

LA REGULACIÓN DEL PERÍODO DE PRUEBA EN ESPAÑA Y FRANCIA: UNA PERSPECTIVA COMPARADA DE ACUERDO CON LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO NACIONAL E INTERNACIONAL

Comunicación presentada a las XXVI Jornadas Catalanas de Derecho Social –
Barcelona, 19 y 20 de febrero de 2015.

Ponencia: Conversaciones entre la norma internacional y la norma nacional: la
aplicación por los órganos judiciales.

José Francisco Bertomeu Curto¹

1.- INTRODUCCIÓN.

El contrato de trabajo es un contrato bilateral (sinalagmático) que genera derechos y obligaciones para ambas partes. Por esto, la confianza mutua entre las partes es importante u un período de adaptación entre ellos es necesario, o comúnmente aceptado en la tradición europea. El período de prueba se configura en los diferentes sistemas legales, donde el despido libre no es lícito, como una excepción al principio general de causalidad en la extinción de la relación laboral, durante el cual ambas partes están legitimadas para cancelar libremente el contrato sin ningún tipo de indemnización.

El propósito de esta institución es posibilitar el conocimiento recíproco entre las partes del contrato de trabajo, para que el empleador pueda valorar las aptitudes del empleado y la utilidad y/o conveniencia del mantenimiento de las obligaciones contractuales asumidas². Una vez transcurrido este período, de una manera expresa o tácita, el empleado se incorporará definitivamente, y a todos los efectos, en la empresa (en los términos acordados en el contrato), y el período de prueba será computado a efectos de antigüedad.

No obstante, la duración de este período de prueba debe ser apropiado a su finalidad, constituyendo un abuso de derecho cuando no se cumple este objetivo. Sin embargo,

¹ Abogado y Profesor Asociado Área Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UPF.

² Así se pronuncia, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Social, de 12 de noviembre de 2007 (RJ 2008\701).

esta declaración es controvertida y debe ser interpretada, en último término, por los Tribunales, especialmente cuando versa sobre períodos demasiado prolongados para prestar atención a la idoneidad de la capacitación profesional.

De hecho, en la actualidad, debido a la crisis económica global, las altas tasas de desempleo y el consiguiente debilitamiento de los derechos de los trabajadores como consecuencia de la imposición de las medidas de austeridad y los modelos neoliberales en la Unión Europea, que conllevan la desregulación de las instituciones del derecho del trabajo, los Tribunales tienen un papel clave para evitar la imposición de períodos de prueba abusivos en los contratos de trabajo, puesto que, en la práctica, se abre la puerta a formas de despido libre “*ad nutum*” (sin posibilidad de indemnización alguna), tal y como analizaremos a continuación mediante la comparación de los casos francés y español.

2.- LA REGULACIÓN FRANCESA DEL PERÍODO DE PRUEBA EN EL CONTRAT NOUVELLES EMBAUCHES³ (NUEVO CONTRATO DE EMPLEO).

Propuesto por el Primer Ministro Dominique de Villepin para adoptar medidas legislativas para estimular el empleo, como parte de un plan de emergencia de empleo que pretendía la creación de puestos de trabajo mediante el otorgamiento de flexibilidad a las empresas pequeñas, entró en vigor mediante Ordenanza en la fecha de 02/08/2005⁴.

³ El Artículo L1236-1 del *Code du Travail* establecía que:

“El nuevo contrato de empleo puede ser rescindido a iniciativa del empleador o del asalariado, durante los dos primeros años desde la fecha de su firma, en las siguientes condiciones:

1º La rescisión es notificada mediante carta certificada con acuse de recepción.

2º Cuando el empleador es quien tiene la iniciativa de la rescisión, excepto grave error o fuerza mayor, la presentación de la carta certificada debe realizarse con un preaviso, a partir de que el empleado tiene un antigüedad de un mes en la empresa. La duración de este período de preaviso se fija en:

a) Dos semanas, en el caso de un contrato firmado con menos de seis meses de anterioridad a la fecha de presentación de la carta certificada.

b) Un mes en el caso de un contrato firmado por al menos seis meses;

3º Cuando el empleador es quien tiene la iniciativa de la rescisión, excepto grave error, tiene que abonar al asalariado, antes de la expiración del período de preaviso:

a) Las sumas devengadas como salarios e indemnización por días de licencia (permisos retribuidos).

b) Una indemnización igual al 8% de las sumas de la retribución bruta generada por el asalariado desde la formalización del contrato. A los impuestos y seguridad social de esta indemnización les es de aplicación lo dispuesto en la indemnización por despido recogida en el artículo L. 1234-9”.

