

### El período de prueba debe concretarse en el contrato de trabajo.

**Eduardo Rojo Torrecilla**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona*

**Resumen:** *La sentencia analizada aborda un conflicto laboral que se suscita por la extinción del contrato de trabajo de una trabajadora embarazada durante el periodo de prueba. Es objeto de debate si es válida o no una cláusula genérica del contrato en la que se dispone que la duración de dicho período será "según convenio o artículo 14 del ET". El TS concluye que no es válida porque la duración debe constar de manera concreta en el contrato. Al tratarse de una trabajadora embarazada, y en aplicación de su consolidada jurisprudencia, califica la extinción de despido nulo por no haber quedado probada la causa alegada por la empresa.*

**Palabras clave:** *Periodo de prueba. Contrato de trabajo. Ley. Convenio colectivo. Jerarquía normativa.*

**Abstract:** *The judgment under analysis deals with a labour dispute arising from the termination of the employment contract of a pregnant worker during the trial period. The subject of debate is whether or not a generic clause in the contract stipulating that the duration of this period will be "in accordance with the agreement or article 14 of the ET" is valid or not. The Supreme Court concludes that it is not valid because the duration must be specified in the contract. In the case of a pregnant worker, and in application of its consolidated case law, it classifies the termination as a null dismissal because the cause alleged by the company has not been proven.*

**Keywords:** *Probationary period. Employment contract. Law. Collective agreement. Hierarchy of norms.*

---

### I. Introducción.

Es objeto de examen la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 9 de diciembre. La resolución judicial desestima, en los mismos términos que el preceptivo informe emitido por el Ministerio Fiscal, el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la parte empresarial contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia el 20 de junio de 2019 (Rec. 1278/2019). La Sala autonómica había desestimado con anterioridad el recurso de suplicación interpuesto por la empresa contra la sentencia dictada por el JS núm. 4 de A Coruña el 15 de noviembre de 2018, que estimó la demanda interpuesta por una trabajadora, en procedimiento por despido, y declaró la nulidad de la extinción del contrato decidida por la parte empresarial, con condena a la empresa a la readmisión de aquella y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido.

El especial interés de la sentencia radica en la afirmación de la tesis de la necesaria concreción de la duración del período de prueba en el contrato de trabajo, obviamente si se pacta el mismo, sin que baste en absoluto una remisión genérica al art. 14 de la LET o a aquello que se disponga en el convenio colectivo de aplicación.

Dicho de forma clara y contundente, anticipando por mi parte la tesis central del alto tribunal, si se pacta un período de prueba su duración ha de ser clara y constar expresamente en el acuerdo contractual, y por consiguiente si no es así no se ha formalizado un período de prueba y la extinción decidida por la empresa basándose en no superación de un periodo de prueba inexistente es un despido sin causa, que en el supuesto, como así ocurre en esta ocasión, de afectar a una trabajadora embarazada, debe declararse nulo a todos los efectos.

## **II. Identificación de la resolución judicial comentada.**

**Tipo de resolución judicial:** Sentencia

**Órgano judicial:** Tribunal Supremo. Sala de lo Social,

**Número de resolución judicial y fecha:** 1246/2021, de 9 de diciembre.

**Tipo y número de recurso o procedimiento:** RCUUD núm. 3340/2019.

**ECLI:ES:TS: 2021:4760**

**Fuente:** CENDOJ

**Ponente:** María Luisa Segoviano Astaburuaga

**Votos particulares:** carece.

## **III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes.**

El litigio en sede judicial encuentra su razón de ser en la presentación de una demanda, como ya he apuntado antes en procedimiento por despido, por parte de una trabajadora tras recibir un burofax de la empresa en la que comunicaba la extinción del contrato de trabajo por la no superación del período de prueba.

De los hechos probados de la sentencia de instancia interesa destacar que el contrato fue suscrito el 2 de enero de 2018, previo proceso de selección de personal a cargo de una empresa especializada, en el que la entonces candidata informó de su estado biológico de embarazo, al igual que lo hizo a la empresa posteriormente contratante. En el contrato, de duración indefinida, se pactó un período de prueba “según el convenio o art.14.1 del ET”, siendo la categoría de la trabajadora la de “titulado de grado medio”, con prestación de servicios a jornada completa. La comunicación de la extinción se produjo el 23 de abril, y cuatro días antes la trabajadora comunicaba su baja por IT de la misma fecha expedida por el Servicio Gallego de Salud (SERGAS) y con una duración estimada de 29 días.

