

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO. CONTRATO DE TRABAJO Y OTRAS MATERIAS

PROBLEMAS PRACTICOS DEL PERIODO DE PRUEBA

1. INTRODUCCION

El centro de atención de los estudios que hasta el presente se han realizado sobre la institución del período de prueba ha sido el de la naturaleza y el contenido de la facultad empresarial de resolución del contrato en virtud del mismo (1). Y ello no podía ser de otro modo, dado que la ampliación de las facultades extintivas es precisamente el efecto que caracteriza al período de prueba con relación a la posición de las partes una vez que se ha superado. El trabajador durante este tiempo inicial de su incorporación a la empresa se encuentra en una situación de precariedad, cuya intensidad depende a su vez del sentido que se le otorgue a la libertad del empresario en su decisión de dar por terminada la relación laboral durante este período de prueba. Sin embargo, el contenido del estudio que sigue es mucho más modesto, en la medida en que sus dimensiones no permiten un análisis a fondo de lo que es el núcleo institucional jurídico del período de prueba. Ello además se ha realizado ya en profundidad en estudios doctrinales de diferentes autores en nuestro país, habiéndose formulado las tesis básicas sobre el particular. Finalmente a ello se añade la existencia actualmente de una construcción jurisprudencial bastante consolidada sobre la naturaleza *ad nutum* de la facultad empresarial de resolver con la única matización de la prohibición de discriminación, tal como se verá más adelante. Sucede,

(1) Como bibliografía básica se puede citar la siguiente: A. MARTÍN VALVERDE: *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1977. G. BARREIRO GONZÁLEZ: «El período de prueba», en AA. VV.: *Comentarios a las leyes laborales*, tomo IV, Edersa, Madrid, 1983, págs. 21 y sigs. A. V. SEMPERE NAVARRO: «Resolución del vínculo laboral y período de prueba», en *REDT*, núm. 6 (1981), págs. 243 y sigs. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: «Naturaleza jurídica del período de prueba», en AA. VV.: *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, tomo III, volumen 3.º, Madrid, 1961.

por contra, que junto a esta cuestión central, aparecen otros pequeños problemas derivados de la interpretación positiva y de la aplicación práctica de la institución en situaciones específicas; problemas que suelen pasar más inadvertidos en el estudio del período de prueba y sobre los que la jurisprudencia ha venido fijando su doctrina, en unos casos de forma unívoca en otros en términos más contradictorios. En otros términos, el objetivo de este comentario va a ser el de la exposición y reflexión sobre esos otros aspectos menores, pero sin poder soslayar el contenido de la facultad resolutoria, en cuanto que ésta condiciona estrechamente la interpretación jurisprudencial de estos problemas prácticos del período de prueba.

2. REQUISITOS FORMALES DEL PACTO DE PERIODO DE PRUEBA

La primera regulación uniforme con rango de ley del período de prueba, el artículo 17 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976, exigía para el establecimiento del período de prueba al inicio de la prestación de servicios la presencia de un acuerdo expreso entre las partes del contrato de trabajo que así lo fijara; e imponía, además, que este pacto se efectuara necesariamente por escrito: «... en las relaciones de trabajo podrá fijarse, siempre que se concierte por escrito, un período de prueba...» El artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, al sustituir el precepto anterior, establece un contenido bastante similar, aunque su literalidad sea más defectuosa y presente sus dudas. Al comenzar afirmando el artículo que «podrá concertarse por escrito un período de prueba...», inducía a una interpretación equívoca sobre el sentido de ese «podrá». A pesar de ello, la jurisprudencia, tanto del Tribunal Central de Trabajo como del Tribunal Supremo, solventó la cuestión desde el primer momento de la vigencia del Estatuto, estableciendo dos principios bien definidos. Conforme al primero en ningún caso se puede presumir la celebración del período de prueba, exigiéndose siempre el acuerdo expreso entre empresario y trabajador:

«... porque dicho artículo dispone que 'podrá' concertarse por escrito un período de prueba, es decir, que la palabra 'podrá', del verbo poder, significa facultad o autorización para hacer una cosa, y también tener expedita la facultad o potencia de hacer una cosa (Diccionario Academia Lengua), pero no la obligación de hacerla; por lo que la remisión genérica al Estatuto del Trabajador y convenio expresado en un contrato que en sus líneas generales es un impreso fotocopiado, con espacios en blanco para individualizar determinadas obligaciones contractuales, si no va acompañada de la obligación, no tiene el valor de estipulación concreta y determinada en su alcance...» (2).

(2) STS 24 de diciembre de 1982, Ar. 7895.

Una consecuencia práctica derivada de semejante principio será la de que disposiciones jerárquicas de rango inferior no pueden imponer para todos los trabajadores de nuevo ingreso el período de prueba, ni siquiera con la posibilidad de permitir el pacto individualizado en contrario. Así lo ha entendido también la jurisprudencia considerando ilegales este tipo de preceptos, tanto si aparecen en cláusulas de convenios colectivos (3), como en artículos de Ordenanzas Laborales (4); la necesidad de acuerdo expreso establecida por el artículo 14 LET constituye una norma de derecho necesario, que no puede ser contradicha por norma inferior. Esta regla sólo quiebra por primera vez en nuestro Derecho recientemente para la relación laboral especial del servicio doméstico, a la que se aplica su normativa específica que prevalece sobre el contenido de la LET. Según el artículo 4.º 3 del RD 1424/1985, de 1 de agosto, «la relación se presumirá celebrada a prueba durante quince días»; como es obvio, de los términos en que se fija se deduce que se trata de una presunción *iuris tantum* que, como tal, admite pacto y demostración en contrario. Para el resto de las relaciones laborales especiales, por contra, rige la regla general de la necesidad de cláusula expresa para el establecimiento de ese período (5).

De conformidad con el segundo principio, bastante conocido, el pacto de prueba deberá formalizarse por escrito, en términos tales que la forma escrita lo es *ad solemnitatem*, no teniéndose por estipulada la prueba si no se hace así:

«... cuya consecuencia no puede ser otra que la de reputar el contrato de trabajo celebrado en firme, sin estar limitado por tal condición resolutoria puesto que el pacto de prueba para que tenga virtualidad debe constar por escrito, exigencia que tiene un carácter de requisito *ad solemnitatem* como ha puesto de relieve esta Sala en aplicación de lo prevenido en el artículo 17 de la Ley de Relaciones Laborales, precepto reproducido sustancialmente en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores» (6).

«... y como el hecho probado afirma que el contrato de trabajo fue verbal, sin adición alguna sobre existencia de concierto por escrito referido al período de prueba, no cabe tener por existente tal lapso de provisionalidad del vínculo...» (7).

(3) STCT 20 de septiembre de 1983, Ar. 7.579.

(4) STCT 9 de abril de 1983, Ar. 2.933.

(5) Cfr. art. 5.º RD 1382/1985, de 1 de agosto (BOE 12 de agosto); art. 3.º 3 RD 1438/1985, de 1 de agosto (BOE 15 de agosto); art. 4.º RD 1435/1985, de 1 de agosto (BOE 14 de agosto); art. 5.º RD 1006/1985, de 26 de junio (BOE 27 de junio). En concreto para los representantes de comercio, véase STCT 17 de enero de 1984, Ar. 295.

(6) STCT 16 de marzo de 1982, Ar. 1.618.

(7) STCT 20 de septiembre de 1983, Ar. 7.579. En el mismo sentido, STCT 20 de julio de 1983, Ar. 7.143; 13 de junio de 1983, Ar. 5.606; 4 de junio de 1983, Ar. 5.186;

Del requisito de la forma escrita deduce la jurisprudencia la consecuencia de la ineficacia del período de prueba celebrado —aunque sea por escrito— con posterioridad al comienzo efectivo de la prestación de servicios; entiende que ello supone una renuncia de derechos de las prohibidas por el artículo 3.º 5 LET:

«... pues es doctrina de esta Sala... el carácter *ad solemnitatem* de la exigencia por escrito del pacto sobre el período de prueba y, por tanto, no puede renunciarse válidamente a su condición, en contrato posterior que la invalida de conformidad con el artículo 3.º 5...» (8).

Siendo esta doctrina acertada en cuanto al fondo del asunto, sin embargo, es algo confusa en el razonamiento jurídico que le sirve de apoyo. Resumidamente éste consiste en decir que la forma escrita es de derecho necesario y que el pacto posterior por escrito implica renuncia de derechos. De una parte se podría decir que si el contrato posterior que incluía el período de prueba se realizó por escrito, se estaría cumpliendo el requisito legal por lo que no habría renuncia de derechos; si, por el contrario, el fundamento reside en que inicialmente al comenzar a trabajar en la empresa no se estableció período de prueba al celebrarse el contrato de forma verbal y que consiguientemente el posterior pacto por escrito implica una disposición de derechos prohibida por el artículo 3.º 5 LET, cabría contradecirlo porque la renuncia prohibida en nuestro Derecho es la que viene reconocida en disposiciones legales y aquí se trata de un derecho adquirido por contrato, no por ley. A pesar de ello, entiendo que el fallo final de estas sentencias es plenamente acertado, si bien haya que matizar la motivación jurídica. El fundamento, a nuestro modo de ver, reside en que por la naturaleza y finalidad del período de prueba, éste no sólo debe celebrarse por escrito sino además en momento previo al inicio de la prestación de servicios; si en el instante inicial no se ha pactado o bien se ha realizado de forma verbal entra en juego la presunción legal de inexistencia del período, sin que ésta se pueda soslayar por la firma posterior de un documento en el que se reconozca la existencia del referido período de prueba. Este documento servirá como importante elemento probatorio de la existencia del contrato de trabajo, pero la nulidad de una de sus cláusulas afectará sólo parcialmente y no a la totalidad del contrato, en base al artículo 9.º 1 LET (9).

