud con respecto a la actividad a desarrollar por haber prestado servicios el trabajador para otra empresa pero en la misma infraestructura, con el mismo material y bajo las órdenes de la misma persona (TS 18 enero de 2005).

En contraste con esto, la jurisprudencia del Supremo (STS 20 enero de 2014) establece que sí se puede establecer un nuevo pacto de prueba aunque con anterioridad haya sido contratada dos veces para la misma empresa bajo distintas modalidades contractuales. El Tribunal Superior de Justicia de Valencia, consideró que será nulo el establecimiento de un nuevo período de prueba puesto que la empresa ya había suscritos contratos con la trabajadora pues ya se consideraba que ya se conocía la aptitud, por lo que declaró la improcedencia del despido. Este tribunal resuelve esta controversia en el cual concurre el principio de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste (TSJ de Canarias/ Las Palmas 23 diciembre de 2005). La empresa alegó que con los múltiples contratos temporales no se ha superado el límite convencional establecido. Haciendo una interpretación literal del artículo 14.1 ET cabría la posibilidad de concertar un nuevo período de prueba, por haber sido contratado a través de distintas modalidades contractuales. Según la sentencia precedente de este tribunal, que lo importante es el plazo no las modalidades de contrato. En este caso, como no se supera el plazo contenido en los Convenios Colectivos.

La cual entiende que: *“la interpretación correcta del último párrafo del art. 14.1 ET (RCL 1995, 997) es que el pacto probatorio será nulo cuando el desempeño de las mismas funciones bajo cualquier modalidad contractual llegue a superar, singular o acumulativamente, el período total convencionalmente establecido para la prueba, siempre, claro está, que no quepa apreciar situaciones de fraude, discriminatorias o vulneradoras de derechos fundamentales.”*

Por lo que resolvieron revocando la sentencia recurrida y estimando el recurso.

Existe la posibilidad de establecer un período de prueba en el caso de los contratos temporales eso sí, con una duración menor en proporción a la duración del contrato.

Nos remitimos a la Sentencia del Tribunal Supremo, concretamente a la del 4 marzo 2008. Donde se plantea un recurso de casación para la unificación de doctrina, que versa sobre la posibilidad del establecimiento de un período de prueba, en un contrato temporal, de una duración igual a la duración del contrato. La sentencia recurrida admite la validez de dicho período siempre que tal duración esté establecida en el Convenio Colectivo de aplicación. En la sentencia de contraste aportada, se consideró abusivo el establecimiento de un período de prueba igual a la duración del contrato. Como el plazo de duración del período de prueba se ajusta a lo dispuesto en el Convenio Colectivo, no se considera en ningún caso que constituya abuso de derecho por parte del empresario. Pues para calificarlo como abuso de derecho, sería necesario acreditar que no es necesario un período de prueba tan largo para advertir de la capacitación del trabajador. La sentencia concluye desestimando el recurso de casación.

Existe la posibilidad del suscribir un nuevo período de prueba (incluso dando lugar a un segundo período) en caso haber acaecido un cambio en las tareas que realiza el trabajador a diario. También es posible establecer un nuevo período de prueba, cuando a pesar de haberlo tenido con anterioridad no se llegue con la suma a superar el máximo establecido en el artículo 14 ET. La STS 20 enero 2014, confirma que se puede suscribir un nuevo período de prueba cuando a pesar de que se haya estado contrata con anterioridad para la misma empresa. Lo que supone que no se tenga en cuenta el conocimiento de la empresa de la actitud del trabajador, pues en ocasiones se suele tratar de pequeños períodos de tiempo. No se tiene en cuenta la modalidad contractual sino el desconocimiento de la empresa de la aptitud del trabajador. Eso si siempre debe respetarse el máximo establecido en Convenio Colectivo como en el artículo 14 ET. En este caso la trabajadora había trabajado con anterioridad catorce días a través de un contrato de interinidad y sumados estos con los de otro contrato temporal no superan el límite establecido.

2.7 DURACIÓN:

Existen controversias en cuando a la duración del período de prueba, al existir intereses contrapuestos entre trabajador y empresario con tal decisión. El interés del trabajador será que el período sea lo más corto posible, en cambio por otro lado encontramos la tendencia del empresario de alargar lo máximo posible dicho plazo. Entre otros motivos por lo explicado anteriormente, la facultad de libre rescisión. La duración está limitada por lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores. Concretamente, en el artículo 14.1 ET pues se somete a lo dispuesto en los Convenios Colectivos, que en ningún caso puede prolongar la duración del mismo. El período de prueba cabe ser pactado en contratos temporales pero no cabe en contratos que sean verbales. Los plazos van a variar en función de la categoría del trabajador, así como la formación y la modalidad de contrato.

Como norma general, el período de prueba no puede tener una duración superior a seis meses cuando se trate de técnicos titulados ni de dos para el resto de trabajadores. Para las empresas cuya plantilla cuente con menos de veinticinco trabajadores se limita la duración máxima a tres meses para los técnicos no titulados.

En el caso de contratos temporales de duración determinada regulados en el artículo 15 por período de tiempo no superior a seis meses, el pacto de prueba no podrá exceder de un mes, salvo que así lo establezca el Convenio Colectivo.

En el Estatuto de los Trabajadores, concretamente en el precepto 11.1 d) establece que el período de prueba no puede ser superior de 1 mes para los trabajadores que posean un título medio y en el caso de trabajadores con grado superior el período de prueba no podrá superar los 2 meses cuando se trate de contratos de prácticas

Esto se va a ver afectado por la nueva reforma aprobada por el Real Decreto-ley 3/2012, 10 febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Dicha reforma introduce una nueva modalidad contractual cuya especificidad es la duración del período de prueba que posteriormente pasaremos a analizar. Esta reforma pretende potenciar el empleo, especialmente está orientada hacia a potenciar el empleo estable. Existe una duración especial en el caso del novedoso “contrato de trabajo por tiempo

indefinido de apoyo a los emprendedores” así como los diversos contratos temporales los cuales recogen especificidades en cuanto a la duración del período de prueba. La especificidad de este contrato es la duración del período de prueba el cual establece que sea de un año.

2.7.1 PRECISIONES:

Se considerará nulo ese pacto de prueba y por consiguiente tendrá como consecuencia la extinción del contrato calificándose como improcedente:

Cuando primero se inicia la relación laboral verbalmente y después de un tiempo se fija por escrito período de prueba, ya que su establecimiento supondría la renuncia por parte del trabajador a la relación laboral que tenía anterior.

Nos apoyamos en el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sentencia 225/2002). A través de la cual se declara nulo el período de prueba por haberlo suscrito con posterioridad al inicio de la relación laboral considerándose una infracción del artículo 54 en relación con el artículo 14. Puesto que se considera uno de los requisitos del período de prueba, el establecimiento con anterioridad al inicio de la relación laboral así como la necesidad de establecerse por escrito, se ha visto apoyado por múltiple jurisprudencia. En caso de no establecerse, se considerará inexistente, es decir, sin sujeción a prueba.

Cuando el trabajador haya realizado las mismas funciones en la empresa habiendo suscrito con anterioridad cualquier otro tipo de modalidad contractual. Incluso sucedería lo mismo cuando pase de una Empresa de Trabajo Temporal a la empresa usuaria sin solución de continuidad.

Prueba de ello es una sentencia dictada por el Tribunal Supremo (TS 18 enero 2005) en la cual se produce la extinción del contrato durante el período de prueba, habiéndose establecido un período de prueba cuando el trabajador ya había sido contratado con anterioridad por la misma entidad, realizando el trabajo en el mismo centro así como recibiendo órdenes de la misma persona. Por lo que se califica dicha extinción como un despido improcedente, ya que según el art 14.1 no es posible

establecer un período de prueba cuando el trabajador ya ha suscrito otro contrato en cualquier modalidad para la misma empresa.

Existe la posibilidad de establecer un período de prueba en un contrato cuando se haya suscrito otro con anterioridad para la misma empresa pero se haya extinguido por voluntad del trabajador, no del empresario.