Este contrato se aplicaba únicamente a los nuevos trabajadores permanentes (contratos de trabajo indefinidos), de cualquier edad, en empresas de no más de 20 trabajadores, permitiendo al empresario despedir a su voluntad en el período comprendido durante los dos primeros años de empleo, después del cual es necesaria una justificación legal, sin previo aviso y sin precisar de justificación. La justificación de esta norma no era otra más que el período de prueba de dos años proporcionaba flexibilidad a las empresas pequeñas, puesto que la facilitación del despido haría a las empresas pequeñas menos reticentes a contratar nuevos trabajadores.

Sin embargo, la duración que es habitualmente considerada como razonable en Francia para los períodos de prueba no excede de seis meses. Por esto, este tipo de contrato contó con la oposición de los sindicatos, quienes argumentaban que nuevas medidas de flexibilidad como esta privan a los trabajadores de una parte esencial de sus derechos con respecto a la terminación del contrato, negándoles los derechos laborales que el movimiento obrero conquistó después de décadas de reivindicaciones, luchas y conflictos.

Finalmente, este tipo de contrato fue derogado mediante ley de fecha 25/06/2008⁵, en su Artículo 9º, reconvirtiéndose en un contrato de trabajo indefinido común.

3.- LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DEL PERÍODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES.

En términos generales, en España el período de prueba está regulado en el Artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores⁶, que establece que deberá ser regulado mediante la negociación colectiva pero, en su defecto, no estará permitido que exceda de un

⁴ *Ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail "nouvelles embauches"*. Disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006052111&dateTexte=vi>
[g](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006052111&dateTexte=vi)

⁵ *Loi n° 2008-596, du 25 juin 2008, portant modernisation du marché du travail*. Disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019066178&dateTexte>

⁶ *Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-7730>.

período de seis meses para el personal técnico titulado y de dos meses para los demás empleados, aunque en las empresas de menos de veinticinco trabajadores no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no son personal técnico titulado, y para contratos temporales que no excedan de seis meses de duración, no podrá exceder de un mes de duración.

No obstante, la Reforma Laboral de 2012⁷ ha introducido un nuevo contrato de trabajo indefinido, justificado en la existencia de elevadas tasas de desempleo y que estará en vigor hasta que dicha tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15%, para empresas que empleen a menos de cincuenta trabajadores.

Este contrato, llamado *Contrato de Trabajo por Tiempo Indefinido de Apoyo a los Emprendedores*, es muy similar al francés *Contrat Nouvelle Embauche* porque establece un período de prueba obligatorio de un año de duración en cualquier caso (excepto cuando el trabajador ha realizado las mismas funciones con anterioridad en la empresa); período durante el cual será posible extinguir el contrato de trabajo sin causa justificada y sin indemnización para el trabajador (en caso de que el empleador lleve a cabo la terminación). Además, esta tipología de contrato disfruta de beneficios fiscales, así como también deducciones en las cuotas de la Seguridad Social, para el empleador, pero ello está condicionado al hecho de que el empleado permanezca en su puesto de trabajo durante un determinado período de tiempo (3 años).

4.- EL CONTROL DE LEGALIDAD POR LOS TRIBUNALES: ILEGALIDAD DEL PERÍODO DE PRUEBA EN EL CASO FRANCÉS.