9 de abril de 1983, Ar. 2.933; 23 de noviembre de 1982, Ar. 6.588; 15 de septiembre de 1982, Ar. 4.769; 14 de abril de 1982, Ar. 2.219; 9 de diciembre de 1981, Ar. 7.239. *Idem* para el TS 4 de abril de 1984, Ar. 2.033; 24 de diciembre de 1982, Ar. 7.895.

(8) STCT 13 de junio de 1983, Ar. 5.606. En el mismo sentido, STCT 20 de junio de 1983, Ar. 7.143; 14 de abril de 1982, Ar. 2.219.

(9) Por todas, STCT 20 de junio de 1983, Ar. 7.143.

3. DURACION DEL PERIODO DE PRUEBA

El artículo 14 LET fija unos topes máximos en la duración del pacto de período de prueba, cuya cuantía viene diferenciada según la cualificación profesional del trabajador: «En ningún caso podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de tres meses para los demás trabajadores, excepto para los no cualificados, en cuyo caso la duración máxima será de quince días laborables» (10). La Ley, al fijar sólo tres grupos, tiende en este punto a la mayor simplificación posible; fenómeno que contrasta con la multiplicidad de categorías y grupos profesionales existentes en las organizaciones productivas a otros efectos, como son los salariales, de determinación del contenido de la prestación debida, etc. Ello, sin embargo, provoca alguna dificultad interpretativa a la hora de encuadrar a trabajadores específicos dentro de estos tres grupos. La jurisprudencia, al enfrentarse a problemas particulares al respecto, ha comenzado por remitirse a la normativa sectorial, Convenios Colectivos y Ordenanzas Laborales, como la competente para solventar la cuestión:

«... el artículo 14 estatutario señala el período máximo de prueba de quince días para el personal no cualificado, concepto que ha de precisarse de acuerdo con las Ordenanzas de Trabajo del ramo respectivo o Convenio Colectivo que la sustituye» (11).

En segundo lugar, en aquellas ocasiones en las que la solución concreta no resulta fácil deducirla acudiendo a la normativa sectorial, se suele resolver el caso con gran pragmatismo, eludiendo la explicitación de criterios generales con los que interpretar la extensión de cada uno de los tres grupos. No obstante, de una lectura global de las sentencias al respecto se intuye una cierta tendencia a encuadrar a los trabajadores preferentemente en el grupo intermedio —personal cualificado—, aplicando criterios restrictivos para los otros dos —técnicos titulados y personal no cualificado—. En concreto, el tope de los quince días labora-

(10) Para los altos cargos la duración se eleva hasta los nueve meses si el contrato va a ser indefinido (art. 5.º 1 RD 1382/1985, de 1 de agosto), entendiéndose que de ser temporal se aplicará el tope del Estatuto de los Trabajadores. Para el servicio doméstico se presume que se trata siempre de personal no cualificado, por lo que se fija en quince días (art. 4.º 3 RD 1424/1985, de 1 de agosto). Para los artistas en espectáculos públicos se establecen duraciones diferenciadas en esta ocasión no en función del nivel profesional sino en atención a la duración del contrato de trabajo (artículo 4.º RD 1435/1985, de 1 de agosto). Para los deportistas profesionales se fija el tope de los tres meses (art. 5.º RD 1006/1985, de 26 de junio). Finalmente, para los representantes de comercio se efectúa una remisión a lo establecido en la LET (artículo 3.º 3 RD 1438/1985, de 1 de agosto).

(11) STCT 20 de junio de 1983, Ar. 5.844; en el mismo sentido, STCT 22 de junio de 1981, Ar. 4.273.

bles para el personal no cualificado suele limitarse mucho, entendiendo la jurisprudencia que se aplica sólo a los trabajadores manuales cuyas labores supongan preferentemente esfuerzo físico; así, a título de ejemplo, se considera que no lo es un dependiente de grandes almacenes (12), pero sí los que sean meros aprendices (13).

La redacción literal del precepto deja bien claro que las tres duraciones en él fijadas aparecen en términos de topes máximos: «En ningún caso podrá exceder de», «en cuyo caso la duración máxima será de» (art. 14.1 LET). Así, en el pacto individual que establezca el período de prueba podrá acordarse una duración inferior. Pero, lo que es más, este tope se formula legalmente también como máximo de derecho necesario; es decir, que en aplicación del principio de norma mínima es posible que las normas sectoriales fijen duraciones inferiores a las que aparecen en la LET, que se convertirán a su vez en topes máximos para la voluntad individual. Es un criterio que se ha sostenido en muy repetidas ocasiones por el TS y el TCT para los casos en los que los Convenios Colectivos y las Ordenanzas Laborales recogían duraciones inferiores a la legal:

«... resulta evidente que el período de prueba pactado lo fue dentro de la duración máxima prevista para el mismo en el artículo 14.1 del Estatuto de los Trabajadores —al no ser la demandante técnica titulada, ni no cualificada—, pero tal precepto sólo establece una norma de derecho necesario, que ha de ser interpretada en el sentido, de que la cláusula del contrato individual que prevea un período de prueba igual al máximo autorizado en el Estatuto de los Trabajadores sólo será válido, cuando lo establecido en la Ordenanza del Sector o Convenio aplicable no fije unos períodos de prueba inferiores en duración a aquellos máximos del Estatuto, porque caso de estar previstos tales períodos de duración inferior en la normativa sectorial, que sigue rigiendo a virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria 2.^a del Estatuto de los Trabajadores, ha de tenerse por no puesta la cláusula contractual en cuanto implique duración mayor que la fijada en la normativa sectorial, teniéndose por concluido el período de prueba una vez transcurrido el tiempo que para el mismo fije esta última normativa...» (14).

Como puede comprobarse, la situación fáctica que provoca el pronunciamiento judicial es la presencia de una cláusula de período de prueba en el contrato de trabajo con una duración superior a la norma sectorial, si bien sea dentro de los márgenes de la LET. Repárese a estos efectos en que el contenido

(12) STCT 11 de junio de 1983, Ar. 5.559.

(13) STCT 11 de junio de 1981, Ar. 3.994.

(14) STCT 1 de marzo de 1984, Ar. 1.945. En idéntico sentido, STCT 23 de marzo de 1984, Ar. 1.668; 25 de octubre de 1983, Ar. 8.794; 4 de octubre de 1983, Ar. 8.128; 29 de octubre de 1982, Ar. 5.816. Para el TS 11 de noviembre de 1983, Ar. 5.590.

del fallo no es sólo favorable a la conservación del negocio jurídico, a la validez del contrato de trabajo, sino también a la conservación de la cláusula que introduce el período de prueba. Se salva la validez del período, eliminando únicamente lo que tiene de *contra legem*: el exceso de duración pactado ilegalmente (15). Las sentencias pretenden salvar lo que fue la voluntad de las partes que acordaron la celebración de semejante período de prueba: su establecimiento con el tope máximo permitido.

Frente a la doctrina anterior aparecen algunos pronunciamientos que, aunque sean muy escasos, no aceptan que las duraciones inferiores fijadas en concreto por las Ordenanzas Laborales puedan ser vinculantes para la voluntad individual expresada en el contrato de trabajo:

«... cuando la disposición transitoria 2.^a del Estatuto de los Trabajadores mantiene las Ordenanzas y Reglamentaciones de Trabajo, vigentes en el momento de la publicación de tal texto legal, lo hace con el carácter de derecho dispositivo, calificativo que al ser utilizado en aquella norma transitoria o puede significar algo distinto a lo que el adjetivo implica y, por tanto, que suple la falta de lo que las partes no hubieran previsto o sirven para interpretar o integrar la voluntad de los intervinientes, cuando no fuere claro su sentido; que esa debe ser la interpretación que a tal disposición corresponde, se desprende no sólo de lo que se deja razonado, sino además de su propio sentido, ya que siendo con anterioridad a la entrada en vigor del referido Estatuto nomas de derecho necesario, las cambia su carácter la mencionada disposición; por tanto, el pacto entre las partes que respete las normas de derecho necesario vigentes, aun cuando no coincida con lo establecido en la Reglamentación u Ordenanza será válido y por ello, el establecido en el contrato que rigió la relación entre los hoy contendientes, gozará de eficacia, si se ha atendido a las normas mínimas y de derecho necesario, cual ocurre en la situación examinada en este recurso, en que en un contrato para ejecución de una obra en país extranjero, se pactó para quien concertó sus servicios como encargado de obra (hecho probado primero), el período de prueba de tres meses de duración,

(15) Así, STCT 4 de abril de 1981, Ar. 2.454: «... en el sentido de que la estipulación de un plazo de prueba superior al legalmente establecido resulta ineficaz sólo en cuanto exceda de éste, y en el presente supuesto fueron pactados quince días de prueba cuando la norma autoriza únicamente catorce, tal cláusula sólo ha de reputarse nula en cuanto a ese decimoquinto día, mas no por los catorce restantes conforme a dicha doctrina...» En el mismo sentido, STCT 1 de marzo de 1984, Ar. 1.945; 23 de marzo de 1984, Ar. 1.668; 17 de enero de 1984, Ar. 295; 25 de octubre de 1983, Ar. 8.794; 4 de octubre de 1983, Ar. 8.128; 6 de septiembre de 1983, Ar. 7.349; 9 de febrero de 1983, Ar. 1.090; 29 de octubre de 1982, Ar. 5.816.

plazo máximo que permite el Estatuto de los Trabajadores para los cualificados, no técnicos titulados, en su número 1...» (16).