Ante este tipo de supuesto existen distintos pronunciamientos pues en la sentencia TS 23/10/08 nos aclara como se resuelve en estos casos. En dicha sentencia se plantea un conflicto en cuanto al establecimiento de un período de prueba una vez que la persona ya había sido contratada con anterioridad en la empresa y con el correspondiente período de prueba durante el cual la trabajadora o el trabajador extinguieron la relación laboral por voluntad propia. En la sentencia se aportan dos sentencias, la de contraste y la de referencia. En la sentencia de referencia (TSJ del País Vasco REC 560/07) podemos observar cómo se desestima la demanda al considerar que no se puede establecer un nuevo período de prueba habiéndose extinguido la relación laboral anterior por voluntad del trabajador en la misma empresa (art 14.1 ET). La sentencia de contraste (TSJ de Galicia 28 febrero 2001), consideran que se puede pactar un nuevo período de prueba cuando no haya quedado claro en el período de prueba anterior la idoneidad del trabajador. Tanto los fundamentos, como los hechos como las pretensiones son similares en ambos casos. La diferencia radica en que en la primera sentencia el desistimiento del trabajador se produce un día antes de la finalización del período de prueba (ocho días). En cambio, en la segunda el desistimiento tiene lugar el día cuarenta y cinco habiéndose pactado un plazo de 3 meses. El hecho de que se diese un período de tiempo tan corto justificaría la necesidad de conceder otro período posterior pues quizás no se pudo apreciar la idoneidad del trabajador. Ambas sentencias resolvieron de forma contradictoria. Para lo cual dicho tribunal tuvo que pronunciarse para sentar la doctrina correcta. En este supuesto no se apreció que la empresa actuara en fraude de ley puesto que el Convenio Colectivo de aplicación establece un plazo de 3 meses. Por lo que habiéndose extinguido la relación laboral al séptimo día se podría concertar posteriormente un nuevo período de prueba.

No es necesario ningún requisito formal para la comunicación del cese de la prestación de servicios

La STS 02/04/07 en la cual se plantea un conflicto acerca de la extinción del contrato durante el período de prueba sin comunicarse al trabajador de forma escrita. El Juzgado de lo Social correspondiente había desestimado la demanda contra la empresa al considerar que no constituía un despido improcedente pues no vulneraba lo dispuesto en el artículo 14 ET. En cambio, el Tribunal Superior de Justicia resolvió en suplicación calificando tal despido como improcedente al considerar que una cosa es que el empresario podía desistir libremente el contrato sin justificar causa alguna y otra cosa bien distinta era no comunicarlo por escrito al trabajador apoyándose ante tal decisión en lo dispuesto en los artículos 55.1 ET y 24.1 CE.

En el recurso de casación se argumentaron dos contradicciones por un lado la exigencia de forma escrita y por otro plantea que los salarios de tramitación debían ser abonados hasta la fecha de finalización del contrato. Dicho tribunal se basa en la sentencia de contraste dictada por el mismo 06/07/1990 (R. 3669/89) en la cual establecía *“siendo el período de prueba una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo rescindir unilateralmente el mismo, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, bastando con que el período de prueba este todavía vigente y que el empresario o el empleado extinga la relación laboral, sin que sea preciso para ello llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó, salvo que la decisión este motivada por razón discriminatoria que viole el art. 14 CE o vulnere cualquier otro derecho fundamental”*. Cosa que en este caso no se aprecia.

Dicha decisión de la empresa por tanto respeta lo dispuesto en el artículo 14.2 ET, no implica por imperativo del artículo 55.1 ET no deba quedar constancia de la fecha de extinción del contrato y del motivo. Por lo que concluyeron estimando el recurso de casación confirmando la sentencia de instancia, por lo que tal despido no se calificó como improcedente.

No cabe deducir que pueda existir período de prueba por estar recogido en Convenio Colectivo sino que se hace necesario la exigencia de que se pacte de manera expresa y haciendo constar por escrito

Prueba de la necesidad de concertar el período de prueba por escrito, **sin** que su omisión suponga la aplicación del plazo fijado en el Convenio Colectivo de aplicación, tenemos una sentencia del Tribunal Supremo (TS 05/10/01, RJ 2001/9590). En la cual existe una contradicción, pues en la sentencia impugnada desestiman la pretensión sobre el despido, al entender que vincula el período de prueba del Convenio Colectivo aunque dicho plazo no haya sino pactado en el Contrato de Trabajo. En cambio, la sentencia de contraste estima la pretensión al no aparecer pactado en el Contrato de Trabajo aún cuando el Convenio Colectivo lo recoge.

Si tenemos en cuenta lo dispuesto en el artículo 14.1 ET, podemos deducir los siguientes requisitos:

- Que debe ser pactado por escrito en el Contrato de trabajo
- Así como que la duración esté dentro de los límites fijados por el Convenio Colectivo
- En caso de no pactarse en el Contrato se entiende inexistente el período de prueba

Por lo que el TS concluye estimando el recurso de casación, declarando el despido como improcedente a pesar de que la trabajadora había firmado un recibo de finiquito sin esto suponer la conformidad de la decisión de la empresa. Revocando la sentencia de instancia y calificando dicho despido como improcedente condenando a la empresa a la readmisión del trabajador o a indemnizarle.

Es válido establecerlo aunque se haya superado una oposición pero siempre debe incluirse en las bases de la convocatoria (TS 23 enero 2014). Dicha sentencia confirman que ante estos casos de extinción del contrato durante el período de prueba aunque se haya superado un concurso-oposición, siempre se estará a lo dispuesto en las Bases de la convocatoria.

El diez a quo del cómputo como norma general, es el comienzo de la prestación comprendiendo todos los días naturales los cuales los entendemos como días naturales de trabajo efectivo. Es decir, días que efectivamente el trabajador ha trabajado.

Su duración no debe ser superior a la duración del contrato cuando hablamos de contratos temporales. Siempre debemos de tener en cuenta lo dispuesto en el Convenio Colectivo, el plazo no puede superar dicho plazo, considerándose este como un límite. Se puede admitir una duración igual a la del contrato cuando así lo establezca el Convenio de aplicación.

Puede ser posible el establecimiento de un período de prueba de la misma duración que el contrato. Tal duración está permitida, siempre que el Convenio Colectivo de aplicación lo permita. En algunos pronunciamientos se considera abuso del derecho. Como el plazo de duración de la prueba se ajusta a lo establecido en Convenio Colectivo en ningún caso constituye abuso de derecho por parte del empresario, pues para ello se debe acreditar que no es necesario un período de prueba tan largo para advertir la capacitación de la persona. (TS 4 marzo de 2008).

Cuando se extingue un contrato una vez finalizado el período de prueba este despido se considera improcedente o nulo.

En caso de cesión ilegal esto no supone que no pueda extinguirse el contrato durante el período de prueba. Pues a pesar de existir una cesión ilegal de trabajadores, esto no supone que no exista o que no sea válido el período de prueba pactado en el Contrato de trabajo. Sigue siendo vinculante con independencia de que exista cesión ilegal o no (TS 30 mayo 2006).

Se considera atípica la duración del período de prueba de un año en el novedoso contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, pues más que buscar la finalidad de la institución busca el fomento de empleo. Así como un contrato temporal falso, donde el trabajador no tiene derecho a indemnización. En este caso si podemos considerar que estamos ante una situación de abuso del derecho.

La jurisprudencia califica como abusiva esta cláusula en la que se establece la duración del período de un año. Al considerar que “desvirtúa la razón de ser de la institución del período de prueba” (TS 20 julio 2007). Por lo que conlleva a considerar nula la cláusula contractual que establece un año de prueba y siendo considerado el cese amparado en la no superación del período de prueba constituye un despido improcedente.

En la regulación de algunas de las relaciones laborales de carácter especial se dictan normas específicas las cuales regulan la duración del período de prueba como es el caso de:

- Personal de alta dirección cuya duración máxima es de nueve meses para contratos de duración indefinida
- Servicio del hogar familiar se establece un período de prueba de dos meses
- Artistas en espectáculos públicos cuya duración es la que se establezca en el contrato
- Los minusválidos cuentan con un período de adaptación al trabajo con una duración máxima de seis meses
- La duración del período de prueba para el contrato en prácticas no podrá ser superior a un mes para trabajadores con un título medio ni a dos con un título superior

2.7.2 NEGOCIACIÓN COLECTIVA SOBRE LA DURACIÓN:

Los Convenios Colectivos están habilitados para establecer la duración del período de prueba siempre que respeten la finalidad y funciones de la institución, por lo que no deben admitirse fórmulas convencionales incompatibles. Una duración demasiado larga del período de prueba se asemeja a la funcionalidad de los contratos temporales, pudiendo constituir un fraude de ley no permitido por la norma estatutaria. Las cláusulas convencionales que sean contrarias a la ley y al orden social serán consideradas nulas, pudiendo los tribunales dejar de aplicarla.

Cabe destacar como ejemplo el convenio colectivo de empresa (dedicada a la telefonía) para la categoría profesional de promotora de ventas, considerado como abusivo pues la actividad de la trabajadora se limita a la venta de “páginas amarillas y otros productos” y en el cual se establecía un período de prueba de un año (STS 20 de julio de 2011).



Universidad
de La Laguna

Facultad de Derecho



Cada contrato va a establecer su período de prueba pero no puede ser superior al convencionalmente establecido. En caso de exceder el plazo fijado en el convenio, la decisión de extinguir el contrato por parte del empresario será considerado despido.

2.8 SITUACIÓN DEL CONTRATO DURANTE LA PRUEBA:

Tanto trabajador como empresario están obligados a realizar durante el período de prueba las experiencias que constituyen el objeto de la prueba (artículo 14.1 ET). Esta es la finalidad principal de dicho acuerdo, su objetivo principal es observar la aptitud profesional del trabajador. Siempre y cuando no se produzcan situaciones que vulneren los derechos fundamentales del empleado concretamente su intimidad.