## **IV. Normativa aplicable al caso.**

Interesa ahora señalar, para poder seguir con el hilo conductor del caso, que el art. 14.1 de la LET dispone que “Podrá concertarse por escrito un periodo de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. En defecto de pacto en convenio, la duración del periodo de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el periodo de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados”.

Por su parte, el convenio colectivo de aplicación, estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública disponía en su art. 10.1 que “podrá concertarse por escrito un período de prueba que, 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”.

## **V. Doctrina básica.**

### **1. La sentencia del TSJ de Galicia.**

Contra la sentencia de instancia se interpuso recurso de suplicación al amparo del art. 193, apartados b) y c) de la LRJS, que fue impugnado por la parte actora y planteando además dos revisiones fácticas y un motivo de oposición subsidiario.

La petición de modificación del hecho probado segundo, relativa a la concreción de cuál era el convenio colectivo aplicable no se acepta por la Sala ya que en el contrato solo había una referencia genérica al convenio, si bien, como sabemos tras la lectura de las sentencias, será de aplicación el anteriormente citado y al que se hacía mención en la petición de modificación.

Respecto a las modificaciones fácticas solicitadas por la parte trabajadora demandante en instancia, se acepta la incorporación de que la empresa recibió el 20 de abril el burofax por el que aquella le comunicaba su baja. Por el contrario, se rechaza la petición (presentada como prueba documental) de incorporación del texto de diversos correos dirigidos por el director general de la empresa a la trabajadora y al director comercial, por no considerarlos documentos hábiles al efecto del recurso y que permitan desvirtuar las conclusiones alcanzadas por el juzgador de instancia. Subraya la sentencia del TSJ, con sustento en el art. 97 de la LRJS (“la sentencia... apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión, en particular cuando no recoja entre los mismos las afirmaciones de hechos consignados en documento público aportado al proceso respaldados por presunción legal de certeza..”) la importancia de la valoración conjunta de todas las pruebas que corresponde a dicho juzgador y en donde habrá analizado todas las aportadas para llegar a una conclusión, sosteniendo, con corrección jurídica a mi parecer, que “Los correos electrónicos no constituyen un documento que permita concluir de forma clara y absolutamente incontrovertida, los asertos que se sostienen, ya que este tipo de prueba que es documental electrónica carece de los requisitos necesarios para acreditar, a efectos del recurso de suplicación, un determinado hecho, desvirtuando las conclusiones alcanzadas por el Magistrado de instancia, previa valoración conjunta de la prueba aportada y practicada. Debe destacarse, además, que este tipo de documentos a los que, de ordinario, se adjuntan datos, únicamente, pueden ser objeto de completa y adecuada valoración en la fase de instancia, en donde el juzgador puede contrastar su contenido y considerarlo acreditado, mediante la valoración de otras pruebas, especialmente, la testifical o los interrogatorios de las partes, pues los mismos, no dejan de reflejar comunicaciones o manifestaciones que éstas, intercambian entre sí”.

A continuación, el TSJ entra en el examen del motivo del recurso basado en la infracción de la normativa y jurisprudencia aplicable, que apoya la parte recurrente en un amplio arsenal normativo, ya que además de la alegación de infracción de los preceptos legal y convencional anteriormente citados, se afirma que también se ha producido la de los arts. 49.1 y 55.5 b) de la LET, que regulan las causas de extinción del contrato y la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas salvo que exista una causa de extinción que no guarde relación con el embarazo, respectivamente. Por otra parte, se alega infracción de diversos preceptos del Cc que se refieren a la interpretación de los contratos, en concreto los arts. 1281 a 1285. También se alega vulneración de la doctrina sentada por el TS en su sentencia de 5 de octubre de 2011

(Rec. 3637/2010) y de la acogida en varias sentencias de TSJ, siendo claro que estas últimas, así lo recuerda la Sala gallega y lo reiterará el TS, no crean jurisprudencia, añadiéndose además por aquella que manifiesta su discrepancia con las que aceptan la tesis contraria a la que recogerá en su sentencia.