A pesar de ello, la doctrina dominante es la contraria, como se deduce del extenso número de sentencias existentes en este otro sentido. La cuestión planteada por la resolución judicial parcialmente transcrita no se circunscribe a la temática del período de prueba, en la medida en que abarca en general al valor normativo de las Ordenanzas Laborales y a la interpretación que deba concedérsele a la disposición transitoria 2.^a LET. Ciertamente la confusión deriva de una desgraciada redacción de esta última disposición, cuando utiliza incorrectamente el término «derecho dispositivo» para calificar la situación en la que quedan estas normas sectoriales. De un análisis global del precepto se deduce que lo realmente querido por el legislador fue facultar a los Convenios Colectivos para alterar los mandatos de las Ordenanzas, incluso estableciendo condiciones peores que las fijadas por éstas. Sin embargo, la degradación de las Ordenanzas no ha sido de tal grado, que se permita a la voluntad individual disponer de lo fijado en ellas (17).

Por lo que se refiere al período de prueba pactado con la celebración de contratos temporales, la jurisprudencia no establece ninguna regla específica para ellos: es compatible el período de prueba con estos contratos, aplicándose a todos los efectos el contenido del artículo 14 LET, incluidas las reglas sobre duración:

«... si bien en un principio este Tribunal aceptó... que dicho período de prueba era característico de los contratos indefinidos o de larga duración, dicha doctrina ha sido modificada en sentencias recientes y reiteradas... al autorizar las diversas disposiciones reguladoras de la contratación temporal el referido período de prueba...» (18).

Efectivamente, tanto la regulación precedente como la actual en materia de contratación temporal en sus diversas manifestaciones admite la licitud del período de prueba, remitiéndose a la LET para su regulación (art. 7.º 1 RD 2104/

(16) STS 6 de diciembre de 1984, Ar. 6.344. En el mismo sentido, STS 3 de mayo de 1983, Ar. 2.332. Para el TCT 12 de enero de 1984, Ar. 170; 3 de mayo de 1983, Ar. 3.845.

(17) Para la doctrina, cfr. M. ALONSO OLEA: *Derecho del Trabajo*, 8.^a ed., Madrid, 1983, pág. 469. T. SALA FRANCO y otros: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Valencia, 1984, pág. 112. L. E. VILLA GIL, G. GARCÍA BECEDAS e I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN: *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1983, pág. 85. A. MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, 6.^a ed., Madrid, 1985, pág. 227.

(18) STCT 5 de junio de 1984, Ar. 5.035. En el mismo sentido, STCT 28 de febrero de 1984, Ar. 1.768; 5 de junio de 1984, Ar. 5.035; 29 de octubre de 1983, Ar. 9.001; 1 de marzo de 1983, Ar. 1.701; 4 de abril de 1981, Ar. 2.454. Para el Tribunal Supremo 3 de mayo de 1983, Ar. 2.332.

1984, de 21 de noviembre; arts. 3.º 2 y 14.3 RD 1992/1984, de 31 de octubre); y, aunque no se recoge expresamente para la contratación temporal como medida de fomento del empleo (19), hay que admitirlo también como posible en la medida que el artículo 14 LET no establece distinciones, aplicándose genéricamente para cualquier tipo de relación laboral. Ahora bien, lo que sí plantea mayores dudas es la aplicación automática y para todo tipo de supuestos de las duraciones máximas recogidas en la LET. La jurisprudencia hasta el presente ha sido señaladamente rigurosa con lo que es la literalidad de la norma, sin llegar a aceptar ningún tipo de excepciones. Ello es así hasta el punto que se ha llegado a fallar a favor de la licitud de un período de prueba de tres meses de un contrato con una duración total aproximada de cuatro meses:

«... que dicho contrato se celebró al amparo del artículo 1.º del ya citado RD 2303/1980, disposición legal que al igual que el artículo 15 ET, al que reglamentariamente desarrolla, regula los contratos de trabajo temporales para obra o servicio determinado, cuya duración está señalada no por el vencimiento de *dies ad quem* concreto sino por el tiempo exigido para el cumplimiento de dicho objeto; que tales contratos pueden convertirse en indefinidos (arts. 1.º 2 y 5.º 2 de la misma norma); y que en ellos puede estipularse el período de prueba, cuya duración será la pactada y que no podrá exceder de la prevista en el artículo 14 ET; de suerte que no cabe deducir por el solo dato, meramente indicativo, de que se prevean cuatro meses para la duración de la obra, que la relación entre dicho plazo y el de prueba, sea motivador de tan grave consecuencia cual es la del *fraus legis*, cuando además el período de prueba... no se establece sólo en beneficio del empresario sino también del trabajador» (20).

Efectivamente, el artículo 14 LET al regular el período de prueba lo hace con criterios de generalidad, sin que en ningún momento especifique que su contenido quede condicionado a la celebración de un contrato por tiempo indefinido, ni que sus duraciones máximas deban verse alteradas cuando se apliquen a un contrato temporal; a ello se añade que las disposiciones específicas de los

(19) Sí que se preveía explícitamente en la regulación anterior de la contratación como medida de fomento del empleo, fijándose en ella duraciones específicas para los contratos temporales que se celebrasen a su amparo; la jurisprudencia interpretó que prevalecían estos plazos reglamentarios sobre los que pudieran fijar las Ordenanzas Laborales: STCT 3 de mayo de 1983, Ar. 3.845; 15 de diciembre de 1982, Ar. 7.400.

(20) STS 16 de abril de 1985 (revista *La Ley*, núm. 1247, 26-VII-85). Sin embargo, según la STCT 18 de septiembre de 1984, Ar. 6.949: «... la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo —art. 7.º 2 del Código Civil— como ocurriría haciéndose coincidir la duración de un contrato temporal, con la duración del período de prueba...»

contratos de duración determinada tampoco fijan las reglas propias en la duración del período de prueba. Ello sólo sucede actualmente con la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, cuyo artículo 4.º establece una escala según la duración prevista del contrato (21). Sin embargo, tampoco puede olvidarse el principio de que las interpretaciones que conducen a resultados deban ser rechazadas, por muy respetuosas que sean con la literalidad del precepto, si no respetan al propio tiempo lo que es su espíritu. En estos términos, y aunque el artículo 14 no presente excepciones ni establezca diferencias, lo cierto es que en el texto aparecen varios indicios de que el legislador en el momento de redactar el precepto estaba pensando preferentemente en contratos de duración indeterminada; que el período de prueba era una institución nacida históricamente para trabajadores que iban a ingresar como fijos en la empresa. Así sucede precisamente cuando en el número 2 del artículo 14, refiriéndose a los derechos y deberes de las partes durante este tiempo inicial de la relación laboral, afirma que los trabajadores tienen los correspondientes a su categoría y puesto «como si fuera de plantilla»; cuando el que pacta un período de prueba al celebrar un contrato temporal en principio nunca va a ser de plantilla. Lo mismo sucede con el número 3, cuando establece reglas de cómputo de la antigüedad del trabajador en la empresa, aspecto que si bien no exclusivo de los trabajadores fijos, sus consecuencias principales se desarrollan en este tipo de trabajadores. En segundo lugar, y quizá éste sea un dato aún más relevante, no cabe deslindar la duración máxima establecida legalmente con lo que es la finalidad intrínseca del período de prueba. Este se dirige a comprobar las aptitudes del trabajador para cumplir con las obligaciones propias de su puesto de trabajo y durante el tiempo pactado de duración del contrato. Por ello, es un absurdo manifiesto que se fije un período de prueba de tres meses para un contrato que globalmente va a tener una duración aproximada de cuatro meses; se convierte en desmesurada la relación medio-objetivo, la relación entre experimentación de aptitudes y desarrollo normal de la prestación de servicios. Este tipo de prácticas sólo puede ser concebida como una actitud fraudulenta, encaminada a colocar al trabajador en una situación de precariedad absoluta respecto a lo que son unos mínimos de estabilidad en el empleo; supone retrotraerse *de facto* a los inicios del Derecho del Trabajo, convirtiendo a la relación laboral en sucesivos contratos de trabajo que se renuevan o prorrogan en la práctica de día en día. A ello no se opone el hecho de que, como dice la sentencia transcrita, los contratos temporales pueden convertirse en indefinidos. Si ello se debe a que por el carácter y destino del trabajador, la actividad que desarrolla es permanente en la empresa (sin haber concertado un contrato temporal como medida de fomento del empleo), la conversión en indefinido es consecuencia de haber cometido

(21) «Podrá concertarse por escrito un período de prueba en los contratos de duración superior a diez días. La duración del período de prueba no podrá exceder de cinco días en los contratos de duración no superior a dos meses; de diez días en los de duración no superior a seis meses, y de quince días en los restantes.»

el empresario un fraude a la Ley, que, como tal, no debe ser protegido, pero para el que en todo caso deben actuar las duraciones máximas de la LET. Si, por el contrario, la conversión en indefinido se produce por la prórroga del contrato al finalizar el tiempo inicialmente previsto, no se puede pensar en perjuicio o en indefinición del empleador, en la medida en que dicha conversión se produce por propia voluntad del empleador, siendo éste libre en el momento final de decidir la extinción de la relación antes de prorrogarlo indefinidamente. Respecto a la afirmación de que el período de prueba se establece en beneficio no sólo del empresario sino también del trabajador, nos remitimos a lo que se dirá más tarde, aunque adelantando que ha sido bastante criticado por la doctrina. En todo caso, no se puede concluir con una afirmación general de reducción de los topes máximos para los contratos temporales, pues éstos en algunos casos pueden ser de larga duración (interinidad, lanzamiento de nueva actividad, como medida de fomento del empleo), lo que da lugar a que para ellos puedan ser acertados los topes estatutarios. Al no establecerse en la regulación vigente máximos específicos para los contratos de duración determinada, lo más adecuado es que ello quede a la libre apreciación judicial, para que sea el Magistrado quien valore si en el caso concreto el objetivo real del pacto es una precarización de la relación laboral más allá de los límites queridos por el legislador, dándose pues los elementos constitutivos del fraude a la Ley. Desde una perspectiva de *lege ferenda* y en atención a la progresiva expansión en nuestro país de la contratación temporal, sí que sería aconsejable una regulación específica al respecto, de contenido similar a la establecida para la relación laboral de los artistas en espectáculos públicos.