El empresario podrá extinguir la relación laboral por la ineptitud del trabajador, con anterioridad a la finalización de dicho período. No ocurre lo mismo cuando se realiza con posterioridad. Tampoco quiere decir que por no observar ineptitud por parte del trabajador en el transcurso de ese período, tampoco puede observarse con posterioridad. Los trabajadores durante este plazo tendrán los mismos derechos y las mismas obligaciones que si fueran trabajadores de plantilla (artículo 14.2 ET). En muchas ocasiones, los empresarios establecen cláusulas específicas en los contratos al respecto.

2.9 INTERRUPCIÓN DEL PERÍODO DE PRUEBA:

La interrupción del período de prueba se produce en los casos de suspensión del contrato de trabajo por Incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo o lactancia, adopción o acogimiento, paternidad. En el transcurso de estas situaciones se interrumpe el cómputo del mismo, así como la libertad para extinguirlo sin alegar causa alguna (artículo 14.3 ET). Para ello es preciso el acuerdo entre ambas partes del contrato.

La STS 12 diciembre 2008, en el que la demandante tenía una cláusula en su contrato individual por el que se establecía que la situación de Incapacidad Temporal suspendería el plazo del período de prueba. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, mantenía que se podía rescindir el contrato por no superar el período de prueba durante un proceso de Incapacidad Temporal. En la sentencia de referencia aportada la empresa extinguió el contrato de una trabajadora por no superar el período

de prueba durante una situación de Incapacidad Temporal (Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 17 julio 1997), considerando que dicha sala que durante el proceso de Incapacidad Temporal queda interrumpido además del período de prueba y la facultad de desistir el contrato en cualquier momento por lo que calificó el despido como improcedente.

En el presente litigio, se pactó en el Contrato que la situación de Incapacidad Temporal interrumpe el cómputo del período de prueba. Además de una inhibición de la facultad de desistimiento que también vuelve a poseerse en el momento en que se acabe la situación de Incapacidad Temporal. Por lo que este tribunal resolvió desestimando el recurso y confirmando la sentencia recurrida. Al no considerar que la situación de incapacidad no supone la interrupción de la facultad para desistir el contrato.

2.10 RESCISIÓN DEL CONTRATO DURANTE PERÍODO DE PRUEBA EN EL CASO DE TRABAJADORAS EMBARAZADAS.

Frente a la protección automática que se produce en el supuesto de una situación de embarazado, por posible vulneración de un derecho fundamental encontramos el conflicto al encontrarnos con que la trabajadora se encuentra inmersa en un pacto de prueba. La extinción del contrato que se produzca mientras la trabajadora se encuentre en período de embarazo daría lugar a la consideración de dicha extinción como nula. Al considerar que esta decisión de rescindir el contrato supone una vulneración de un derecho fundamental, el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo. Se considera que la trabajadora está en período de embarazo desde la fecha del inicio de la gestación hasta el comienzo la suspensión del contrato por maternidad. Por lo que toda extinción que se produzca durante el mismo, debe considerarse despido nulo. Además se exige de que después de incorporada la mujer tras la suspensión del contrato por maternidad, el empresario debe mantenerla durante un período de tiempo sin que se produzca la extinción del contrato.

Lo que nos interesa en virtud del objeto del estudio de este trabajo, es que sucede en el supuesto en que la trabajadora sea cesada por no superación del período de

prueba estando embarazada. Según STS 18/04/2011 la protección es la propia del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo y no la consideración de nula la que si opera en el caso del despido. Por lo que en caso de desconocimiento del embarazo no se podría considerar como lesionado el derecho fundamental antes referido.

La jurisprudencia sentada del Tribunal Constitucional 166/1988 consideró la rescisión del contrato de la trabajadora embarazada como una decisión discriminatoria por razón de sexo. Ya que frente a esta situación la empresa no cambió de puesto a la trabajadora para que fuera compatible con su estado de gestación. Se entiende que dicha resolución vulnera el artículo 14 CE produciendo situaciones de discriminación. Tanto en las sentencias 92/2008 como en la 124/2009, la falta de conocimiento del estado de gestación por parte de la empresa supone que no se considere discriminatorio. No se considera discriminatorio cuando la decisión de extinción del contrato se funda en otras causas laborales, TSJ de Valladolid 29/4/09. La STC 173/2013, 10 octubre, nos hace una distinción de la naturaleza jurídica del despido frente a la extinción del contrato durante el período de prueba, no exigiendo éste requisitos formales (cabe la posibilidad de que sea de forma verbal y sin exteriorización de causa alguna). En este caso en concreto la decisión no supone vulneración o lesión del derecho a la no discriminación puesto que con la extinción del contrato de la trabajadora también se realizaba la extinción del contrato a otro compañero, por lo que las causas fueron ajenas a la situación del embarazo. En contraste con esto, la STC 17/2007, en la que si se consideró que la causa de extinción de la relación laboral tenía un móvil discriminatorio propiciado por el estado de gestación de la trabajadora.

2.11 RESOLUCIÓN DEL CONTRATO Y PERCEPCIÓN DEL DESEMPLEO:

El empresario tiene la facultad para extinguir libremente el contrato de forma unilateral durante el período de prueba sin que sea necesario argumentar ninguna causa, ni dando derecho a lugar a una indemnización para el trabajador que se encuentra en situación legal de desempleo, siempre que:

- Se extinguió el contrato por muerte, incapacidad, despido o finalización del contrato o jubilación del empresario
- Hayan transcurrido 3 meses desde la extinción del contrato

Estos argumentos se acreditan mediante la comunicación escrita del empresario desistiendo el contrato durante el período de prueba.

El trabajador contará con un plazo de 20 días para interponer la demanda una vez extinguido el contrato, en caso de que se encuentre en desacuerdo. Este plazo es el determinado para despidos.

En caso de que el despido sea causa de discriminación por vulnerar derechos recogidos en la Constitución o en el Estatuto de los trabajadores este anularía la validez de dicha resolución, procediéndose a la readmisión de la trabajadora o trabajador.

El principio de libre desistimiento que caracteriza al período de prueba supone que existe libertad de las partes sin fundarse en motivo ni causa alguna, ni tampoco debe cumplir formalidad específica. Conviene no olvidar que se puede establecer requisitos al efecto en convenio o en el propio acuerdo (STS 22 octubre de 1985).

El desistimiento puede producirse en cualquier momento del período de prueba fijado, al no ser que se haya pactado un mínimo de prueba, y sin necesidad de previo aviso salvo que se haya pactado en el momento del contrato. En caso de existir pacto, lleva consigo el abono de los salarios correspondientes.

La extinción del contrato, en caso de que el trabajador haya sufrido un accidente de trabajo durante el período de prueba y se encuentre en situación de incapacidad temporal, se considera un abuso de derecho.

2.12 VENCIMIENTO DEL PLAZO:

El período de prueba finaliza por el vencimiento del plazo que se había pactado previamente para el mismo, sin que se haya producido el desistimiento por alguna de las partes, el contrato producirá plenos efectos computándose el mismo para la

antigüedad del trabajador en la empresa (art 14.3 ET). A partir de este momento, cualquier tipo de decisión empresarial sobre la extinción del contrato pasará a configurarse como despido.

El pacto de prueba no se considera una fase preparatoria pues el contrato produce plenos efectos durante el mismo, exista o no prueba. La finalización del plazo supone mantener íntegramente las condiciones previas.

2.13 FRAUDE DE LEY:

El principio de libre desistimiento de las partes no implica que se extinga el contrato por causas ajenas al período de prueba. Que exista libertad de desistimiento del empleador no significa que no puedan existir otras causas de extinción del contrato. Si la causa de extinción es ajena a la experimentación es ilegítimo por fraudulento. Si existe una causa que no es del trabajo entraríamos a analizar si el desistimiento es objeto de un despido improcedente o nulo si la causa real es discriminatoria por alguna de las circunstancias recogidas en el artículo 14 de la Constitución Española.

3. REFORMA LABORAL DE 2012.

El ordenamiento jurídico laboral a lo largo de la historia ha sufrido importantes reformas. Algunas de ellas sufridas tras la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores podemos agruparlas en grandes bloques:

- La primera etapa gira en torno al año 1984, en la cual se establece como respuesta al elevado nivel de desempleo se crea la contratación temporal.
- En 1994 tiene lugar la segunda etapa cuyo objetivo principal fue flexibilizar la legislación laboral así ampliando la facultad de la negociación colectiva, evitando así las intervenciones de la administración en las relaciones laborales. Buscaba que los empresarios en lugar de suscribir muchos contratos bajo la forma de temporales y de despedir muchos de sus trabajadores, se orientaran a la reorganización del trabajo más flexible.
- En torno a 1997 aunque recogía bastantes aspectos de la reforma del 94 se intentaba potenciar la contratación indefinida, introduciendo una modalidad contractual que era el contrato de fomento que ha existido hasta que tuvo lugar la última reforma.
- Como última etapa tenemos la reforma del año 2010, mantenía lo que habían introducido las reformas anteriores pero además presenta un carácter más integral pues fue acompañada por una nueva Ley de la Jurisdicción Social y además de una reforma de la negociación colectiva. Se insistía en abaratar despidos, flexibilizar la regulación laboral, fomentar la contratación indefinida. Buscaba solucionar el desempleo y reorientar las políticas empresariales hacia la flexibilidad interna y no hacia el despido y la contratación temporal de trabajadores.