Dado que el debate se centró en la existencia o no de una actuación empresarial que podía implicar la nulidad de su decisión de extinción del contrato por afectar a una trabajadora que se encontraba embarazada, y cuyo estado biológico ya era conocido por la empresa en el momento en que se procedió a su contratación, el TSJ procede a un amplio y cuidado repaso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del TS sobre la protección de que deben gozar las trabajadoras embarazadas ante una decisión empresarial como es la que en principio se plantea en el litigio, subrayándose su especial vinculación con el principio de no discriminación por razón de sexo al que se refiere el art. 14 de la CE, y la especial protección de que goza desde el momento del embarazo, sin obligación alguna de comunicar su estado biológico a la parte empleadora, ya que el embarazo “pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener – legítimamente – preservado del conocimiento ajeno”.

Más adelante, la Sala autonómica procede a un buen análisis de los dos grados de tutela de que disfruta la trabajadora por razón de su embarazo: uno de carácter objetivo, basado en su estado biológico y que opera durante toda la vida laboral, sin que importe en absoluto que el sujeto empleador tenga conocimiento del mismo; y otro, de especial protección contra una actuación discriminatoria, que obviamente también opera durante toda la vida de la relación laboral y que en caso de poder acreditarse, mediante primeramente la aportación de indicios y la posterior traslación de la carga de la prueba al empleador, puede dar lugar a la condena a una indemnización.

En la sentencia de instancia no se apreció la existencia de discriminación, y aunque la parte actora insiste en esta tesis en el motivo jurídico alegado en la impugnación del recurso de la parte empresarial, no se acepta tal tesis por la Sala, tanto porque la baja de la trabajadora por IT no implica que la extinción pueda llegar a ser discriminatoria, ya que se requeriría, tal como añadido yo por mi parte ha declarado la jurisprudencia del TJUE y acogido el TS, que pudiera asimilarse a una discapacidad, y además porque la empresa ya conocía el embarazo cuando contrató a la trabajadora.

Creo que estas tesis de la Sala, que no dejan de confirmar las de instancia, pudieran verse alteradas si se hubiera valorado con mayor detenimiento la vinculación entre la comunicación de la baja el 19 de abril y la decisión empresarial que se produce cuatro días después, que no considera como indicio de discriminación por valorar que las dos razones antes citadas lo desvirtúan. No es objeto de este comentario el análisis de la discriminación por razón de embarazo, pero sí dejo apuntado que me parece algo más que una mera casualidad el momento en que se produce la decisión empresarial, y mucho más, como veremos a continuación, que aún no se había cumplido el período máximo de duración del período de prueba, idéntico (seis meses) en la norma legal y en la convencional.

Desestimada pues la existencia de una conducta discriminatoria por la parte empleadora, el debate jurídico se centra a partir de entonces, y será sobre el que girará después la sentencia del TS, sobre si ha sido ajustada o no derecho la decisión empresarial, el desistimiento del contrato durante el período de prueba, ya que de no ser así la consecuencia anudada a su decisión sería la de su nulidad por afectar a una trabajadora embarazada (protección objetiva y automática).

Tenemos conocimiento en primer lugar de las dificultades que tuvo el juzgador de instancia para determinar cuál era el contrato que debía tomarse en consideración, al haber (¿) varias versiones, aceptando como válida, correctamente a mi parecer, la que llevaba el sello del servicio público de empleo y en el que se incluía la mención a la cláusula anteriormente enunciada sobre el período de prueba.

Partiendo ya del conocimiento de cuál es el contenido del contrato, la duda jurídica versa sobre la existencia o no de un periodo de prueba, ya que la parte empresarial sostiene que la redacción de la cláusula contractual significaba que se había pactado el período de seis meses. Pues bien, será rechazada esta tesis por el TSJ, y en la misma línea se pronunciará después el TS, ya que tanto en la LET como en el convenio se fija un periodo máximo de duración temporal del periodo de prueba, siendo necesario que la duración concreta se pacte y se fije en el contrato que suscriban las partes, siendo así que aquello que se establece es la posibilidad de fijar un período de prueba cuya duración máxima sí queda establecida, pero no queda la concreta de cada contrato e incluso es posible que no se establezca, entendiéndolo la Sala, haciendo suya la tesis del juzgador de instancia, que “la duda u oscuridad creada por la referida remisión ha sido resuelta acertadamente... en el sentido de tener por no establecido período de prueba (art. 1288 del Código Civil)”. Recordemos que dicho precepto dispone que “La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”.