El último aspecto a comentar, dentro de este apartado de la duración del período de prueba, afecta a las consecuencias en su cómputo en los casos en que se produce por diferentes causas una suspensión de la relación laboral o interrupción de la prestación de servicios. Con carácter general no existen reglas al efecto en la normativa legal. Sólo existe una previsión específica para el caso más frecuente en que el trabajador enferma durante este tiempo: «La situación de incapacidad laboral transitoria que afecte al trabajador durante el período de prueba interrumpe el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes» (art. 14.3 LET). Este tipo de acuerdo parece lógico pensar que se debe celebrar al mismo tiempo que se pacta el período de prueba al inicio de la relación laboral. Sin embargo, mientras que la regulación precedente de la Ley de Relaciones Laborales —idéntica en su contenido de fondo en este aspecto— exigía que el acuerdo se realizara por escrito, la LET calla sobre el particular; cambio que sólo puede ser interpretado en el sentido de eliminación de semejante requisito formal, y así lo ha señalado la jurisprudencia:

«... partiendo la argumentación recurrente de un supuesto que no puede ser admitido, cual es que el pacto en cuestión conste en contrato escrito, lo cual claramente no exige el precepto mencionado, que alude al acuerdo entre las partes, sin exigencia de forma alguna, perfectamente con-

gruente con la no exigibilidad de forma escrita para el contrato de trabajo y con el principio general consagrado en el artículo 1.262 del Código Civil de que el consentimiento, plasmación del acuerdo, se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación, concurrente en el caso de autos...» (22).

En sentido contrario, la jurisprudencia no de forma explícita, aunque sí de modo tácito, cuando enjuicia situaciones de suspensión por incapacidad laboral transitoria, entiende que la ausencia de acuerdo al respecto ocasiona el obligado cómputo de este tiempo a efectos de la duración del período de prueba (23). La interpretación no podía ser otra, en atención a la clara literalidad de la Ley: «*Siempre que se produzca acuerdo.*»

La laguna más necesitada de integración se produce para el resto de supuestos de suspensión o interrupción de la relación laboral, para los que la LET no prevé nada expresamente. Una sentencia del TCT, aplicando la regulación contenida en la Ley de Relaciones Laborales que en este punto no presenta diferencias, falló que en caso de huelga se interrumpe necesariamente el período de prueba, sin requerir la presencia de acuerdo expreso:

«... ya que constando en dicha resolución con valor de hecho probado que desde el 12 de febrero (erróneamente se dice abril) hasta el 22 de abril siguiente se produjo una huelga en el sector, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 6.º 2 del RD-L de 4 de marzo de 1977, no serían computables los días que la misma duró, dada la suspensión del contrato, establecido por dicho precepto, con lo que la decisión de la empresa, habría sido tomada también dentro de quince días laborales después de iniciado el contrato y por ello sin que hubiese transcurrido totalmente el plazo máximo...» (24).

Esta doctrina jurisprudencial puede perfectamente extenderse al resto de los supuestos de suspensión de la relación laboral. La necesidad de acuerdo expreso exigida por el artículo 14 para los casos de ILT ha de considerarse excepcional y no aplicable analógicamente al resto de los supuestos de suspensión de la relación laboral. El objetivo primordial del período de prueba es comprobar la aptitud del trabajador para cumplir con las funciones encomendadas, lo que no es posible llevar a cabo durante aquellos días en que el interesado ni presta sus servicios ni tiene derecho al salario. Más dudosos son los casos de los per-

(22) STCT 11 de mayo de 1983, Ar. 4.174. Lógicamente la jurisprudencia que aplicaba la Ley de Relaciones Laborales sí que exigía que el acuerdo constara por escrito: STCT 2 de diciembre de 1981, Ar. 7.115; 11 de junio de 1981, Ar. 3.994.

(23) Por todas, STCT 21 de diciembre de 1983, Ar. 11.184; 11 de mayo de 1983, Ar. 4.174.

(24) STCT 24 de noviembre de 1981, Ar. 6.876.

misos retribuidos, en los que se produce una mera interrupción de la prestación de servicios, que no están previstos en nuestro ordenamiento como fenómenos tan patológicos como la suspensión y suelen ser de muy breve duración.

4. FINALIDAD DEL PERIODO DE PRUEBA

Las dos partes de la relación laboral, durante el período de prueba, están «obligados a realizar las experiencias que constituyen el objeto de la prueba» (art. 14.1, párr. 2). De ahí que la finalidad del período sea la del conocimiento mutuo de empresario y trabajador y, más específicamente, como se ha repetido en varias ocasiones, que el empleador pueda comprobar las aptitudes generales del trabajador para adaptarse al funcionamiento de la empresa y para cumplir satisfactoriamente las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Es precisamente este objetivo el que justifica el efecto principal de la celebración del pacto: la libre resolución contractual por el empleador mientras dure el período de prueba. Las condiciones reales y el rendimiento efectivo de una persona difícilmente se pueden constatar previamente a la celebración del contrato, sea por medio de la realización de pruebas teórico-prácticas sea a través de entrevistas personales; siendo estos elementos decisivos para seleccionar al personal que va a ingresar en la empresa, un conocimiento definitivo no se obtiene hasta que ha transcurrido un tiempo prudencial desde que la relación jurídica está en acto y el trabajador presta sus servicios en el puesto de trabajo al que se le ha destinado. Ello es lo que justifica la extinción en cualquier momento de la relación laboral; y es igualmente lo que determina la conclusión de que la institución del período de prueba se introduce en los ordenamientos laborales en beneficio del empleador, en la medida en que le permite calibrar si le conviene el trabajador inicialmente contratado, al verlo actuar en la práctica, y le exime en este tiempo de los requisitos causales típicos de la extinción por voluntad unilateral suya. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo presenta como una institución en beneficio de ambas partes:

«... y cuyo fundamento se encuentra en que la prueba se ofrece tanto en beneficio del trabajador como del empresario, y en que su finalidad no sólo es la primordial de constatar la aptitud técnica de aquél para la labor concreta encomendada, sino la de conocer otros datos relevantes y condiciones personales de ambos, de los que conviene estén informados, de un lado el empleador para una mejor satisfacción de sus intereses empresariales, tales como disciplina, sociabilidad, instrucción, diligencia y rendimiento, corrección, apariencia, raciocinio, receptividad a las directrices patronales, etc., y de otro el operario al que le interesa comprobar en la práctica el ambiente en que su tarea se va a desempeñar, si su capacidad es la adecuada para la misma, la relación existente entre los diversos elementos de la empresa, el estado de or-

ganización de ésta, y sistema de trabajo, etc., en definitiva el conocimiento mutuo y lo más completo posible de los contratantes para la eliminación de riesgos futuros y en orden al desarrollo de unas relaciones laborales continuadas, correctas y eficientes lo que justifica la atribución de la facultad resolutoria y de desistimiento unilateral libremente concedida a las dos partes, sin alegación de causa y por apreciación personal y subjetiva del resultado...» (25).

La presente doctrina no supone unas meras consideraciones teóricas, sino que se utiliza como argumento para resolver cuestiones prácticas; así se vió previamente en el tema de la duración del período de prueba en los contratos temporales. La apreciación jurisprudencial puede verse inducida por la propia forma de expresión legal, que establece la regulación en términos de generalidad para ambas partes: atribuye la obligación de realizar las experiencias propias de la prueba tanto al trabajador como al empleador (art. 14.1, párr. 2); refiere la libertad de resolución a los dos, pudiéndose producir «a instancias de cualquiera de las partes» (art. 14.2). Sin embargo, la literalidad del precepto no se puede analizar fuera de su contexto y sin conectarlo sistemáticamente con otros artículos de la LET. En primer lugar, al trabajador no se le concede durante el período facultad adicional que vaya a perder a su finalización. A diferencia de lo que ocurre para el empleador con el despido, el trabajador puede dar por finalizada la relación laboral en cualquier momento de la vigencia del contrato y sin necesidad de alegar causa alguna; la extinción por dimisión del trabajador sólo le obliga a respetar un plazo de preaviso reducido (art. 49.4 LET), e incluso si lo incumple no puede imponérsele el que siga prestando sus servicios. Por ello, la facultad que le concede el artículo 14.2 LET no es significativa a efectos de determinar en beneficio de quien se introduce el período de prueba, pues es una facultad que la ostentan una vez finalizado éste y también cuando ni siquiera se llega a pactar el período de prueba. Por ello, esos objetivos señalados por la sentencia transcrita respecto al período desde la perspectiva del trabajador los puede conseguir en igual medida al inicio de aquellas relaciones laborales en las que no se concierta período de prueba alguno. En segundo lugar, no se puede desgajar el contenido legal de una institución de su aplicación práctica. No se puede negar que en la práctica diaria la pactación de la cláusula de prueba se realiza siempre a instancias del empleador, siendo difícilmente imaginable que ello se produzca a iniciativa del trabajador. Sólo en casos excepcionales es pensable que así suceda; por ejemplo, cuando al mismo tiempo se establezca un pacto de permanencia de conformidad con el artículo 21.4 LET. Únicamente para este supuesto marginal cabe reconocer al período de prueba como acuerdo establecido en beneficio de ambas partes. En tercer lugar, aunque las experiencias objeto de la prueba sean obligación de empresario y trabajador según la

(25) STS 2 de febrero de 1983, Ar. 521; en el mismo sentido, STS 16 de abril de 1985 (revista *La Ley*, núm. 1247, 26-VII-85).