La actual reforma del 2012 no se diferencia demasiado de las anteriores pues más o menos tiene los mismos objetivos que se han venido manteniendo. La mayor parte de estas reformas surgen para dar solución a la elevada tasa de desempleo, la dualización laboral, la poca flexibilidad por parte de las empresas, intentar hacerlas más competitivas y productivas, eliminar el exceso de contratación temporal así la

aplicación de despidos inadecuados. Muchas de estas reformas no alteraron la actuación de las empresas ni mucho menos consiguieron cambiar el ciclo económico por el que atravesaba el país. El despido exprés que nació como una medida coyuntural que supuestamente se ha hecho desaparecer cuando lo que se ha producido es su conversión en estructural al eliminar el abono de los salarios de tramitación.

3.1 UNA VÍA INADECUADA.

Al haber adoptado la forma de Real Decreto-Ley el legislador debe acreditar la situación de extraordinaria y urgente necesidad. Al que posteriormente le siguió una modificación en forma de Ley 3/2012. Esta reforma se presenta como una medida coyuntural a la crisis. Con esta reforma se intentó cambiar el sistema de relaciones laborales para que fuera compatible con la ideología del Gobierno y de los poderes sociales y económicos que lo mantienen. El mejor ejemplo lo da cuando se hace mención al despido exprés considerando que tiene como aspectos negativo la inseguridad que puede producir al trabajador, sabiendo que este despido tenía como aspecto positivo la restricción de los salarios de tramitación para el empleador y para los trabajadores, dos aspectos positivos como son el reconocimiento del despido como improcedente y la asignación de la indemnización propia del despido improcedente. Por lo que al eliminarlo se lo único que se ha suprimido consigo los efectos positivos que producía en el trabajador. Con esta reforma se pone en cuestión la seguridad jurídica que presuntamente ofrece. Además de garantizar la flexiseguridad.

3.2 CARACTERIZACIÓN GENERAL DEL REAL DECRETO-LEY 3/2012

La Reforma Laboral de 2012 ha entrado en vigor a partir de la promulgación del Real Decreto –Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Su texto fue publicado en el BOE del día 11 de febrero y la entrada en vigor se produjo al día siguiente de dicho día. Posteriormente, Ley 3/2012. Hoy en día presenta gran controversia en cuanto a los que están en contra y los que están conformes

con las medidas adoptadas. Para muchos es considerada como una norma compleja, relevante, polémica y compleja.

Las razones principales de la reforma la podemos encontrar en la exposición de motivos:

- Los elevados niveles de destrucción de empleo sobre todo en los jóvenes.
- Los largos períodos de desempleo de los trabajadores así como la mayor dificultad de acceso a un nuevo empleo.
- La dualidad de la población activa con una elevada cifra de trabajadores desempleados temporales.
- Los perjudiciales efectos que produce la poca evolución del empleo sobre la Seguridad Social

Ante una situación económica así el Gobierno entendió que era necesario actuar frente a esto mediante una reforma inmediata. Por lo que estimó que no se podía esperar al procedimiento ordinario y se procedió a tramitarlo de urgencia mediante la forma de Real Decreto-Ley. El motivo fue la verdadera situación del mercado laboral del país. El objetivo fundamental de esta reforma es crear seguridad jurídica para potenciar el empleo en el país. Con la reforma se trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos con los que cuenta como la seguridad de los trabajadores en el empleo.

Esta reforma apoya a las pequeñas y medianas empresas pues consideran que son las que soportan mayor dificultad en cuanto a las cargas laborales. Algunas medidas destacables:

- Para empresas menores de 250 trabajadores importantes reducciones en cuotas a la Seguridad Social cuando se trata de la modalidad contractual para la formación y el aprendizaje.
- Empresas con menos de 50 trabajadores creación del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores, con aplicación de bonificaciones en las cuotas así como la aplicación de incentivos fiscales.

- En las empresas cuya plantilla es inferior a 25 trabajadores compensación de parte de las indemnizaciones por la declaración de los despidos improcedentes.

Se introducen también modelos para el trabajo a distancia permitiendo compatibilizar el trabajo presencial con el trabajo on line. Se incentiva la formación para los trabajadores a través de la “cuenta de personal”, así como se establece el permiso retribuido de 20 horas anuales para trabajadores que lleven en la empresa un año o más. Lo que se intenta con esto es potenciar la preparación profesional de los trabajadores. Se intenta reforzar la formación del trabajador cuando el empresario lleve a cabo una modificación técnica.

Otro de los objetivos de la Ley 3/2012 es el fomento de empleo establece que lo pretende conseguir mediante la eliminación del antiguo contrato indefinido de fomento y la creación de una nueva modalidad contractual como el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores que con posterioridad pasaremos a analizar. Esta reforma viene a “ofertar” un nuevo tipo de relación en el que el coste económico y el rigor formal de la extinción serían inexistentes desde el primer año de duración al utilizar el período de prueba como un instrumento para evitar las reglas de protección del empleo. A través de este contrato lo menos que se consigue es la estabilidad en el empleo a pesar de su consideración de indefinido. Por lo que este contrato no está sometido a término. Todo esto lo consigue a través de una batería de bonificaciones de las cuotas a la Seguridad Social así como una serie de incentivos fiscales que resultan atractivos para las empresas y que más adelante pasaremos a explicar de forma detallada. Es de destacar que debido a la grave crisis económica por la que está pasando el país se presenta como una respuesta atractiva para las empresas, debido a los grandes problemas presupuestarios de estas. Esta modalidad de contratación establece determinados colectivos para poder suscribirlo en función de la edad del trabajador o también del disfrute de prestaciones contributivas de desempleo. El contrato de apoyo a emprendedores podemos calificarlo como una institución compleja puesto que por un lado pretende atraer al empresario con la flexibilidad normativa existente y por otro intenta evitar los costes laborales que llevan consigo los despidos. Lo más destacable de esta institución es el carácter provisional que tiene ya que no ha sido incorporada al Estatuto de los Trabajadores y en la cual en la propia Exposición de Motivos podemos

ver su carácter provisional. Para muchos se trata de un contrato descausalizado y no indemnizado. Este tipo de medidas son medidas provisionales las cuales pretenden fomentar el espíritu emprendedor con la creación de riquezas, mercados que sean dinámicos, fomento de empleo e innovación.

Se pretende conseguir la colocación de trabajadores permitiendo a las Empresas de Trabajo Temporal actuar como auténticas agencias privadas de colocación con sus correspondientes requisitos para ello. Se eliminan las reglas que penalizan el encadenamiento de contratos temporales regulados en el artículo 15.5 ET. Con esta medida se pasa a permitir la formación en centros y entidades debidamente autorizados para ello. Los planes de formación pasan de nuevo a ser estatales pero su gestión se encomienda a las Comunidades Autónomas.

En cuanto a la negociación colectiva encontramos modificaciones una de ellas es que se pasa a permitir la revisión de los convenios durante su vigencia a través de la Comisión Negociadora. Se intenta incrementar el descuelgue aplicándolo a materias como es el salario (en cuanto a distribución, turnos, jornadas, horarios), sistema de trabajo, así como funciones, rendimiento y mejoras voluntarias. Sustituyendo a las modificaciones sustanciales de los contratos. Se sitúa al convenio de empresa en situación de primacía. La ultra actividad se limita a un máximo de dos años. Surge la clasificación de grupos profesionales como consecuencia de la eliminación de categorías profesionales.

En relación con las medidas de flexibilidad interna, la reforma hace desaparecer la categoría profesional y será sustituido por los grupos profesionales, que es el que agrupa las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido de la prestación. En cuanto a la distribución de la jornada la empresa puede disponer de un mínimo de un 5% de jornada irregular (nuevo art. 34.2 ET). Las causas que llevan a las empresas a optar por la movilidad geográfica o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo pasaron a ser más genéricas. Se tienen en cuenta prioridades a la hora de llevar a cabo una movilidad geográfica cuando se trata de trabajadores que tengan cargas familiares o con discapacidad. La modificación sustancial de las condiciones de trabajo pasa a partir de entonces a tener un preaviso de 30 a 15 días. Desaparece la autorización administrativa para poder llevar a cabo suspensión de contratos o incluso reducciones

de jornadas fundadas en causas económicas. Los convenios colectivos no pueden impedir que la empresa adopte decisiones en cuanto que vincule salarios y productividad.