Si no ha existido periodo de prueba, que es la tesis del TSJ, no existe una causa que justifique la extinción del contrato indefinido, por lo que tratándose de una trabajadora embarazada solo cabe declarar la nulidad de la decisión empresarial que bajo la apariencia de un desistimiento encubre un despido. Tras recordar el amplio margen de disponibilidad jurídica de que dispone la parte empresarial para dar por extinguido el contrato durante el período de prueba, concluye que ello no es posible en el caso enjuiciado, ya que “si como sucede en este caso, el cese no se produjo en período de prueba, sí era preciso que la empresa alegara causa concreta, así como que cumpliera formalidad para el indicado cese no siendo suficiente la alegación de no superación del período de prueba”.

## 2. La sentencia del TS.

Contra la sentencia de instancia se interpuso RCU por la parte empresarial, aportándose como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid el 7 de junio de 2006 (Rec. 1133/2006)

Con prontitud centra la Sala la cuestión a dar respuesta, cuál es de determinar “si es válido el período de prueba que se ha pactado en el contrato de trabajo haciendo constar que su duración será “según convenio o artículo 14 del ET”.

Tras repasar los hechos probados en instancia y la fundamentación jurídica de la sentencia del TSJ, se procede a examinar la existencia o no de la contradicción requerida por el art. 219.1 de la LRJS para que fuera admitido a trámite el RCU y posteriormente ser resuelto. Su existencia es clara y manifiesta, tal como se deduce de la lectura de ambas resoluciones judiciales y de sus fallos, ya que, siendo el mismo debate, la sentencia recurrida niega que se haya pactado un período de prueba concreto, mientras que la de contraste sí lo afirma por entender que es el de seis meses fijado e el convenio y aunque se trate de una duración máxima.

Para una mejor comprensión de la tesis contraria a la de la sentencia recurrida, reproduzco un fragmento del fundamento de derecho segundo de la sentencia aportada de contraste:

“hay que convenir con el recurrente en que ha habido, ante todo, una voluntad inequívoca de las partes de establecer un período de prueba, ya que no solamente aparece en el contrato, sino en la oferta de la empresa (folio 51, documento 5 de la parte actora). Siendo así, no resulta adecuado a esa voluntad firmemente expresada el negar la validez de la estipulación por no haber fijado concretamente la duración, pues en este punto opera la remisión que no es genérica ni imprecisa, sino con referencia expresa al convenio colectivo aplicable, de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos. Ciertamente el convenio establece cuál puede ser la duración máxima, pero si no se ha expresado otra cosa y consta la voluntad de fijar un período de prueba con arreglo al convenio, hay que entender que la duración es la que se ha establecido en el convenio, y que si se hubiera querido fijar otra duración inferior se habría hecho

constar así. En este sentido hay que estar al art. 1284 del Código Civil según el cual, si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca sus efectos y ello obliga en este caso a interpretar que la duración del período de prueba era de seis meses, que es el que el convenio establece, aunque sea como máximo, para titulados superiores. De no entenderse así, se estaría privando de efectos a la cláusula en contra de lo previsto por el mencionado precepto sobre la interpretación de los contratos”.

Justamente esa tesis será la que defienda la parte empresarial, como ya había hecho en suplicación, al defender que se había ajustado a lo dispuesto en la cláusula convencional aplicable, y también a lo previsto en la LET, y que carecería de sentido jurídico entender que se ha operado de manera contrario a derecho “en base a una inexistente indeterminación de la cláusula”, apoyándose en jurisprudencia del TS y en doctrina que a su parecer avalarían plenamente la tesis de que la remisión al periodo de prueba que se efectúa en la cláusula convencional “se ha de entender referida a la duración fijada en el convenio colectivo aplicable o Estatuto de los trabajadores, como máxima para la categoría del trabajador”.