Mediante Sentencia de la Corte de Apelación de París⁸, de fecha 06/07/2007, confirmada mediante Sentencia de la Corte de Casación de fecha 01/07/2008⁹, el período de prueba de dos años contenido en el *Contrat Nouvelles Embauches* fue

⁷ Artículo 4 de la Ley 3/2012, de 6 de Julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9110

⁸ Cour d'appel de PARIS, 18 ème Chambre E, 6 juillet 2007, S 06-06992. Disponible en: <http://www.davidtate.fr/Cour-d-appel-de-PARIS-18eme>

⁹ 07-44.124 Arrêt n° 1210 du 1er juillet 2008 Cour de Cassation – Chambre Sociale. Disponible en: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/arrets_577/br_arret_117_10.html

declarado contrario al Convenio n° 158 OIT sobre la terminación de la relación de trabajo¹⁰, en sus Artículos 2¹¹ y 4¹², porque no es posible considerar que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, puede ser razonable y el empleador no puede obtener ventaja del beneficio tácito de la derogación temporal de la aplicación de la Convención, en referencia a los derechos del trabajador en la terminación del contrato.

¹⁰ C-158, 1982, Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. Disponible en:
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_I D:312303

¹¹ Artículo 2 del Convenio n° 158 OIT:

“1. El presente Convenio se aplica a todas las ramas de actividad económica y a todas las personas empleadas.

2. Todo Miembro podrá excluir de la totalidad o de algunas de las disposiciones del presente Convenio a las siguientes categorías de personas empleadas:

- (a) los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada o para realizar determinada tarea;*
- (b) los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable;*
- (c) los trabajadores contratados con carácter ocasional durante un período de corta duración.*

3. Se deberán prever garantías adecuadas contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que prevé el presente Convenio.

4. En la medida en que sea necesario, y previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan, la autoridad competente o el organismo apropiado de cada país podrá tomar medidas para excluir de la aplicación del presente Convenio o de algunas de sus disposiciones a ciertas categorías de personas empleadas cuyas condiciones de empleo se rijan por disposiciones especiales que en su conjunto confieran una protección por lo menos equivalente a la que prevé este Convenio.

5. En la medida en que sea necesario, y previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan, la autoridad competente o el organismo apropiado de cada país podrá tomar medidas para excluir de la aplicación del presente Convenio o de algunas de sus disposiciones a otras categorías limitadas de personas empleadas respecto de las cuales se presenten problemas especiales que revistan cierta importancia habida cuenta de las condiciones de empleo particulares de los trabajadores interesados o de la dimensión o naturaleza de la empresa que los emplea.

6. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá enumerar, en la primera memoria sobre la aplicación del Convenio que someta en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, las categorías que hubieren sido excluidas en virtud de los párrafos 4 y 5 del presente artículo, explicando los motivos de dicha exclusión, y deberá indicar en las memorias subsiguientes el estado de su legislación y práctica respecto de las categorías excluidas y la medida en que aplica o se propone aplicar el Convenio a tales categorías”.

¹² Artículo 4 del Convenio n° 158 OIT:

“No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

De esta manera, la Corte de Casación francesa declaró que¹³:

*“... la **“causa justificada de despido”** enunciada en el artículo 4 del convenio nº 158 de la OIT se distingue de la **“causa real y cierta”** de despido; juzgando lo contrario, la corte de apelación interpretó mal el artículo 4 del convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo;*

Que de acuerdo con el artículo 2.2.b) del Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo, un miembro puede excluir del campo de aplicación del grupo o de algunas de las disposiciones de la presente convención a los trabajadores que ejecutan un período de prueba o no tienen un período requerido de antigüedad, siempre y cuando esta duración sea fijada de antemano y resulte razonable; que el control de razonabilidad, o no, debe ser realizado de acuerdo con el objetivo de la medida; que pensando que la dilación de dos años instituida por la prescripción de 2 de Agosto de 2005 no era razonable sin tomar en consideración el objetivo de la mejora de la situación de trabajo sin el propósito de que su vulneración ha sido cuestionada y las características del contrato que tenía, en título de transición, suficiente flexibilidad para la compañía para permitirle el fortalecimiento del trabajo de acuerdo con la estructura de su mercado, dando, en compensación, para el trabajador de las garantías financieras superiores de aquellos que da los contratos indefinidos, la corte de apelación despojó su decisión de base legal de acuerdo con el artículo 2-2.b del Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo;