La calificación del despido como improcedente a partir de este momento deja condenar al empleador al abono de los salarios de tramitación. La indemnización correspondiente a la calificación de un despido como improcedente pasa a ser de 33 días por año de prestación de servicios estableciendo un máximo de 24 mensualidades.

Los despidos colectivos que afecten a más de 50 trabajadores se exigen un plan de recolocación (outplacement) considerando el incumplimiento como una infracción muy grave.

Se realizan modificaciones en cuanto al contrato para la formación y para el aprendizaje. Se eleva la edad máxima para tener acceso a estas modalidades contractuales debido a la mayor duración de los estudios y a la elevada tasa de desempleo en menores de 30 años hasta que la tasa de desempleo logre situarse por debajo del 15%.

Una vez transcurra un período de formación el trabajador podrá utilizar esta modalidad de contrato en otros sectores lo que va a permitir mejorar la empleabilidad del trabajador. Esta formación puede ser recibida en la propia empresa si cuenta con los medios adecuado para ello.

La reforma de 2012 intenta luchar contra el absentismo y el fraude en las empresas, intentando potenciar que los desempleados realicen trabajos para la comunidad través de convenios de colaboración con las Administraciones públicas.

El absentismo repercute en la empresa suponiendo grandes costes económicos y organizativos. Por lo que fue necesario eliminar la vinculación que se establecía entre el grado de absentismo del trabajador y la plantilla como causa de despido.

4. CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A EMPRENDEDORES

La reforma laboral de 2012 ha introducido una nueva modalidad contractual el cual fue definido como “contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores”. Este tipo de contrato tiene por objeto potenciar la iniciativa empresarial así como facilitar el empleo estable en nuestro país. Primero fue regulado por el RDL 3/2012 y posteriormente por la Ley 3/2012. Tales objetivos los encontramos explícitamente en el artículo 4 de la Ley 3/2012. Ha sido una medida provisional tomada por el gobierno del Presidente Rajoy puesto que en su propia definición encontramos un límite temporal al establecimiento de dicho contrato, el cual establece que esta modalidad contractual puede suscribirse hasta lograr situar el nivel de la tasa de desempleo por debajo del 15%. Por lo que podemos decir que tiene además de los objetivos anteriormente nombrado, también busca disminuir el nivel de desempleo.

Existe un requisito genérico y es que solo pueden suscribir este tipo de contrato las empresas que cuenten en el momento de pactar el contrato menos de 50 trabajadores. Por lo que no sería válido para medianas y grandes empresas. Esto tiene su razón en que lo que se intenta es potenciar la iniciativa empresarial de las PYMES.

El contrato, tiene una duración por tiempo indefinido y a jornada completa o también puede establecerse a tiempo parcial, ya que es válido para ambas modalidades. Requiere que se formalice por escrito, puesto que no es válida cualquier otra forma de celebración, en el modelo que se establezca.

Tiene un requisito fundamental y es que no pueden suscribir este contrato las empresas que con anterioridad hayan extinguido de forma improcedente contratos, concretamente en los meses anteriores a la celebración del contrato. No se podrá concertar el contrato, cuando a pesar de haber extinguido contratos de trabajo por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial o por despido colectivo durante los seis meses anteriores, estos meses hayan sido con posterioridad a la reforma laboral del 2012. No podrán disponer de este contrato para cubrir las vacantes de dichas extinciones así como tampoco para ocupar puestos del mismo centro o centros de trabajo ni de otro grupo profesional que los afectados por la extinción (artículo 4.6 Ley 3/2012).

Debe celebrarse por tiempo indefinido, debe realizarse por escrito así como en el modelo oficial establecido, puede ser a tiempo parcial o a jornada completa. El régimen jurídico por el cual se rige es el régimen del contrato de trabajo ordinario. El contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores tiene una especialidad y es que establece un período de prueba que en todo caso tiene una duración de un año. No siendo admisible períodos inferiores ni superiores. No podrá establecer otro período de prueba en convenio colectivo. No podrá pactarse dicho período cuando el trabajador haya realizado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad contractual (art. 4.3 Ley 3/2012). Esta particularidad de la duración de un año del período de prueba supone una contradicción con lo dispuesto en el régimen general de la prueba que se encuentra en el precepto 14 del Estatuto de los Trabajadores. No cabe distinción alguna en cuanto a si se trata de un trabajador titulado o no, puesto que es común para ambos. Este período de prueba tan largo supone una desventajas para los trabajadores pues debemos recordar que durante el período de prueba el empresario tiene la posibilidad de desistir libremente el contrato sin derecho a indemnización ninguna, ni preaviso y es más sin alegar causa alguna, por lo que para el trabajador un período de prueba tan largo no supone ninguna ventaja. Al igual que las demás modalidades contractuales en caso de superación del período de prueba, este computa para la antigüedad del trabajador en la empresa. Como es lógico, se debe concertar antes del inicio de la relación laboral. Dentro de dicho plazo se deben realizar las experiencias que constituyen el objeto de la prueba. Concretamente se necesita conocer la aptitud del trabajador, modo de trabajar, grado de adaptación al trabajo, organización. Durante su vigencia el trabajador se encuentra de alta y cotizando a la Seguridad Social. Una vez superado dicho período el contrato produce plenos efectos.

4.1 INCENTIVOS A LA CONTRATACIÓN:

Deducciones fiscales:

Esta modalidad presenta una serie de incentivos fiscales para las empresas que contratan bajo esta modalidad. Teniendo en cuenta los elevados tributos que soportan las empresas en la actualidad parece atractiva la posibilidad de disfrutar de una serie de

ventajas fiscales, tan solo con el hecho de contratar bajo este contrato. Por lo que además del incentivo institucional el cual ofrece la posibilidad de libre desistimiento por las partes durante un año, ofrece importantes beneficios económicos.

Si el primer contrato de trabajo que realice la empresa se efectúa con un trabajador menor de años, la empresa tiene derecho a una deducción de 3.000€ en la cuota íntegra del período impositivo correspondiente a la finalización del período de prueba del año que exige el contrato.

La empresa tendrá derecho a una deducción de la cuota íntegra del período impositivo correspondiente a la finalización del período de prueba de un año exigido por el tipo de contrato del 50% del menor de los siguientes importes:

- Cuando el trabajador tuviera pendiente de percibir una prestación por desempleo en el inicio de la relación laboral, se tendrá en cuenta el importe de la misma.
- En caso de tener reconocida una prestación por desempleo, el importe de las doce mensualidades. Será de aplicación esta deducción cuando dentro de los doce meses siguientes al inicio de la relación laboral se produzca un incremento de la plantilla media total de la entidad en al menos una unidad respecto de la que se poseía con anterioridad a dicho período de tiempo. Por lo que será de aplicación esta deducción cuando con este contrato realizado en el período impositivo hasta que se alcance una plantilla de 50 trabajadores y siempre que se cumpla lo expuesto anteriormente.

Apoyo salarial indirecto:

En caso de las empresas contratar a desempleados beneficiarios de una prestación contributiva de desempleo, una de las novedades que este tipo de contrato permite es compatibilizar el trabajo con la percepción de la prestación por desempleo, concretamente el 25% de la prestación contributiva de desempleo. Que el trabajador tenga pendiente de percibir en el momento de suscribir el contrato y para el cual dispondrá de un plazo de 15 días a contar desde la fecha del inicio de la relación laboral. Además, debe cumplirse de que el trabajador viniera percibiendo la prestación contributiva por desempleo durante 3 meses con anterioridad al inicio de la relación

laboral. Para ello la empresa precisa un informe del Servicio Público de Empleo Estatal donde se le informe sobre el importe de la prestación pendiente de percibir en la fecha del inicio de la relación laboral. Tal y como establece el artículo 4.4 de la Ley 3/2012, el trabajador una vez extinguida la relación laboral por no superación del período de prueba o en caso de extinción con posterioridad al período de prueba, podrá optar a percibir la prestación contributiva por desempleo ya que sólo se había durante el contrato se había recibido el 25% de la misma. También el trabajador puede solicitar directamente una nueva prestación. Durante el período de tiempo en el que se está compatibilizando ambas prestaciones tanto la entidad gestora de la Seguridad Social como el beneficiario están exentos de cotizar en el sistema.

Este incentivo sólo es aplicable cuando se contrata a trabajadores bajo esta modalidad contractual y a tiempo completo. Cuando se trate de un trabajador a tiempo parcial, debemos acudir al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social así como las normas de desarrollo, para ver las opciones que se presentan en cuanto a la compatibilización de un contrato a tiempo parcial y las prestaciones o subsidios.