Procede la Sala, en la misma línea que efectúan las sentencias del TJUE, a un repaso de la normativa, legal y convencional, aplicable, y se acerca a continuación a dos sentencias de la Sala en las que se aborda la problemática del periodo de prueba, si bien concluye inmediatamente que no ayudan a solventar el presente caso porque solo se refieren a la obligación de que el periodo se pacte por escrito en el contrato de trabajo. Se trata de las sentencias de 12 de enero de 1981 (número de Resolución 391/1981), y de 5 de octubre de 2001 Rec. 4438/2000).

Como ya he indicado con anterioridad, la Sala confirmará las tesis del TSJ y rechazará el RCU. En síntesis esta es su argumentación, cuya fundamentación comparto en orden a garantizar un real y efectivo conocimiento por parte de la persona trabajadora del periodo de prueba pactado en su contrato, además de una razón, si me permiten decirlo de esta forma, de índole práctica, cual es que es muy factible que quien suscribe un contrato de trabajo lea íntegramente su contenido, mientras que el conocimiento de aquello que se disponga en una norma legal o convencional, y mucho más en el segundo caso si no se trata de un convenio de empresa, le quede mucho más lejos en su conocimiento, aunque ello no reste un ápice, es obvio, al valor jurídico de obligado respeto y cumplimiento de ambos textos.

En primer lugar, que la norma legal, art. 14 LET, abre la posibilidad, que no obligación, de fijar un periodo de prueba si las partes así lo acuerdan y siempre que conste por escrito.

En segundo término, que además de constar por escrito debe indicarse con precisión y exactitud cuál es su duración, dentro de los límites establecidos por la normativa convencional aplicable y en su defecto por las reglas fijadas en el art. 14 de la LET.

En tercer lugar, y consecuencia directa de las dos afirmaciones anteriores, se reconoce el derecho de la persona trabajadora a que en caso de fijarse un periodo de prueba por escrito se concrete su duración, ya que no se olvide que durante el mismo ambas partes, y no hay duda de que muy especialmente la parte empresarial, podrán desistir del contrato sin que exista derecho a indemnización. Extinción, además, que se permite de forma muy amplia y sin necesidad de una causa que la justifique, salvo que se entienda, y ello es perfectamente defendible a mi parecer, que se produce porque una de las partes, habitualmente la empleadora, concluye que tras llevar a cabo durante todo o parte de ese periodo “las experiencias que constituyan el objeto de la prueba”, se ha considerado que no han satisfecho las expectativas generadas. Obvio es recordar que la extinción no puede producirse con alegación de no haber superado el periodo de prueba que en realidad encubre un motivo discriminatorio, como es lo que se planteó inicialmente en el litigio ahora analizado.

## **VI. Parte dispositiva.**

En aplicación de todo lo anteriormente expuesto al caso concreto, y en atención a la redacción del art. 14 de la LET y el art. 10 del convenio colectivo aplicable, se concluye que no ha existido la fijación en el contrato de trabajo de un concreto y preciso período de duración de la prueba, ya que en ambos preceptos solo se estipula una duración máxima de tal periodo, que efectivamente, añadido ya ahora, podría ser el concreto de duración ... siempre y cuando se hubiera indicado expresamente en la cláusula contractual. Con precisión jurídica y social razona la Sala en el fundamento de derecho quinto que “No estableciendo ni el Convenio Colectivo aplicable, ni el artículo 14 del ET, una duración concreta del periodo de prueba, se crea una grave inseguridad para la persona trabajadora ya que desconoce en qué momento, dentro de la horquilla de seis meses que fijan dichos preceptos, ha finalizado el periodo de prueba. No hay razón alguna para entender que la duración pactada sea de seis meses, ya que se ha hecho una remisión genérica a las citadas normas, pero sin establecer que la duración a la que la remisión se refería era la duración máxima”.

## **VII. Comentario.**

En definitiva, y con ello concluyo, estamos en presencia de un despido sin causa que, al afectar a una trabajadora embarazada y cuyo estado biológico conocía la empresa en el momento de la contratación, debe declararse nulo ex art. 55.5 b) de la LET y 108.2 b) de la LRJS.

Una sentencia que sin duda debe merecer la atención de las direcciones de recursos humanos de las empresas, y de las y los profesionales del mundo jurídico laboralista, para redactar con precisión y claridad las cláusulas contractuales.