Que el artículo 2-5 del Convenio nº 158 de la refrescada Organización Internacional del Trabajo que, por lo que es necesario, deberán ser adoptadas medidas por las autoridades competentes o por el organismo adaptado en el país, después de consultar a las organizaciones de empresarios y sindicatos interesados, donde en esto, para excluir de la aplicación de la presente convención o de algunas de sus disposiciones de otras categorías limitadas de asalariados acerca de acordar problemas

¹³ El autor quiere manifestar que la transcripción que se realiza de los argumentos de la Corte de Casación es una traducción literal del francés al español efectuada por él mismo, por lo que se piden disculpas al lector por si se pueden haber producido imprecisiones u otros errores de traducción, debidos a la falta de dominio absoluto de la lengua francesa por parte de quien escribe.

particulares que mantienen alguna importancia, toman en consideración las particulares condiciones de trabajo de los trabajadores interesados, el tamaño de la empresa que los utiliza en su naturaleza; que por el propio contenido enunciando que la prescripción del 2 de Agosto de 2005 podría no invocar beneficios implícitos de la vulneración temporal instituida por el artículo 2 del Convenio n° 158 en su aplicación, sin buscar si la prescripción discutible no podría desprenderse de la infracción instituida por el artículo 2-5 del Convenio n° 158, la corte de apelación privó su decisión del fundamento jurídico en cuanto a los textos ya mencionados...

...Que la nueva calificación del contrato de empleo en un contrato indefinido asume la existencia de una texto expreso; esto estableciendo una nueva calificación del nuevo contrato de empleo de la Sra. Y motivado porque este contrato no obedeció al Convenio de la OIT, la Corte de Apelación violó las disposiciones del Convenio n° 158 de la OIT;

Pero esperado, primero, que de acuerdo con el artículo 4 del Convenio n° 158 de la OIT, que es de aplicación directa en la ley interna, un trabajador no se puede despedir sin que exista un motivo válido para el despido, unido a su aptitud o su comportamiento, o fundado en necesidades del funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio; que de acuerdo con el artículo 7, el despido no puede intervenir antes de que se le dé al trabajador la posibilidad de defenderse contra las acusaciones formuladas y que, de acuerdo con el artículo 9, el asalariado no debería soportar solo la carga de la prueba para demostrar que el despido no se justificó;

Que declarando los artículos L no aplicables. 122-4 en L. 1222-11, L. 122-13 en L. 122-14 i L. 321-1 en L. 321-17 de las leyes laborales, entonces en vigor, en el despido de los asalariados contratados mediante un nuevo contrato de trabajo y pasando durante dos años desde la firma de este contrato, el artículo 2 de la prescripción n° 2005-893 de 2 de Agosto, que convierte el artículo L. 1223-4 de la ley laboral revocado por el artículo 9 de la ley n° 2008-596 de 25 de Junio de 2008, en el hecho que desplaza aparte las disposiciones generales que se relacionan con el procedimiento previo del despido, el requisito de una causa real y grave, a su enunciación y control, priva al asalariado del derecho de defenderse antes de su

despido y le influencia para hacerlo responsable exclusivo de demostrar el carácter excesivo de la ruptura, no satisfaciendo las estipulaciones de la convención internacional ya mencionada...

...Que el artículo 2 de la prescripción nº 2005-893 de 2 de Agosto de 2005, hágase el artículo L.1223-4 de las leyes laborales derogadas por el artículo 9 de la ley 2008-596 de 25 de Junio de 2008, que no apunta a una categoría determinada de asalariados a quienes se coloca en problemas particulares tomando en consideración el tamaño de la empresa que los emplea, que no se les diferencia según las funciones para las cuales fueron contratados y no se limita, por otra parte por una dilación en la espera de tres meses, la posibilidad de contratarles de nuevo mediante un contrato de idéntica naturaleza que el que ha sido roto con anterioridad por el mismo empleador, no es posible justificarlo por la aplicación de las disposiciones de la convención internacional ya mencionada;

Donde sigue esto que habiendo juzgado con buena razón que el artículo 2 de la prescripción se oponía a las disposiciones del Convenio nº 158 de la OIT, de lo que resulta que la ruptura del contrato de trabajo de la Sra. Y. permaneció sujeto a las reglas de orden público de las leyes laborales, la corte de apelación, si olvidamos los motivos superabundantes criticados en las secciones primera, segunda y sexta de los medios, exactamente decidió que el despido del asalariado no estaba motivado en una justa y grava causa...".