Bonificaciones en la cuota empresarial a la Seguridad Social:

La contratación bajo esta modalidad contractual dará lugar a una serie de bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social siempre que el trabajador esté inscrito en la Oficina de Empleo pero además que esté incluido en alguno de estos colectivos:

- Jóvenes cuyas edades estén comprendidas entre los 16 y los 30 años ambos inclusive la empresa disfrutará de una bonificación en la cuota de la Seguridad Social durante 3 años, cuya cuantía va a ir variando en función del año en el que se encuentre. Para el primer año, la cuantía está establecida en 83,33 euros al mes, siendo un total de 1.000 euros anuales. En el segundo año, la cuantía se incrementará a los 91,67 euros al año lo que vendrían a ser 1.100 al año. En el tercer año, serán 100 euros suponiendo 1.200 euros al año.

Cuando se lleve a cabo la contratación de mujeres que realicen funciones en ocupaciones en las que estén menos representadas, todas las cuantías anteriormente

indicadas tendrán un incremento de 8,33 euros al mes, suponiendo un total de 100 euros más anuales.

- Cuando se trate de trabajadores mayores de 45 años que estén inscritos en la Oficina de Empleo, la empresa tendrá una bonificación en la cuota de la Seguridad Social cuya cuantía será de 108,33 euros consistente en 1.300 euros al año, esta bonificación se prolonga durante tres años. Cuando se contraten a mujeres cuyas ocupaciones están menos representadas la bonificación será de 125 euros siendo un total de 1.500 euros al año.

Para identificar cuáles son las profesiones de las mujeres donde existe menos ocupación debemos acudir a la OM 16 septiembre de 1998, en relación con la clasificación nacional de ocupaciones 2011, aprobada por RD 1591/2010, de 26 de noviembre, cuya aplicación tuvo lugar a partir del 1 de enero de 2011.

En caso de que se trate de un contrato a jornada parcial, la bonificación será proporcional a la jornada de la trabajo pactada en el momento de suscribir el contrato.

Para dar derecho a toda esta serie de bonificaciones es preciso que el empresario mantenga el contrato suscrito durante al menos tres años desde la fecha en que se inició la relación laboral. Así como también resulta obligatorio mantener el nivel de empleo alcanzado con dicha contratación durante al menos un año. En caso contrario, el empresario deberá reintegrar las bonificaciones obtenidas. No se considera tal el despido objetivo ni disciplinario declarado o reconocido como procedente, ni la extinción por la superación del tiempo convenido, realización de la obra o servicios contratados o dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente, total o absoluta del trabajador (art. 4.7 Ley 3/2012).

Lo establecido en la sección I del Capítulo I de la Ley 43/2006, salvo lo que establece el art. 6.2 en materia de exclusiones (art. 4.9 Ley 3/2012), será de aplicación de forma supletoria.

Las bonificaciones de las cuotas a la Seguridad Social resultarán siempre compatibles con los incentivos fiscales obtenidos por la contratación a través del contrato indefinido de apoyo a emprendedores. Además de ser también compatible con

otras ayudas públicas que tengan la misma finalidad, siempre que las bonificaciones totales no supongan el 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social.

El Tribunal Constitucional ha sido eco de los problemas ocasionados por la aplicación de la novedosa modalidad contractual objeto de este trabajo. Concretamente en la Sentencia 119/2014 de 16 de julio, la cual es la primera que conoce este tribunal sobre esta materia. Esta sentencia inauguró los razonamientos sobre el control de la constitucionalidad. Constituye el primer pronunciamiento sobre esta medida adoptada por la Ley 3/2012. En el cual se desestima el recurso de inconstitucionalidad planteado ya que considera que no supone una vulneración de los derechos fundamentales regulados en nuestro ordenamiento jurídico. Concretamente, se pone en duda la vulneración de determinados artículos de la Constitución Española, los cuales son el art. 14, 24.1, 35.1 y 37.1. Según la cual dicha vulneración surge de la aplicación de los artículos 4 y 14.1 de la Ley 3/2012. Dicho tribunal defiende la idea de que el establecimiento de un período de prueba de un año que es la principal particularidad del contrato indefinido de apoyo a emprendedores. Pues al considerar que no supone ninguna lesión ni a derecho a la igualdad, ni a el derecho a la tutela judicial efectiva, ni el derecho al trabajo y por supuesto que tampoco lesiona el derecho a la negociación colectiva.

La normativa comunitaria concretamente el artículo 2.2 del Convenio núm. 158 OIT excluye de las garantías del convenio a los trabajadores que efectúen un período de prueba. Según la OIT, este tipo de litigio le corresponde resolverlo a cada Estado.

El límite a la duración del período de prueba consiste en no fijar un período excesivamente largo. Ha admitido también que siempre que sea como medida de fomento de empleo se podrá contribuir a un período de exclusión de garantías relativamente largo.

El establecimiento de un período de prueba superior al generalmente previsto para el resto de relaciones laborales, se justifica no sólo en la finalidad típica del período de prueba sino además en la específica y legítima finalidad de potenciar la iniciativa empresarial como medida para promover el empleo estable. Por lo que resulta aceptable la duración de un período de prueba de un año establecido por el contrato

indefinido de apoyo a emprendedores, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Debido a las grandes controversias doctrinales, sindicales y políticas sobre la naturaleza jurídica e incluso se ha llegado a dudarse de su constitucionalidad. Siendo esto objeto de múltiples pronunciamientos de nuestros tribunales.

La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC 8/2015, 22 enero) la cual resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado por presunta vulneración de derechos fundamentales. La nueva modalidad contractual creada por la Ley 3/2012 presenta diversos conflictos en cuanto a su aplicación. Una de las especificidades que tiene este contrato como ya hemos adelantado y siendo objeto de este trabajo, la duración del período de prueba. Debemos tener en cuenta que esta figura contractual surge en un momento de excepcional coyuntura de emergencia la cual estaba caracterizada por elevados niveles de desempleo. Lo que trata de conseguir este contrato es fomentar la contratación estable, condicionando una serie de beneficios a la estabilidad en el empleo así como al mantenimiento del nivel de empleo. En esta sentencia el conflicto gira en torno a la vulneración de los artículos 14, 24.1, 35.1 y 37.1 CE. El tribunal considera que no se puede considerar que el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 vulnere el artículo 14 de la Constitución, ya que no se produce un trato diferenciado entre los trabajadores temporales y los indefinidos, por el no reconocimiento del derecho a indemnización en caso de rescindir el contrato durante el período de prueba. Tampoco cabe la vulneración del artículo 24.1 CE ya que es posible que las decisiones empresariales sean revisadas por los jueces y tribunales adoptados al amparo del artículo 4.3 Ley 3/2012. Permitiendo la revisión al alcance que establece la propia institución del período de prueba. El reconocimiento del principio de estabilidad en el empleo y la casualidad de la extinción de la relación laboral no produce una lesión al derecho al trabajo. Como tampoco ocurre con el precepto 37.1 CE. El carácter imperativo de la regulación legal impugnada en este caso goza de justificación legítima, razonable y proporcionada para el cual el período de prueba actúa como garantía hábil para evitar que a través de la negociación colectiva se pueda reducir o potenciar el incentivo a la contratación.

Como hemos venido explicando, la finalidad y el objetivo del contrato es doble por un lado como se quiere conseguir potenciar la contratación indefinida y la creación de empleo estable por parte de las empresas que cuenten con menos de 50 trabajadores así como también se quiere potenciar la iniciativa empresarial facilitando para las pequeñas y medianas empresas que a pesar de la grave situación económica en que nos encontramos apuestan por contratar de manera estable. Consiguiendo consigo aumentar la plantilla de manera estable y de forma efectiva. Lo cual justifica el carácter excepcional de este contrato. Mediante la eliminación de los elevados costes laborales que supone la extinción de los contratos se pretende conseguir la creación y expansión de las empresas.

Existen muchas controversias por considerar que esta modalidad de contrato lo que pretender conseguir con un contrato indefinido los objetivos que deben realizarse a través de los contratos temporales.

En una interpretación jurídica del artículo 4 de la Ley 3/2012, más que fomentar el empleo parece que se propicia la utilización abusiva del contrato, dadas las pocas limitaciones que establece:

- Menos de 50 trabajadores
- No haber despedido de forma improcedente en los 6 meses anteriores
- Precisión: el no mantenimiento del trabajador durante 3 años supone la obligación de devolución de los incentivos de los cuales ha disfrutado la empresa

El Tribunal Constitucional en la Sentencia 119/2014, de 16 de julio, ya se ha pronunciado sobre esta modalidad contractual, declarando que el período de prueba de 1 año que establece este contrato, no vulnera los artículos 35 párrafo 1º, 37 párrafo 1º, 24 párrafo 1º y 14 de la Constitución Española, interpretación del Tribunal Constitucional que vincula a la jurisdicción ordinaria, conforme dispone el artículo 5 párrafo 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Según dicha sentencia el objeto y finalidad de la específica regulación del contrato de apoyo a emprendedores es doble, de conformidad con el preámbulo y con el artículo

4 párrafo 1º de la Ley 3/2012, por un lado fomentar la contratación indefinida y la creación de empleo estable por empresas de menos de cincuenta trabajadores y, por otro, potenciar la iniciativa empresarial, tratando de facilitar la contratación de trabajadores por parte de pequeñas y medianas empresas que, pese a la situación de crisis económica, apuesten por la creación de empleo estable.