LET, lo cierto es que el único de hecho obligado a realizarlas es el segundo; la obligación del empresario consiste precisamente en verificar si el trabajador efectivamente es apto para el trabajo que se le encomienda, exigiéndole las pruebas oportunas. Lo que no es pensable es que, a la inversa, el trabajador le pueda solicitar al empleador que este último realice determinadas pruebas, al objeto de comprobar si le interesa continuar trabajando en esa empresa. En definitiva, todo concluye en la idea de que el período de prueba es una institución creada básicamente para satisfacer determinados intereses del empleador en los momentos iniciales de la relación laboral.

Igualmente en este apartado de la finalidad del período de prueba se debe analizar el contenido de las pruebas que puede llevar a cabo el empleador en aplicación del mencionado artículo 14.1, párr. 2, LET. Ante todo, el contenido principal ha de ser necesariamente el de verificar las *aptitudes profesionales* del trabajador en cuestión, es decir, sus conocimientos de las actividades profesionales propias de su puesto de trabajo, del resto de las funciones que se le puedan encomendar como consecuencia del ejercicio por el empleador de sus facultades de movilidad profesional, así como el resto de los elementos que puedan condicionar el cumplimiento satisfactorio de sus obligaciones laborales. Justamente es este último aspecto el que convierte en más delicada la delimitación de lo que puede ser en la práctica el objeto de las pruebas. La dificultad radica en la interdependencia existente entre las condiciones personales y humanas de un trabajador concreto y su adaptación a las exigencias empresariales, lo que lógicamente ha llevado a decir a la jurisprudencia que también estas condiciones del trabajador influyen y deben ser objeto de experimentación:

«... aun siendo el objeto fundamental del período de prueba la constatación de las aptitudes laborales del trabajador, también es elemento integrante de aquel objeto el mutuo conocimiento de las partes, no sólo en el aspecto laboral, sino también en el estrictamente personal y humano, y si estos últimos aspectos, ajenos a la estricta capacidad laboral, no son satisfactorios para alguna de las partes, constituye ello motivo suficiente para poder exteriorizar, durante el período de prueba, la voluntad resolutoria, y para que a virtud de tal manifestación, la vinculación entre partes termine y no devenga a otra de carácter definitivo, sin que resulten indagables las causas del acto resolutorio, salvo que la indagación quiera mostrar la presencia de una discriminación de las prohibidas en el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, en cuyo caso, de resultar acreditada la discriminación, el acto resolutorio devendría radicalmente nulo, con sus legales consecuencias» (26).

(26) STCT 13 de enero de 1984, Ar. 220. En el mismo sentido, STCT 15 de diciembre de 1983, Ar. 10.914; 29 de octubre de 1983, Ar. 9.001; 30 de junio de 1983, Ar. 6.240; 18 de septiembre de 1984, Ar. 6.949. Para el TS 2 de febrero de 1983, Ar. 521; 3 de mayo de 1983, Ar. 2.332.

La sentencia se pronuncia con tal rotundidad a favor de la posible incidencia de los factores personales y humanos del trabajador, que llega a afirmar la innecesidad de realizar siquiera las experiencias, si por otras vías se tiene conocimiento de condiciones personales que inclinan al empresario a no continuar la relación laboral. Pero, en la misma medida, en cuanto estos factores influyen en la decisión resolutoria pueden ser objeto de verificación. En todo caso, el problema de deslinde radica en el reconocimiento al propio tiempo a todo trabajador del derecho constitucional a la intimidad personal y a su vida privada (art. 18 CE y art. 4.º 2 e LET). Ello limita las en principio extensas facultades de experimentación del empresario, que en ningún caso lo podrá hacer vulnerando este derecho a la intimidad; por ello, tan sólo podrán ser objeto de verificación las condiciones personales del trabajador en la medida en que sean imprescindibles para averiguar su nivel de incorporación satisfactoria a las tareas pactadas. De otro modo, como dice muy acertadamente la sentencia, el resultado final puede ser la infracción de la prohibición de discriminación, algo que ya ha indicado una importante sentencia del Tribunal Constitucional:

«... la facultad de resolución de la relación laboral concedida por el artículo 14.2 del Estatuto de los Trabajadores, y de la que en el presente caso ha hecho uso la empresa, está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental, como en el presente caso el de igualdad, recogido en el artículo 14 de la Constitución española» (27).

La regulación estatutaria es taxativa en el establecimiento de las experiencias propias de la prueba en términos de nueva obligación contraída por las partes, lo que conduce a preguntarse por los efectos jurídicos que se derivarían de un incumplimiento de este deber. En principio, no se prevé una sanción específica en el caso de que se produzca tal vulneración. Cuando la negativa a la realización de las pruebas provenga del trabajador, es fácilmente imaginable que el empleador hará uso inmediato de su facultad resolutoria; si bien ello no sea singular de este incumplimiento de la parte trabajadora (pudiéndola ejercer incluso en supuestos de realización satisfactoria de las pruebas) la consecuencia es de tal gravedad que con ello queda asegurada la compulsión jurídica al cumplimiento de esta obligación. El punto de vista opuesto —el incumplimiento empresarial de su deber de comprobar las aptitudes profesionales y personales del trabajador— es el que presenta mayores problemas, hasta el punto que se puede afirmar nos encontramos ante un precepto imperfecto, en la medida en que no viene prevista la sanción a su incumplimiento. La jurisprudencia ha sentado el criterio de que el ejercicio de la facultad resolutoria no se encuentra condicionado al hecho de que se lleven a cabo las pruebas oportunas; el empleador pue-

(27) STC 94/1984, de 16 de octubre (BOE 31 de octubre). En el mismo sentido, STS 3 de mayo de 1983, Ar. 2.332; STCT 13 de enero de 1984, Ar. 220.

de dar por terminada la relación jurídica desde el primer día, sin realizar prueba alguna, si decide simplemente que ya no le interesa mantener el contrato. La única consecuencia que admite es la de que, una vez concluido el período de prueba, no se podrá despedir en base a una ineptitud originaria del trabajador:

«... aunque a efectos meramente dialécticos se admitiera que el recurrente no fuera sometido a pruebas demostrativas de su aptitud para el trabajo, para el que fue contratado, el Estatuto de los Trabajadores no fija cuáles sean los efectos directos derivados del incumplimiento de la obligación impuesta en el precitado artículo 14.1, párrafo 2, teniendo tan sólo el incumplimiento de tal obligación, para la empresa, un efecto indirecto cual es el de que transcurrido el período de prueba pactado sin que la patronal haya sometido al actor a la 'realización de las experiencias' que el Estatuto de los Trabajadores impone, ésta no podrá acudir al 'despido por causas objetivas', al no poder fundamentarse en 'ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento del período de prueba' una vez concluido éste —art. 52 a) del Estatuto de los Trabajadores—; pero al establecer el artículo 14.2 que 'durante el período de prueba' el contrato puede ser resuelto 'a instancia de cualquiera de las partes', tal potestad resolutoria no está legalmente condicionada a la obligación de realizar las experiencias propias de la prueba...» (28).

En todo caso, como señala la propia sentencia, nos hallamos ante un efecto indirecto, y en ningún caso frente a una sanción singular con motivo de tal incumplimiento. Conviene recordar que la consecuencia de la imposibilidad de alegar la ineptitud originaria como causa de despido objetivo, deriva siempre de la superación del período de prueba, siendo indiferente que durante el mismo se hayan desarrollado las referidas pruebas o no. En definitiva, puede concluirse que desde la perspectiva empresarial nos encontramos con un deber más moral que jurídico; si en la práctica el empleador suele efectuar las pruebas es básicamente porque sus intereses de conocimiento de las condiciones del nuevo trabajador coinciden con la realización de las mismas.