Además, la Sentencia de la Corte de Casación de fecha 10/05/2012¹⁴, toma en consideración que el Convenio nº 158 de la OIT no permite fijar un período de prueba de la duración acordada en el contrato de trabajo, para desarrollar la actividad profesional prevista en el mismo.

5.- EL CONTROL DE LEGALIDAD POR LOS TRIBUNALES: LEGALIDAD DEL PERÍODO DE PRUEBA EN EL CASO ESPAÑOL.

¹⁴ Cour de Cassation, Chambre Sociale, audience publique du 10 mai 2012, nº de pourvoi: 10-28512. Disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000025861328>

Una reciente Sentencia del Tribunal Constitucional¹⁵ ha declarado la constitucionalidad del período de prueba contenido en el *Contrato Indefinido de Apoyo a los Emprendedores*, argumentando que la reforma resulta ser bien adoptada, razonable y proporcionada porque se trata de un tema de medidas de promoción del empleo, relacionadas con el carácter coyuntural de la concreta situación del mercado de trabajo, que sufre un nivel muy alto de tasas de desempleo y porque responde a la obligación de los poderes públicos de realizar una política encaminada a la consecución del pleno empleo. También se razona que se permite a la empresa verificar no solo la aptitud y la capacidad del trabajador empleado, lo que es inherente al objetivo del establecimiento de un período de prueba, sino también la viabilidad económica del contrato de trabajo.

A pesar de la ratificación del Convenio nº 158 de la OIT por el Estado español y el establecimiento del principio general de la causalidad en la extinción del contrato de trabajo, ninguna referencia se hace ni se argumenta (en términos de constitucionalidad y suficiencia de los compromisos internacionales adoptados por España, ya sean los Tratados Internacionales o el mismo Derecho Comunitario, que son de obligado cumplimiento) sobre la razonabilidad del establecimiento de un período de prueba tan extenso:

“...Conviene advertir con carácter previo que tanto en la argumentación del recurso de inconstitucionalidad como en las alegaciones del Abogado del Estado se ha concedido mucha relevancia a la cuestión de si el período contemplado en el art. 4.3 de la Ley 3/2012 constituye, en realidad, un auténtico período de prueba; esto es, si responde a la naturaleza y finalidad de tal institución, o si, por el contrario, esa previsión normativa supone desnaturalizar el periodo de prueba, tal como aparece regulado con carácter general en el art. 14 de la Ley Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (en adelante, LET), como período necesario para la realización de determinadas experiencias que constituyen el objeto del contrato.

No obstante, debemos señalar que este debate resulta por completo ajeno al control de constitucionalidad que corresponde efectuar a este Tribunal. El período de prueba en el seno del contrato de trabajo no constituye una institución expresamente prevista y regulada en el texto constitucional. Ciertamente el art. 35.2 CE encomienda a la ley la regulación de un estatuto de los trabajadores (STC 20/1994, de 27 de enero, FJ 2). Es esta habilitación la que, en su caso, permite al legislador prever la posibilidad de someter la

¹⁵ Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 119/2014, de 16 de julio. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-8748. Asimismo, tal pronunciamiento ha sido confirmado en la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 22 de enero de 2015, recurso de inconstitucionalidad nº 5610/2012, en su Fundamento jurídico Tercero.

relación laboral a un período de prueba, tal y como efectivamente ha contemplado en el art. 14 LET, en que se reconoce la facultad de empresario y trabajador de pactar dicha estipulación. Se trata, en todo caso, de una institución de configuración legal, por lo que la determinación de su contenido corresponde al legislador ordinario, con el límite, obviamente, de que la regulación de ésta u otras instituciones laborales no contravenga las exigencias constitucionales. Por consiguiente, tanto si la cuestionada regulación del art. 4.3 de la Ley 3/2012 encaja en la configuración que del período de prueba efectúa con carácter general el art. 14 LET, como si en ella se diseña una institución de contenido y alcance diferentes, aun recibiendo del legislador idéntica denominación, lo único relevante a efectos de nuestro análisis es determinar si el art. 4.3 de la Ley 3/2012 vulnera o no el art. 35.1 CE, así como el resto de los preceptos constitucionales invocados por el Parlamento recurrente...”