Igualmente dicha sentencia también recalca:

- Su carácter coyuntural, a la vista de lo establecido en la disposición transitoria novena de la Ley 3/2012, que limita temporalmente la posibilidad de realización de contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores hasta el momento en que “la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento”
- que la ampliación de período de prueba hasta un año se puede interpretar “como instrumento adicional de incentivación de la creación de empleo, que eventualmente puede contribuir a potenciar la decisión empresarial de concertar contratos de trabajo indefinidos; implica en efecto disponer de un período de tiempo, superior en principio al previsto con carácter común, durante el que poder constatar no sólo la aptitud y capacidad del trabajador contratado, sino también la sostenibilidad económica del nuevo puesto de trabajo creado(..) se dirige sobre todo a facilitar y promover decisiones de creación de empleo de pequeñas y medianas empresas, reduciendo las incertidumbres propias de todo proyecto de inversión empresarial, favoreciendo además que tales decisiones se orienten hacia la contratación de carácter estable”, finalidad que se considera legítima;
- que dicha ampliación del período de prueba es razonable y proporcionada en la medida en que “la concertación de esta modalidad contractual y, especialmente, la cuestionada facultad de desistimiento antes de que transcurra el período de prueba de un año”
- que la norma legal no vulnera el derecho a la negociación colectiva por la mera circunstancia de ser preferente aplicación de los convenios colectivos, y;
- que, en cualquier caso, el trabajador siempre puede acceder a los tribunales de justicia para impugnar las decisiones no ajustadas al régimen jurídico establecido por la Ley (por el ejercicio del desistimiento una vez transcurrido el

período máximo de duración del período de prueba, o porque se haya establecido el período de prueba en supuestos en los que la propia Ley lo excluye expresamente), o que se hayan adoptado por motivos discriminatorios o contrarios a los derechos fundamentales del trabajador.

A la vista de lo resuelto por el Tribunal Constitucional, considerando que las causas por las que se puede impugnarse judicialmente el cese en período de prueba no aparecen enumeradas de forma agotadora o como un *numerus clausus*, y que ciertamente se destacan las finalidades de creación de empleo estable para justificar la regulación legal, cabría plantearse si también podría impugnarse el cese en período de prueba por haberse recurrido a la contratación de apoyo a emprendedores de forma claramente fraudulenta o abusiva, por un uso sistemático de este tipo de contratos que ni aparece dirigido a facilitar y promover decisiones de creación de empleo reduciéndolas incertidumbres propias de todo proyecto de inversión empresarial, ni termina favoreciendo una contratación de carácter estable al convertir en la práctica unos contratos por tiempo indefinido en contratos temporales de peor condición, incluso, que los del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores.

Para observar un ejemplo de cómo se desvirtúa la naturaleza de esta modalidad contractual acudimos a un pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia, concretamente el de Canarias (RC 501/2014). En el cual en el presente caso la empresa había suscrito 91 contratos indefinido de apoyo a emprendedores en 2 años, desde que se creó esta modalidad contractual. De los cuales sólo 3 de esos 91 llegaron a superar el período de prueba de 1 año. Lo que supondría que casi la totalidad fueron extinguidos por parte de la empresa dentro del período de prueba. Teniendo en cuenta que en el momento en que se presenta el litigio la empresa contaba con una plantilla inferior aún a la que tenía inicialmente. Los objetivos propio de esta modalidad contractual se han visto afectados puesto que no se ha conseguido ni un incremento de la plantilla así como tampoco se ha conseguido mejorar la calidad, por lo que podemos entender que lo único que ha conseguido es salvarse de los elevados costes que supone la extinción de contratos.

El TC establece que la facultad resolutoria del empresario en el período de prueba tiene unos límites puesto que no se puede rescindir el contrato de trabajo por causas ajenas al trabajo en contra de un derecho fundamental.

Por lo que el Tribunal resuelve que el uso de un período de prueba tan amplio no es admisible cuando la empresa ha incumplido los objetivos que persigue el contrato indefinido de apoyo a emprendedores, considerando que no están amparados los despidos en causas justificadas de acuerdo con los artículos 108.1 LRJS y 55.4 ET. Por lo que resuelve calificando el despido como improcedente.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia del 5 de febrero 2015 se ha pronunciado con respecto al contrato de apoyo a emprendedores. Según el órgano jurisdiccional remitente el contrato indefinido de apoyo a emprendedores infringe el artículo 30 de la Carta y el Convenio núm. 158 OIT así como la Directiva 1999/70. Argumentando que la Ley 3/2012 opera produciendo situaciones de discriminación entre los trabajadores indefinidos y los trabajadores de duración determinada.

Alegando que la Ley 3/2012 infringe tanto la Directiva 1999/70 y el Acuerdo Marco por considerar que esta modalidad contractual impone unas condiciones de trabajo menos favorables a los trabajadores que lo celebran. Al considerar que tanto el contenido de la Carta, concretamente el artículo 30 que es el que aquí nos interesa, así como el contenido de la Directiva 1999/70 se oponen a la legislación nacional. Puesto que la Carta es de aplicación para todos los Estados Miembros.

Conforme a la reiterada jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia los derechos fundamentales que vengán garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deberán ser aplicadas en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión.

El contrato de apoyo a emprendedores previsto por la legislación española no se encuentra comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70. Así como el artículo 151 TFUE, no impone una obligación en cuanto al período de prueba.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se pronuncia al considerar que no es competente para resolver las cuestiones planteadas por el Juzgado de lo Social nº



Universidad
de La Laguna

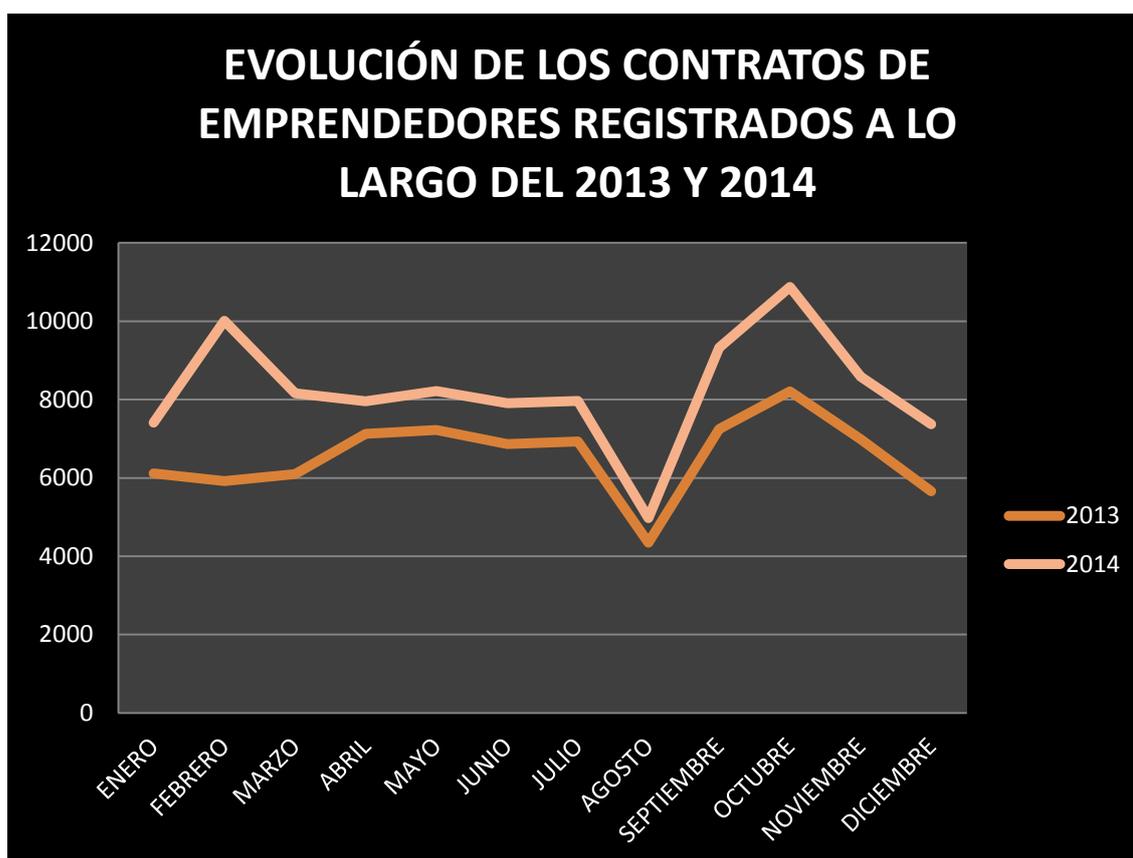
Facultad de Derecho



23 Madrid. En virtud de lo dispuesto en el artículo 267 TFUE en materia de interpretación de normas de Derecho internacional que vincula a todos los Estados miembros pero establece que se queda fuera de la Unión.

5. EVOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE EMPRENDEDORES

Después de haber analizado el contrato de apoyo a emprendedores, objeto de este estudio, es conveniente ver la relevancia que tiene dicha modalidad contractual en el mercado laboral. Para poder ver la relevancia del contrato de emprendedores será conveniente observar el impacto que tiene sobre la economía. Teniendo en cuenta que el 99,23% de las empresas españolas pueden suscribir el contrato de emprendedores, según la información dada por el Instituto Nacional de Estadística. Este elevado porcentaje constituye la mayor parte del tejido productivo así como empresarial. Las pequeñas y medianas empresas son las que mayor dificultad suelen tener para afrontar los riesgos y vicisitudes económicas.



En la gráfica podemos observar la evolución de contratos suscritos entre el año 2013 y 2014. En el 2013, el número total de contratos se sitúa en 78.721. Esta cantidad se va a ver incrementada y con creces llegando en el año 2014 a 98.751 contratos. En la

gráfica podemos ver como se muestra este incremento entre el año 2013 y 2014. En ambos años se produce un incremento tanto en el mes de febrero como en el mes de octubre, en contraste con una importante caída producida en el mes de agosto. En cambio, en los meses que van desde marzo a julio el número de contrato de emprendedores suscritos se mantiene constante. En el mes de diciembre, tienen lugar un descenso considerable de los valores ya que en 2013 el número de contratos este mes, fue de 5654 y en el 2014 7369. Siendo los valores más bajos de cada año. En octubre se registraron 8211 contratos en el 2013 llegando a 10873 en el 2014. Estos ascensos producidos durante estos años pueden deberse entre otros factores a la mejorar económica que está teniendo lugar.

6. CONTRATOS DE EMPRENDEDORES POR COMUNIDAD AUTÓNOMA.



Las Comunidades Autónomas donde mayor índice de contratos de emprendedores se suscribe son en la Comunidad de Madrid, Cataluña, Comunidad Valenciana y seguidamente Andalucía y Canarias. También podemos ver el incremento entre ambos años. Siempre siendo las mismas Comunidades Autónomas las que más contratos de esta modalidad registran. Una de los aspectos más destacable que se puede observar en

esta gráfica es el cambio que se produce en nuestra comunidad entre el año 2013 y 2014. Llegando incluso en el año 2014 a superar con creces a Andalucía.

7. CONTRATOS DE EMPRENDEDORES POR GRUPOS DE OCUPACIÓN.



En ambos años el mayor porcentaje de contratos de emprendedores han sido suscritos en el comercio, por menor y por mayor, y la hostelería. En relación con las gráficas anteriores parece claro que las Comunidades Autónomas donde más contratos se hayan celebrado ha sido la Comunidad de Madrid, Cataluña, Comunidad Valenciana, Canarias y Andalucía. Tanto en Canarias como la Comunidad Valenciana e incluso Andalucía, este elevado índice de la hostelería y del comercio se debe entre otros

factores al impacto del sector turístico en la económica de dicha Comunidad. Por otra parte en Comunidades como Madrid y Cataluña este elevado porcentaje es debido a la incidencia del comercio. En esta gráfica también es apreciable el incremento surgido en el 2014 con respecto al 2013.

En contraste con lo anterior, existen ocupaciones donde es casi nula la contratación bajo esta modalidad, como es el caso de la educación, agricultura, actividades artísticas así como el suministro de agua y energía entre otros. Teniendo unas puntuaciones medias otras ocupaciones como son la industria, transporte y construcción. Posiblemente si realizáramos este estudio tomando otro período de tiempo obtendríamos otros resultados, sobre todo en el sector de la construcción. Una de las razones podría ser porque se contratara bajo otras modalidades y otra de las razones es por la actual crisis en el sector de la construcción que tenemos hoy en día.

8. CONCLUSIONES:

- El denominado “contrato indefinido de apoyo a los emprendedores”, a pesar de su denominación, ofrece menos garantías de estabilidad que los contratos de trabajo temporales (preaviso, indemnización).

- La utilización que se hace en dicha figura contractual del período de prueba es desviada y perturba su naturaleza, pues no está entre las funciones propias de esta institución la de comprobar la viabilidad económica del nuevo puesto de trabajo a que alude el Tribunal Constitucional.

- No tiene sentido establecer un período de prueba único de un año aplicable de igual manera a técnicos y trabajadores sin cualificación.

- Tampoco lo tiene que la duración del período sea necesariamente de un año y que las partes no puedan reducirlo a la hora de suscribir el contrato, menos aun que por convenio colectivo no se pueda adaptar su duración a las necesidades específicas del sector.

- La prohibición de que la negociación colectiva pueda disponer sobre la duración del período de prueba en este contrato pudiera ir en contra del derecho fundamental a la libertad sindical en su vertiente de la negociación colectiva.

- En la práctica dicho nuevo tipo de contrato “indefinido” es utilizado por las empresas como un contrato de trabajo temporal “sin causa”, que les otorga la facultad de libre rescisión durante un año.

- La ley no establece suficientes mecanismos para evitar que este contrato se use en fraude de ley, por lo que han de ser los tribunales de justicia los que, aplicando los principios generales del derecho y las figuras del abuso de derecho y el fraude de ley, han de evitar su utilización desviada.

- Según las estadísticas oficiales, más del 70% de dichos contratos se extinguen antes de tres años, lo que demuestra que a los empresarios que contratan a través de esta modalidad lo menos que les importa son las bonificaciones de cuotas y ventajas fiscales y lo más poder rescindir sin trabas el contrato durante un año.

- En realidad la Reforma Laboral de 2012 lo que ha introducido es un contrato temporal sin causa de un año de duración, que puede ser utilizado por la inmensa mayoría de las empresas españolas (menos de cincuenta trabajadores tienen el 98% de las mismas), mientras que el nivel de desempleo se mantenga por encima del 15% (ahora está prácticamente en el 25%) y que les permite dar por concluida la relación laboral libremente durante ese año sin tener que alegar causa ni abonar indemnización.

- La compatibilidad entre esta figura contractual y el Derecho Comunitario es una cuestión que será dilucidada en un futuro por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

9. BIBLIOGRAFÍA:

- ALFONSO MELLADO, C.L. y RODRÍGUEZ PASTOR, G.E.(2013). *Reforma laboral 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch
- CAMPS RUIZ, L.M Y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. (2014). *Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch. 4ª Edición
- Contratos de trabajo. *Contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores*. Mayo 2015. <http://www.empleo.gob.es/es/informacion/contratos/contenidos/indefiapoyoemp rend.html>
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (2015). *Manual de Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- GRUPO: *Contrato de apoyo al emprendedor y la revitalización del art. 15.5 ET en la Ley 3/2012*. Abril 2015. <http://grupo.us.es/sej322/reforma2012/CAe-15ET.html>
- La reforma laboral de 1994. *La nueva regulación del período de prueba en la Ley 11/1994*. https://books.google.es/books?id=YRPQvuxzDw4C&pg=PA81&lpg=PA81&dq=evolucion+de+la+regulacion+del+periodo+de+prueba&source=bl&ots=rcr66nK0mA&sig=1fs3Z9jOs3DsTiCcJ66e_gJSLR4&hl=es&sa=X&ved=0CDoQ6AEwBGoVChMI3qX7t96SxgIVxL4UCh1qGQCG#v=onepage&q=evolucion%20de%20la%20regulacion%20del%20periodo%20de%20prueba&f=false
- MEMENTO PRÁCTICO. *Social 2015*. Madrid: Francis Lefebvre
- MONTOYA MELGAR, A. (2014). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos. 35º Edición.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C, y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2014). *Derecho del Trabajo*. Centro de Estudios Ramón Areces. 22º Edición.
- Reforma Laboral 2012. *La reforma del mercado laboral 2012: versión definitiva*. Junio 2015. <http://www.laboral-social.com/reforma-laboral-2012-novedades-contratos-despido-eres-bonificaciones-empleo-convenio-colectivo-jubilacion.html>

- SEMPERE NAVARRO, A.V y MARTÍN JIMÉNEZ, R. *Claves de la Reforma Laboral de 2012*. Navarra: Aranzadi
- SERVICIO DE EMPLEO PÚBLICO ESTATAL: *Contrato de emprendedores. Estadísticas contratos. Junio 2015.*
https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/emprendedores.html
- SERVICIO DE EMPLEO PÚBLICO ESTATAL: *Contrato indefinido de apoyo a emprendedores. Mayo 2015.*
https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/publicaciones/pdf/pdf_empleo/contrato_indef_emprendedores.pdf