Conectado también con la finalidad de la pactación del período, afronta la jurisprudencia determinados supuestos cuya licitud se analiza en relación con lo que es el objetivo del citado período. En primer lugar, aparecen aquellas situaciones en las que las partes, previamente a la celebración del contrato de trabajo y como condición para su perfeccionamiento, acuerdan la realización de una serie de pruebas; fijan el desarrollo de una serie de contactos para conocer las condiciones profesionales del trabajador y el funcionamiento de la organización productiva. Acuerdan la realización de unas actividades previas con vistas a decidir si les interesa finalmente comenzar una relación laboral entre ellos. La cuestión que plantea este tipo de supuestos es el de su encuadramiento jurídico;

(28) STCT 13 de enero de 1984, Ar. 220.

en qué medida son lícitos este tipo de acuerdos, o bien respondiendo sustancialmente al objetivo de la institución del período de prueba, se está eludiendo la celebración desde el primer momento del contrato de trabajo e incurriendo en un fraude a la Ley. A este respecto, la jurisprudencia resulta contradictoria; mientras que el Tribunal Supremo los considera lícitos, calificándolos de pre-contrato o de condición suspensiva, el Tribunal Central de Trabajo adopta la postura opuesta. Así, según el TS:

«... la incorporación del actor a la empresa, no puede ser calificada como de un normal contrato de trabajo, con un período de prueba, antes bien existía una condición suspensiva, y 'la empresa accedió a que estuviera en la misma y conociera su maquinaria y su funcionamiento', pero subordinado su ingreso en aquélla a la superación de las pruebas de aptitud, condición indispensable para acceder al puesto de director técnico químico; de lo razonado es consecuencia, que deba excluirse la vulneración que se denuncia en cuanto está referido el artículo 14.1 y es facultad de las partes la responsabilidad de establecer un período de prueba, pero ésta es complementada por las normas que la desarrollan, y en todo caso la autonomía de la voluntad, está consagrada en el artículo 3.º 1 C) del Estatuto de los Trabajadores... y de la sentencia de instancia se deriva, con perfecta claridad, que el ingreso del trabajador recurrente estuvo desde su origen condicionado a la superación de las pruebas a las que debía someterse, una vez que hubiera conocido el funcionamiento profesional de la misma...» (29).

Por contra, para el TCT:

«Sin que a ello obste que los trabajos anteriores a la firma del contrato fuesen 'en plan de prueba' pues si el fundamento de la prueba es el de 'hacer posible que cada uno de los otorgantes conozca las condiciones y circunstancias del otro, antes de que la relación laboral adquiera carácter de permanencia' ... ello supone que tal situación de inestabilidad de la relación laboral sólo puede durar por el tiempo pactado, dentro del límite legal, y a partir del inicio de la relación entre las partes, sin que pueda admitirse la existencia de una pre-prueba que sobre su imposible concreción conceptual dada la relación de oposición contradictoria entre términos de idéntico significado de antelación, haría inútiles las precisas fijaciones que de su duración hace la normativa legal expuesta para convertirse en un período de fluidez temporal incontrolable...» (30).

(29) STS 4 de abril de 1984, Ar. 2.033, que tiene un precedente analizando idéntico conflicto en la STS 14 de junio de 1983, Ar. 3.003.

(30) STCT 20 de mayo de 1981, Ar. 3.368.

No cabe la menor duda que con este tipo de prácticas se está buscando obtener idénticos resultados a los previstos legalmente con la normativa del período de prueba, pero con la ventaja adicional de que no se adquiere ningún tipo de compromiso con el trabajador; se fija una mera promesa, de potestativo incumplimiento, de contratar en el futuro al trabajador si las pruebas tienen resultados satisfactorios; el empleador no se obliga a nada, ni siquiera en los laxos términos derivados de una situación contractual donde rige un período de prueba. Si bien es cierto que la Ley reconoce a la autonomía de la voluntad como una de las fuentes de las obligaciones laborales, ésta tiene el claro límite del fraude a la Ley, que concurre en este caso, desde el momento en que nos encontramos con una relación de trabajo subordinado por cuenta ajena, identificada dentro del artículo 1.º 1 LET, al tiempo que en la práctica se pretende eludir la celebración de un contrato de trabajo hasta un momento posterior al inicio de la prestación de servicios.

La otra situación analizada por la jurisprudencia en relación con la finalidad del período de prueba, se refiere a los supuestos en los que se pacta éste cuando las partes del contrato han estado vinculadas previamente a través de otras relaciones jurídicas, sean de tipo laboral o de carácter diverso. Hay que preguntarse, pues, en qué medida ese conocimiento previo puede hacer innecesario el acuerdo de establecimiento del período. La jurisprudencia en estos casos matiza bastante la solución; sin establecer criterios omnicomprendivos para todos los casos, analiza muy al detalle las circunstancias que los rodean, para decidir si efectivamente el empleador tuvo un conocimiento definitivo de las aptitudes profesionales y personales del trabajador. Ello, para empezar, supone partir del principio de que el inicio de una relación laboral no es condición suficiente para poder pactar el período de prueba, en cuanto éste se tiene por nulo si el Magistrado llega a la convicción de que el empleador conocía perfectamente con quién contrataba. Por lo mismo, y a la inversa, que no cualquier tipo de relación jurídica previa tiene porqué implicar necesariamente que se conozcan la totalidad de las circunstancias determinantes para saber que el trabajador cumplirá satisfactoriamente sus obligaciones laborales, haciendo permisible por ello la cláusula de prueba. Descendiendo a situaciones más concretas, una sentencia ha considerado lícito el pacto de prueba en un caso donde la relación previa era de carácter mercantil y no laboral:

«Que como último motivo que resta por examinar se presenta el ordenado bajo el ordinal 3.º, por violación del artículo 49.2 del ET, razonando que en la hipótesis de haberse concertado en el contrato un período de prueba, ello entrañaría un manifiesto abuso por parte del empresario, teniendo en cuenta que por la vinculación que durante largo tiempo mantuvo con el mismo demandante, no podía ignorar las condiciones profesionales del mismo, inconsistente tesis, que hace caer el motivo, por cuanto como ya queda razonado y se acredita a través de los hechos que la sentencia declara probados, las relaciones

mantenidas por las partes, antes y después de la firma del contrato, estaban caracterizadas por sensibles diferencias de naturaleza mercantil y simple asesoramiento contable y fiscal, las primeras, y de carácter laboral de técnico de oficina y categoría de jefe de segunda, las nacidas de la estipulación escrita» (31).

No obstante, no se puede pretender una generalización de este pronunciamiento, pensando que la solución sería idéntica para todos aquellos casos en los que la relación previa entre las partes no fuera de carácter laboral. Así, posiblemente la conclusión habría de ser la inversa, por ejemplo, cuando un representante de comercio que durante años estuviera actuando respondiendo del buen fin de las operaciones realizadas, en un momento determinado pasara o no a responder porque las partes establecieran la relación laboral especial correspondiente. Podría interpretarse más bien que para la jurisprudencia el dato más relevante es el tipo de actividad desarrollada por ambas partes antes y después de la celebración del contrato con período de prueba; si entre ambos existen diferencias cualitativas desde el punto de vista profesional y no tanto de las diferencias de la relación jurídica con la que se formalizan estas actividades (32).

La situación más repetida, dentro de los supuestos en los que previamente se ha trabajado en la misma empresa con aplicación de la legislación laboral, es aquella en la que se suceden varios contratos temporales con ciertas interrupciones de continuidad entre unos y otros. Normalmente la jurisprudencia entiende en estos casos que para los posteriores contratos el período de prueba resulta ilógico, de modo que su pactación constituiría un manifiesto abuso de derecho:

«... el demandado no sólo tenía una constatación de la aptitud del trabajador para el puesto de trabajo objeto de contratación, sino también un conocimiento de sus cualidades personales —que asimismo ha de reputarse elemento integrante del período de prueba— como lo revelan las reiteradas veces que el actor ha sido aceptado para el desempeño de idénticas funciones; y como la libertad de concertación de período de prueba, no puede ser tan ilimitada, que lleve a situaciones abusivas, porque la ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo —art. 7.º 2 del Código Civil— como ocurriría haciéndose coincidir la duración de un contrato temporal, con la duración del período de prueba, o como ocurre, en el caso debatido, al pactarse un ilógico e innecesario período de prueba, cuando son sobradamente conocidas, por inmediatos contratos anteriores, las cualidades laborales y personales del trabajador, aquella cláusula pactada en el último contrato de 2 de febrero de 1984, ha de tenerse por nula y no puesta, y

(31) STS 15 de noviembre de 1982, Ar. 6.707.

(32) Por todas, STCT 21 de diciembre de 1982, Ar. 7.581; 10 de julio de 1981, Ar. 4.871.

el contrato subsistente en el resto conforme al artículo 9.º 1 del Estatuto de los Trabajadores...» (33).

En definitiva, todos estos factores desembocan en la regla de que por principio no en todo contrato de trabajo es posible la concertación de un período de prueba. Habrá que tenerse en cuenta además el elemento teleológico, en términos que sea necesario las aptitudes laborales y personales del trabajador en cuestión; que con carácter previo no hayan existido vinculaciones entre las partes que desvirtúen la finalidad legal de la cláusula de prueba.

5. LA EXTINCION DEL CONTRATO CON OCASION DEL PERIODO DE PRUEBA

La singularidad principal del período es la de permitir la resolución de la relación laboral a instancias de cualquiera de las partes durante su transcurso (art. 14.2 LET). Como ya tuvimos ocasión de señalar al analizar los intereses protegidos con la institución, a pesar de que la facultad aparezca en términos abstractos atribuida a ambas partes del contrato, su titular efectivo es sólo el empleador. El trabajador ciertamente también la posee, pero ello es por medio de la dimisión, facultad que ostenta siempre y al margen del período de prueba. Si acaso añade algo este artículo 14.2 desde la perspectiva del trabajador, es a los requisitos de procedimiento de la extinción, pero no a la facultad de fondo de dar por terminada definitivamente la relación laboral. Este apartado dispone que la decisión resolutoria podrá tomarse en cualquier momento del transcurso del período, sin exigir expresamente ningún requisito formal; relacionando esto con la regulación genérica de la dimisión en el artículo 49.4 LET, cabe concluir que durante el período de prueba el trabajador podrá extinguir el contrato automáticamente, sin necesidad de aguardar el transcurso de plazo de preaviso alguno.