Sin embargo, para la posición de la minoría expresada en el “voto particular”, la ampliación del período de prueba es una decisión de política legislativa que no afecta en la decisión que la empresa adopta a la hora de la contratación, lo que afecta y limita seriamente el derecho al empleo, al haberse limitado el principio de causalidad en la extinción contractual. También, se realiza el juicio de la proporcionalidad del sacrificio del derecho constitucional al trabajo en cuanto a la política de creación del empleo, que es un principio rector de la política social y económica (que no un derecho constitucional).

6.- LAS FUENTES INTERNACIONALES DEL DERECHO DEL TRABAJO: LIMITACIONES AL PERÍODO DE PRUEBA POR LA CARTA SOCIAL EUROPEA¹⁶

La Carta Social Europea fue ratificada por España en 1980 (y por Francia en 1999) y, en consecuencia, forma parte del ordenamiento jurídico interno (Artículos 10.2¹⁷ y 96.1¹⁸ de la Constitución Española de 1978), y con fuerza obligatoria porque en el origen de la escala de la pirámide de la jerarquía normativa se establece por encima de las leyes nacionales, al igual que el Convenio nº 158 de la OIT (ratificado por España en 1985 y Francia en 1989).

¹⁶ La Carta Social Europea es un Tratado del Consejo de Europa que garantiza los derechos sociales y económicos. Fue adoptada en 1961 y revisada en 1996. Disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/TreatiesIndex_en.asp

¹⁷ Establece que: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

¹⁸ Establece que: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

En aplicación del Artículo 4¹⁹ de la Carta Social Europea, que en su cuarto párrafo reconoce el derecho de todos los trabajadores de un período de preaviso razonable en caso de terminación del contrato de trabajo, la Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales, de fecha 23/05/2012²⁰, analizó el concepto de período de prueba con ocasión de un litigio que apareció en la legislación griega²¹, que extendía hasta doce meses la duración del período de prueba para todos los empleados, sin diferenciación entre la categoría, grupo o cualificación profesional del puesto de trabajo.

La sentencia procede a revisar la resolución del Comité, siendo importante recordar que el precepto legal se refiere a la extinción del contrato, y no específicamente al período de prueba, aunque el Comité con clarividencia también lo incluye en él, y afirma que su extensión temporal *“debe atender a las condiciones necesarias para el puesto de trabajo ocupado o para las circunstancias en las cuales la ampliación del mismo puede considerarse como aceptable”*, siendo el objetivo el de permitir al empleador *“verificar las cualificaciones del personal y si estos reúnen los requisitos del*

¹⁹ Artículo 4 Carta Social Europea – Derecho a una remuneración equitativa:

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una remuneración equitativa, las Partes Contratantes se comprometen:

- 1. A reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso.*
- 2. A reconocer el derecho de los trabajadores a un incremento de remuneración para las horas extraordinarias, salvo en determinados casos particulares.*
- 3. A reconocer el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor.*
- 4. A reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo.*
- 5. A no permitir retenciones sobre los salarios sino en las condiciones y límites establecidos por las Leyes o Reglamentos nacionales, o fijados por Convenios Colectivos o Laudos arbitrales. El ejercicio de estos derechos deberá asegurarse mediante Colectivos libremente concertados, por los medios legales de fijación de salarios, o mediante cualquier otro procedimiento adecuado a las condiciones nacionales.*

²⁰ Decisión en los méritos: Federación General de empleados de la empresa nacional de electricidad (GENOP-DEI) y Confederación de Sindicatos de Funcionarios Griegos (ADEDY) contra Grecia. Queja colectiva nº 65/2011. Disponible en: <http://hudoc.esc.coe.int/esc2008/query.asp?action=query×tamp=38198.87>

²¹ Apartado 17.5 de la Ley nº 3899 de 17 de Diciembre de 2010:

- A. Se debe juzgar que los doce primeros meses de empleo en un contrato indefinido desde la fecha de entrada en vigor son un período de prueba y el empleo se puede terminar sin el aviso y sin la indemnización por despido a menos que las dos partes acuerden otra cosa.*
- B. El contrato indefinido de un empleado con más de doce (12) meses de servicio puede ser terminado sobre la base de la notificación por escrito previa del empleador, como sigue: a) en caso de empleados que han trabajado de 12 (doce) meses hasta 2 (dos) años, 1 (un) mes de preaviso antes del despido...*

trabajo”, añadiendo que “no es posible interpretarlo de una forma amplia, ni siquiera el período puede ser tan extenso. Que las garantías de notificación e indemnización se hagan ineficaces”. De ahí, que se concluya, por el sentido común, que la norma griega lesiona la Carta Social Europea, “sin ser capaz de considerar, en cualquier caso, como razonable un período de prueba de un año, de acuerdo con lo que debe ser entendido por el concepto arriba mencionado”.

En consecuencia, la doctrina contenida en la Decisión, admitiendo la vulneración de la Carta Social Europea por la legislación griega sobre el período de prueba, puede ser resumida de la siguiente manera:

- 1) Todos los empleados tienen derecho a la protección como sujetos de sus derechos sociales, que incluye el derecho a un plazo razonable de preaviso en caso de que la relación laboral vaya a darse por terminada. Como no es posible establecer un concepto general sobre qué debe entenderse por razonable, será necesario analizarlo caso por caso, teniendo en cuenta el tiempo que se lleva prestando servicios.
- 2) El objetivo del período de preaviso es que se garantice al trabajador la posibilidad de la búsqueda de otro empleo sin haber perdido todavía el anterior, siendo admitida la posibilidad de que se debería indemnizar al trabajador que no es preavisado.
- 3) Únicamente es posible el despido inmediato en caso de falta seria del empleado.
- 4) El Comité Europeo de Derechos Sociales no se había pronunciado hasta ese momento sobre la duración del período de prueba, entendiéndolo que es una figura admisible que fue establecida con el objetivo de que el empleador pueda verificar la calificación del empleado y la adaptación del mismo a los requisitos de la vacante que va a ocupar. Ahora bien, esto no puede permitir que la duración de este período sea demasiado extensa, puesto que entonces se estaría privando al trabajador de derechos que le han sido atribuidos, como son el preaviso y la indemnización, determinando que la duración de un año en el período de prueba es excesiva.

Asimismo, es importante resaltar que el día 23 de enero de 2015 se han dado a conocer, por parte del Comité Europeo de Derechos Sociales, las Conclusiones XX-3 (2014)²² en relación con el cumplimiento, por parte de España, de los derechos laborales, de negociación colectiva y de libertad sindical recogidos en la Carta Social Europea, y entre los cuales, se ha constatado el incumplimiento de los derechos laborales en lo que se refiere a la falta de un preaviso adecuado ante el despido en contratos temporales y, en particular, en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores introducido en la reforma laboral de 2012, declarando que *“El Comité observa que, en el presente caso, no se prevé plazo de preaviso o indemnización por despido durante el período de prueba excepcional del contrato. Por ello, se considera que el artículo 4, párrafo 3 de la Ley nº 3/2012 no está en conformidad con el artículo 4.4 de la Carta a este respecto”*.

7.- CONCLUSIONES.

Una vez analizados los acuerdos internacionales acerca del período de prueba, y su interpretación atendiendo a la “razonabilidad”, podemos concluir que un período de prueba de un año de duración, independientemente de la cualificación y las características del puesto de trabajo que debe desempeñar el trabajador, no es razonable. De esta manera, se permite al empresario celebrar, de manera encubierta, un contrato de trabajo temporal sin causa, lo cual no se corresponde con la naturaleza jurídica del período de prueba.

No obstante, esta situación revela que el Gobierno español del Partido Popular (conservador), con sus actos²³, muestra, de hecho y por razones ideológicas, la ignorancia que tiene del Derecho Internacional como instrumento de garantía y protección de los derechos sociales.

²² Disponible en:

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/State/SpainXX3_en.pdf

²³ En este sentido, por ejemplo, el *Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores*, en su Artículo 2, en lugar de eliminar este período de prueba de un año de duración, atendiendo a la vulneración de los compromisos internacionales asumidos, lo ha extendido para el caso de que se celebren contratos indefinidos de apoyo a emprendedores a tiempo parcial. Puede ser consultado en la siguiente página web: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/12/21/pdfs/BOE-A-2013-13426.pdf>.