Hecha la matización anterior, el centro de atención de este apartado sobre la extinción quedará situado en la facultad resolutoria empresarial. La Ley, con gran precisión técnica en este punto, elude intencionadamente utilizar el término *despido* al establecer esta forma de extinción contractual; se refiere en términos genéricos a «la resolución de la relación laboral». La jurisprudencia igualmente ha querido hacer hincapié en muy repetidas ocasiones que no se trata de una manifestación más de la facultad empresarial de despedir:

«Por lo que la decisión empresarial de resolver la relación laboral durante el transcurso de tal período no constituye el despido por el que se acciona sino finalización del contrato por causa válidamente pactada según con carácter general previene el artículo 49.2 del Estatuto

(33) STCT 18 de septiembre de 1984, Ar. 6.949; en el mismo sentido, STCT 12 de mayo de 1981, Ar. 3.186.

de los Trabajadores, y específicamente, para la resolución de la relación laboral durante el período de prueba, el artículo 14.2 de la misma norma» (34).

Efectivamente, el encuadramiento más acertado dentro del elenco de supuestos extintivos contemplados dentro del artículo 49 LET es el que figura en su apartado segundo: «Por las causas consignadas válidamente en el contrato de trabajo salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario.» El período de prueba se introduce necesariamente a través de una cláusula del contrato de trabajo, que por remisión al precepto estatutario inserta también dentro del contrato una nueva causa extintiva. Lo que en principio aparecería como abusivo —una facultad indiscriminada de ruptura de la relación jurídica— desaparece porque queda justificada por el necesario conocimiento de las aptitudes del trabajador en los momentos iniciales de la prestación de servicios y particularmente porque una norma con rango de ley explícitamente prevé tal posibilidad. La abusividad tan sólo se producirá cuando, en supuestos comentados previamente, se pacte la cláusula con trasgresión en la letra o en el espíritu de la normativa general: duración superior a la permitida, extensión desmesurada en proporción a la duración de un contrato temporal, conocimiento pleno del trabajador por haber mantenido otras relaciones profesionales con anterioridad a la firma del contrato, etc.

Por contra, no es admisible identificar esta facultad resolutoria con la institución del despido. Este puede conceptuarse como la extinción causal del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empleador. Existe una enorme similitud entre la extinción con ocasión del período de prueba y el despido; ambas tienen en común la mayoría de los elementos definitorios; una y otro suponen una facultad resolutoria ejercida por voluntad unilateral del empleador, que se formaliza por medio de un negocio unilateral recepticio. Pero existe un componente que los diferencia, dándose el dato de que éste es concluyente y decisivo: la causalidad de la ruptura contractual. Mientras que en el despido es imprescindible la concurrencia y la alegación de una causa de las legalmente tasadas que justifique la decisión extintiva, durante el período de prueba basta con la exteriorización del deseo empresarial de no desear la continuación de la relación laboral. Es lo que repetidamente ha sentado nuestra doctrina legal, afirmando que durante este período existe una facultad de resolución *ad nutum* (35). Sólo re-

(34) STCT 5 de junio de 1984, Ar. 5.035. En el mismo sentido, STCT 29 de octubre de 1983, Ar. 9.001; 25 de octubre de 1983, Ar. 8.831; 30 de noviembre de 1983, Ar. 6.240; 1 de marzo de 1983, Ar. 1.701; 22 de diciembre de 1982, Ar. 7.661.

(35) Por todas, STCT 13 de enero de 1984, Ar. 220; 4 de octubre de 1983, Ar. 8.103; 30 de junio de 1983, Ar. 6.240; 13 de junio de 1983, Ar. 5.606; 22 de diciembre de 1982, Ar. 7.661; 1 de diciembre de 1982, Ar. 6.937; 26 de marzo de 1981, Ar. 2.117. Para el TS 3 de mayo de 1983, Ar. 2.332; 6 de abril de 1984, Ar. 2.047; 2 de febrero de 1983, Ar. 521.

cientemente, y como consecuencia de la aplicación de los principios constitucionales al Derecho del Trabajo, se va a admitir una excepción a la libertad absoluta de resolución durante la prueba: la prohibición de discriminación. La decisión extintiva será radicalmente nula, cuando el empleador al adoptarla tome en consideración circunstancias ajenas al propio trabajo, en contra del derecho constitucional a la igualdad y el respeto a los derechos fundamentales (36).

La construcción doctrinal en estos términos es bastante clara, y explica suficientemente la tesis jurisprudencial de excluir la calificación de despido para referirse a la presente facultad resolutoria, prefiriendo hablar de «condición resolutoria potestativa» (37) o calificaciones jurídicas similares. Sin embargo, semejante conclusión tiene consecuencias reflejas en aspectos secundarios; ocasiona problemas de integración legal, aunque ello se manifieste en situaciones prácticas de menor entidad. Al concluirse que no se trata de un despido, ¿cuál es el régimen jurídico aplicable al ejercicio de la facultad resolutoria?; surgen interrogantes varios en relación con los requisitos formales de su ejercicio, el procedimiento de reclamación judicial aplicable, la calificación que deba darle el Magistrado si estima que la actuación empresarial fue contraria a Derecho, etc.

En este punto las resoluciones jurisprudenciales aparecen bastante condicionadas por el carácter *ad nutum* de la extinción, para en ocasiones excluir *a priori* la aplicación de las normas sobre despido. Hay que tener presente que entre ambas formas extintivas son más los elementos comunes que aquellos que los separan; casi sería admisible hablar a estos efectos de despido justificado sin causa. Por ello, creo que el criterio general a establecer debe ser que, en principio, puede aplicarse el régimen jurídico del despido, salvo en aquellos aspectos que vengan condicionados directamente por el elemento causal del despido.

Entrando ya en puntos concretos del régimen jurídico, la jurisprudencia, en lo que se refiere a los requisitos formales, considera que no es necesaria la forma escrita para el ejercicio de la facultad, bastando con que la notificación llegue al trabajador y se alegue expresamente que queda motivada por la no superación del período de prueba:

«... para que se agregue que tal comunicación se hizo en forma verbal, circunstancia intrascendente, pues precisamente el artículo 14.2 del Estatuto de los Trabajadores que se cita como infringido, después de reconocer al trabajador la plenitud de sus derechos como si fuera de plantilla, sin embargo, y por vía de excepción, excluye los derivados de la extinción de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes, sin exigir ningún requisito formal, entre ellos el de la comunicación escrita como pretende el recurrente en la manifestación de esa voluntad de extinción, sin que la ausencia de

(36) Véanse sentencias citadas en nota 27.

(37) Por todas, STCT 15 de diciembre de 1983, Ar. 10.914; 26 de marzo de 1981, Ar. 2.117.

tal comunicación produzca indefensión, ya que tal extinción es libre y no disciplinaria y, por tanto, no pueden ser objeto de discusión y controversia judicial los motivos que el empresario haya tenido en cuenta para adoptarla por lo que no es aplicable tampoco el artículo 55.3 del mismo texto legal...» (38).

A pesar de ello entiendo que resulta defendible la interpretación favorable a la necesidad de la comunicación por escrito. El silencio legal del artículo 14 no fuerza a la deducción de que el legislador ha querido eliminar el requisito formal. Las razones que avalan la exigencia de la forma escrita para los despidos objetivos y disciplinarios en los artículos 53.1 y 55.1 LET, son igualmente dignas de consideración durante el período de prueba; de ahí, la posibilidad de aplicación analógica de estos preceptos. La finalidad básica es la de respetar el principio de seguridad jurídica, permitiendo al trabajador tener un conocimiento exacto del momento a partir del cual surte efecto la voluntad extintiva empresarial y que ésta se legitima precisamente por la no superación del período de prueba. Si bien es cierto que la resolución es libre y no es preciso alegar causa alguna justificativa, pueden provocarse al margen de ello situaciones de indefensión del trabajador. Si en repetidas ocasiones la jurisprudencia ha dado la razón al trabajador con motivo del ejercicio de la facultad resolutoria por la otra parte, por ser ésta contraria a Derecho, hay que evitar los peligros de inseguridad jurídica que impidan al trabajador presentar la correspondiente reclamación judicial; se debe conocer con exactitud el plazo a partir del cual puede interponerse la demanda ante Magistratura; el trabajador ha de poder articular sus fundamentos de contradicción, etc. La exigencia de forma escrita constituye así un condicionamiento para poder accionar correctamente, sin riesgos de inseguridad jurídica.

Ningún otro requisito de forma sería exigible conforme a la LET. En alguna normativa sectorial se ha impuesto un plazo de preaviso para que el empresario pueda extinguir el contrato; pero la jurisprudencia en este caso, aceptando que disposiciones inferiores pueden introducir requisitos adicionales, entiende que el incumplimiento de preaviso no provoca la nulidad de la decisión empresarial; el único requisito de validez es que la notificación se haga antes de que finalice la duración pactada del período:

«... aun admitiendo la vigencia de tal preaviso, no exigido ya en el artículo 14.2 del Estatuto, su falta no desnaturaliza el contrato ni enerva la posibilidad empresarial de resolución siempre y cuando tal voluntad

(38) STCT 8 de febrero de 1983, Ar. 1.032. En el mismo sentido, STCT 4 de octubre de 1983, Ar. 8.103; 25 de octubre de 1983, Ar. 8.831; 26 de marzo de 1981, Ar. 2.117; STS 4 de abril de 1984, Ar. 2.033. La exigencia de la notificación expresa del motivo de no haber superado el período de prueba en STCT 26 de marzo de 1981, Ar. 2.117.

revisoria se evidencia con anterioridad a finalizar el período de prueba ya que el aludido preaviso tanto aquí como en todos los supuestos en que se exige —el típico de finalización de obra— no tiene otra finalidad que el trabajador conozca la proximidad de su cese para acomodar sus futuras expectativas laborales, lo que conlleva, según ha venido declarando reiteradamente esta Sala, que su falta se compense con el abono de los salarios del período de tiempo no preavisado con lo que se cumple, en sentido más favorable al trabajador, la razón causal de su exigencia...» (39).

Igualmente entiende el TCT que es posible la extinción cuando está suspendida la relación laboral, en concreto, en una situación de incapacidad laboral transitoria por enfermedad. Aunque la sentencia lo justifica porque durante ese tiempo no se interrumpe el cómputo del período (40), entiendo que ello también sería lícito cuando existiera acuerdo expreso de paralización del tiempo. Aparecen también otros aspectos, para los que habría que preguntarse por la posible aplicación analógica de las normas sobre despido; temas respecto de los cuales no existe hasta el presente pronunciamiento judicial explícito. Para ellos, en principio, sería aplicable aquel criterio general expuesto de efectiva integración analógica. Entre ellos podríamos citar el plazo de caducidad a efectos de presentar la reclamación judicial frente a la resolución empresarial, que ha de ser de veinte días hábiles, conforme al artículo 59.3 LET; la utilización del proceso especial de despidos y sanciones, regulado en los artículos 97 y siguientes LPL, etc.

En todo caso, donde se produce una mayor confusión en la doctrina jurisprudencial es en el tema de la calificación jurídica que deba recibir la decisión empresarial de dar por terminado el contrato basándose en el período de prueba. Inicialmente, aplicando la regulación de la Ley de Relaciones Laborales, la práctica totalidad de las sentencias consideraba que se había producido un despido y que, además, se le debía dar el tratamiento de improcedente. No obstante, en los últimos años los pronunciamientos dejan de ser tan unánimes, para surgir algunas resoluciones en las que, manteniendo la calificación de despido del acto empresarial, lo califica y le atribuye los efectos jurídicos correspondientes al despido nulo. En el corto tiempo transcurrido desde que se intuye un cierto cambio jurisprudencial, resulta difícil adivinar cuáles son sus principios orientadores. Puede ser todavía prematuro descubrir si existe un deslinde, consciente por parte de nuestros Tribunales superiores, entre los supuestos de hecho para los que se pronuncia por la improcedencia y por la nulidad, respectivamente, o bien se trata de una simple contradicción de pronunciamientos. En muchos casos el fallo judicial, aunque llegue a calificar la actuación de nula o improcedente, no lo razona; incluso repetidas veces lo hace mecánicamente, reiterando simplemente la calificación realizada por el Magistrado en primera instancia

(39) STCT 6 de julio de 1983, Ar. 6.516.

(40) STCT 21 de diciembre de 1983, Ar. 11.184.

que, a su vez, se ha limitado a recoger la calificación inicialmente pedida (sin argumentación en este punto) por la parte trabajadora a la que se le da la razón.

Sin embargo, sí cabe aventurar algunas ideas de aproximación. La jurisprudencia prácticamente siempre lo califica de despido improcedente cuando la decisión empresarial se produce una vez transcurrida la duración máxima legal, habiéndose pactado en el contrato un tiempo superior:

«... dicha decisión es impugnada por el FGS que acusa infracción de los artículos 55.1 y 3 y 56.4 del Estatuto de los Trabajadores al entender que no habiéndose tratado de despido disciplinario la calificación correcta hubiera sido la de nulidad, tesis que no puede ser compartida por esta Sala puesto que al haber quedado acreditada la falta de realidad de la causa invocada para el cese en la correspondiente comunicación escrita, la única calificación posible era la de despido improcedente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55.2 y *a sensu contrario* en el párrafo segundo del artículo 55.3 del propio Estatuto...» (41).

La jurisprudencia suele emplear aquí la normativa de despido en toda su extensión. Así, por ejemplo, en el mismo supuesto de la sentencia anterior de extralimitación en el tiempo de duración del período, si además el trabajador se encuentra con su contrato en suspenso por cualquiera de las causas legalmente previstas, el despido se declara nulo y no improcedente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 55.6 LET (42). Donde se descubre un cambio jurisprudencial más palpable es en los casos en los que se considera la decisión empresarial contraria al artículo 14 LET porque el pacto de prueba no se ha concertado por escrito. Mientras que en un principio se calificaba igualmente de improcedente (43), a partir aproximadamente de 1983 se dictan una serie de sentencias fallando que el despido es nulo:

«Que de lo razonado se deriva la absoluta falta de legitimidad del cese acordado por la entidad empresaria, cese que no merece otra valoración jurídica que la de constituir un despido cuya forma verbal impone que sea calificado como nulo a tenor del artículo 55, núme-

(41) STCT 9 de febrero de 1983, Ar. 1.090. En el mismo sentido, STCT 1 de marzo de 1984, Ar. 1.945; 23 de marzo de 1984, Ar. 1.668; 25 de octubre de 1983, Ar. 8.794; 4 de octubre de 1983, Ar. 8.128; 15 de diciembre de 1982, Ar. 7.400; 29 de octubre de 1982, Ar. 5.816; 9 de junio de 1981, Ar. 3.913; en cambio, la califica de nulo la STCT 22 de junio de 1981, Ar. 4.273.

(42) STCT 27 de octubre de 1982, Ar. 5.761.

(43) STCT 9 de abril de 1983, Ar. 2.933; 23 de noviembre de 1982, Ar. 6.588; 15 de septiembre de 1982, Ar. 4.769; 14 de abril de 1982, Ar. 2.219; 16 de marzo de 1982, Ar. 1.618.

ro 3, párrafo 2.º, del mencionado Estatuto y con las consecuencias previstas en el número 4 del propio precepto...» (44).

Hay que llamar la atención sobre el dato de que en los hechos probados de la sentencia transcrita confluyen dos circunstancias al mismo tiempo, como son la ausencia de forma escrita tanto en la concertación del período como en la comunicación de la terminación del contrato. Son ambas circunstancias las que según la jurisprudencia provocan la nulidad; la primera convierte la extinción en despido, mientras que la segunda permite la aplicación del artículo 55.3, párrafo 2.º, LET. Finalmente, donde surge una clara disparidad de criterios es en aquellos supuestos en los que la cláusula de prueba se tiene por no puesta al ser innecesaria por haber mantenido las partes relaciones profesionales previas. En una resolución se califica como despido nulo (45), mientras que en otra de idénticas características se califica como despido improcedente (46), aunque posiblemente las diferencias se refieran a circunstancias similares a las expresadas para los supuestos de falta de forma escrita.

Esta materia de la calificación jurídica de la resolución empresarial contraria a Derecho comporta una auténtica laguna jurídica. El supuesto además no es exclusivo de la extinción con motivo de una hipotética cláusula de prueba. Nuestro ordenamiento laboral, partiendo del hecho de la importancia práctica de los despidos como forma más conocida de terminación de la relación laboral, le presta a éste singular atención, ofreciendo una regulación detallada de todos sus efectos jurídicos. Pero, ello lo hace el legislador en detrimento de otros supuestos extintivos, que, al pasar más inadvertidos, deben acogerse a la regulación del despido, en ocasiones con un cierto pie forzado. Por citar únicamente algunos ejemplos, piénsese en las denuncias de los contratos temporales cuando éstos por diversas causas se han convertido en indefinidos, la notificación del cese por muerte o incapacidad del empleador cuando a pesar de ello se produce una continuación en el negocio por terceros, la ausencia de llamamiento al inicio de la temporada en los trabajos fijos discontinuos, el rechazo del reingreso por el empleador del trabajador que concluye su situación de excedencia, etc.

Centrándonos exclusivamente en la materia que nos ocupa en este comentario, la extinción con ocasión del período de prueba, creo que el tema de su calificación jurídica y los efectos consiguientes constituyen una de las excepciones a la regla general inicialmente propuesta; aquí no es posible una aplicación mecánica de la normativa legal sobre despido. Ante todo, existe el elemento diferencial importante de que durante el período de prueba no es necesaria la alegación y demostración de causa alguna justificativa de la resolución. Pierde,

(44) STCT 20 de septiembre de 1983, Ar. 7.579. En el mismo sentido, STCT 20 de julio de 1983, Ar. 7.143; 13 de junio de 1983, Ar. 5.606; 4 de junio de 1983, Ar. 5.186; 9 de diciembre de 1981, Ar. 7.239.

(45) STCT 12 de mayo de 1981, Ar. 3.186.

(46) STCT 18 de septiembre de 1984, Ar. 6.949.

pues, su sentido la categoría del despido improcedente, que se basa precisamente en la imposibilidad de acreditar la causa disciplinaria u objetiva alegada en la carta de despido (arts. 55.3 y 53.4 LET). En la medida en que se trata de una extinción *ad nutum*, en ningún caso sería concebible una situación de improcedencia de la extinción. Aun admitiendo la aplicabilidad de las categorías del despido, para el período de prueba el Magistrado sólo podrá calificar la decisión extintiva como procedente, nula o radicalmente nula. Al respecto, nótese que en la práctica totalidad de las extinciones *contra legem* en las que se alega la no superación del período, en realidad lo que sucede es que jurídicamente se tiene por inexistente la cláusula de prueba; la extinción se considera contraria a Derecho bien porque ya ha concluido la duración máxima legal permitida, o bien porque el pacto dentro del contrato de trabajo se entiende ilegal o abusivo. Desde el momento en que el acuerdo de prueba se tiene por no puesto, la extinción adolece de base legal o contractual, lo que conduce a su calificación como nulo.

JESÚS CRUZ VILLALÓN
(Universidad de Sevilla)