Por el contrario, el politizado Tribunal Constitucional español, influenciado por principios ideológicos, también evita analizar la razonabilidad del período de prueba contenido en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores bajo la óptica de la Constitución y el Derecho Internacional, ofreciendo en su defensa únicamente argumentos de mera legalidad ordinaria, cuando el Tribunal Supremo español, repetidamente, ha calificado como abusivas cláusulas de períodos de prueba de un año (o más) contenidas en convenios colectivos, que son consideradas como desproporcionadas y excesivas, sancionándolas con su nulidad²⁴.

De esta manera, resulta esperanzador que, en atención a lo dispuesto en los Arts. 10.2 y 96.1 CE, ciertos órganos jurisdiccionales de instancia²⁵ realicen el denominado “control de convencionalidad” para concluir que, puesto que los Tratados Internacionales se encuentran, dentro de la jerarquía normativa, por encima de las disposiciones legislativas internas, si las disposiciones de las normas legales internas violan el contenido de un Tratado Internacional, se deberá aplicar con preferencia este último.

8.- BIBLIOGRAFIA.

- BAYLOS GRAU, Antonio, *España vulnera la Carta Social Europea*. Disponible en su página web (Según Antonio Baylos...): <http://baylos.blogspot.com.es/2015/01/espana-vulnera-la-carta-social-europea.html>.
- CHACARTEGUI JÁVEGA, Consuelo, *Austerity measures and the regression of social rights: the recessionary effect in the right to dignity*. Conferencia

²⁴ Por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Social, de 12 de noviembre de 2007 (RJ 2008\701) y 20 de julio de 2011 (RJ 2011\6680) que, respectivamente, se pueden consultar en el siguiente link oficial de jurisprudencia del Poder Judicial español:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=252715&links=&optimize=20080124&publicinterface=true>
<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6115742&links=&optimize=20110915&publicinterface=true>.

²⁵ Así, se pueden citar, entre otras, la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona, de 19 de noviembre de 2013 (nº 412/2013), la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Tarragona, de 2 de abril de 2014 (nº 179/2014), la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Mataró, de 29 de abril de 2014 (nº 144/2014), la reciente Sentencia del Juzgado de lo Social nº de Toledo, de 27 de noviembre de 2014 (nº 667/2014), o la aún más reciente Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, de 5 de noviembre de 2014.

presentada en la “Inaugural Conference of the Labour Law Research Network”, celebrada en Barcelona los días 13, 14 y 15 de junio de 2013. Disponible en: http://www.upf.edu/gredtiss/_pdf/2013-LLRNConf_Chacartegui.pdf.

- FUNDACIÓN 1 DE MAYO (Ed.), *Reforma laboral, derechos sociales y Carta Social Europea*. Colección Cuadernos (31), 2013. Disponible en: <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/Cuaderno31.pdf>.
- PÉREZ REY, Joaquín, *Un nuevo golpe al contrato estrella de la reforma laboral*. Disponible en blog de Antonio Baylos: <http://baylos.blogspot.com.es/2014/12/un-nuevo-golpe-al-contrato-estrella-de.html>.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo, *Sobre la ilegalidad del periodo de prueba en el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores y la importancia de la normativa internacional. Nota a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona de 19 de noviembre*. Disponible en su página web (el blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales): <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/12/sobre-la-ilegalidad-el-periodo-de.html>.
- SALCEDO BELTRÁN, Carmen, “Incumplimiento por España de los tratados internacionales: Carta Social Europea y período de prueba”. *Revista de Derecho Social* (64), 2013, pp. 119-134.
- SALCEDO BELTRÁN, Carmen, “Jurisprudencia del Comité Europeo de derechos Sociales y período de prueba del Contrato de Apoyo a Emprendedores: La aplicación del control de convencionalidad en España”. *Revista jurídica de los derechos sociales* (vol.4 núm. 2), 2014, pp. 29-56. Disponible en: http://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/1101