

EL PERÍODO DE PRUEBA EN LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES

MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO

Profesora sustituta interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: Período de prueba, relaciones laborales especiales, principio de supletoriedad

Es objeto del presente tratar de dilucidar las concomitancias o diferencias que se aprecian entre el tratamiento normativo del período de prueba ordinario y el previsto para las relaciones laborales especiales consagradas legalmente, analizando en cada uno de estos vínculos cuándo las previsiones contempladas en el art.14 del Estatuto de los Trabajadores se aplican supletoriamente.

ABSTRACT

Key words: Probationary period, legal special labor relations, supplementary principle

It is the object of the present to try to elucidate, in each one of the legal special labor relations, the concomitances or differences that are appreciated between the normative treatment of the ordinary probationary period and the one foreseen for the legally consecrated special labor relations, analyzing in each one of these links when the provisions contemplated in article 14 ET are supplementary.

ÍNDICE

1. EL PERÍODO DE PRUEBA EN LAS RELACIONES LABORALES ORDINARIAS: REFLEXIONES EN TORNO AL ART.14 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES
2. EL PERÍODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO DE ALTA DIRECCIÓN
3. EL PERÍODO DE PRUEBA EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE DEPORTISTAS PROFESIONALES
4. EL PERÍODO DE PRUEBA EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL CON ABOGADOS
5. EL PERÍODO DE PRUEBA EN LA RELACIÓN ESPECIAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR
6. EL PERÍODO DE PRUEBA EN LA RELACIÓN DE PRUEBA EN LA RELACIÓN ESPECIAL DE TRABAJADORES MINUSVÁLIDOS
7. EL PERÍODO DE PRUEBA EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE ARTISTAS
8. EL PERÍODO DE PRUEBA EN OTRAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES
9. CONCLUSIONES

1. EL PERÍODO DE PRUEBA EN LAS RELACIONES LABORALES ORDINARIAS: REFLEXIONES EN TORNO AL ART.14 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

La regulación genérica de esta tradicional institución jurídica se halla en el art.14 del Estatuto de los Trabajadores¹, sin que este precepto haya experimentado modificaciones relevantes en cuanto a su comprensión y alcance.

¹ Art.14 Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre:”1. 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.

En el supuesto de los contratos temporales de duración determinada del artículo 15 concertados por tiempo no superior a seis meses, el periodo de prueba no podrá exceder de un mes, salvo que se disponga otra cosa en convenio colectivo.

El empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba.

Será nulo el pacto que establezca un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.

2. Durante el periodo de prueba, el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso.

3. Transcurrido el periodo de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador en la empresa.

Las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad, que afecten al trabajador durante el periodo de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes.”

De esta manera, el período de prueba se ha concebido como instrumento que sirve a los intereses del empresario y trabajador concediéndoles la oportunidad de desvincularse de la relación, sin por ello sufrir consecuencia pecuniaria de ningún tipo y careciendo de relevancia jurídica el verdadero motivo que tienen las partes para desasirse de aquella.

Naturalmente, y toda vez que nuestro Derecho del Trabajo descansa sobre el principio de conservación del negocio, el particular efecto que entraña el período de prueba sobre la relación laboral es de naturaleza eminentemente temporal. Esto es, resultaría de todo punto inconcebible acordar un lapso probatorio de duración superior al que se haya pactado como total del contrato de trabajo, tildándose de abusiva aquellas otras cláusulas probatorias que prevén una duración temporal superior a la que objetivamente es necesaria para desplegar todas las habilidades y actitudes que conforman un determinado puesto de trabajo².

Pero, y dado que determinadas relaciones de trabajo presentan rasgos particulares, no es imaginable que junto a ese régimen general recogido en el artículo referenciado existan otras especialidades que únicamente se aplicarán a determinados vínculos laborales en atención a la peculiaridad del trabajador contratado o al objetivo al que sirve el contrato de trabajo suscrito. Es precisamente este el sentido del presente: analizar las regulaciones específicas o especiales del período de prueba que se entablan a través de las distintas relaciones laborales especiales, a fin de cuestionar y verificar si efectivamente lo que formalmente se denomina como tal es auténticamente el período de prueba en el sentido esbozado en este primer apartado.

Fuera de este estudio han quedado otras figuras contractuales a las que el legislador formalmente no ha considerado como especiales pero que presentan una idiosincrasia propia que les hace merecedoras de una regulación diferente a la común, tales y como son los socios trabajadores de una cooperativa de trabajo asociado, los empleados públicos, el personal que presta servicios en el sector de la minería, del mar o los que lo hacen para una empresa de seguridad privada³

² Queda fuera del presente estudio el análisis del período de prueba previsto para los contratos indefinidos de apoyo a emprendedores (Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, art.4) que tienen –a pesar de ser estos una modalidad de contratación prevista para las relaciones laborales ordinarias- su propia regulación en cuanto al período de prueba se refiere, existiendo dudas más que razonables acerca de la falta de coincidencia entre las cláusulas probatorias automáticamente incorporadas en estos tipos de contrato y las que se puedan estipular en cualquier otra relación laboral indefinida o eventual.

³ Véase la clasificación que al efecto nos dispensa Cruz Villalón, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, 2017, Ed. Tecnos, Madrid, op.cit. pág. 53.

2. EL PERÍODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO DE ALTA DIRECCIÓN

La calificación de relación laboral especial al contrato que se entabla entre empleador y personal de alta dirección se desprende explícitamente del art.2.1.a) del Estatuto de los Trabajadores. Con base a esa especialidad –derivada fundamentalmente de las peculiaridades bajo las cuales se va a desenvolver esta relación y del propio cometido encargado a este particular trabajador- surge una norma que específicamente va a tratar de su régimen jurídico: el Real Decreto 1382/1985⁴.

Esto supone que la legislación laboral común solamente se aplicará en las situaciones en las que las partes así lo hubieran convenido o en los casos de remisión expresa del texto normativo específico. Tal y como la doctrina científica se ha encargado de precisar, las fuentes de regulación de esta relación se encuentran en el propio Real Decreto (concibiendo a alguno de sus apartados como derecho indisponible para las partes⁵), el Estatuto de los Trabajadores (vía remisión expresa) y lo que constituye el pilar que sustenta la relación con el alto directivo: la autonomía de la voluntad de los contratantes.

Pero antes de detenernos en la materia propia de nuestro estudio, nos parece de utilidad recordar qué hemos de entender por “personal de alta dirección”. Esta calificación se reserva para el trabajador que ejercita poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, actuando con plena autonomía y responsabilidad.

Ya, desde la definición, se puede observar cómo el alto directivo ostenta una especial posición en el seno de la empresa. Así, a grandes rasgos, toma decisiones que inciden en la gestión y en áreas funcionales vitales de la actividad empresarial⁶, recibiendo instrucciones directamente del empresario. Siendo este el concepto, es deducible cómo en este tipo de relaciones adquiere mayor relevancia el despliegue de las capacidades personales del trabajador. El fundamento de este

⁴ Tradicionalmente, la prestación de servicios calificada como de alta dirección, estuvo excluida del ámbito del Derecho del Trabajo “y se conecta con los propios orígenes de la disciplina”: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes y contenido”, *La Ley, Relaciones Laborales, Sección Doctrina*, 1986, Tomo 1, pág. 144.

Aparece por vez primera en la Ley de Relaciones Laborales de 1976 (Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales) aunque no adquiere su dimensión específica hasta la promulgación del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

⁵ Así, el ámbito subjetivo, la forma del contrato, las fuentes de regulación, el tiempo máximo de duración de la prueba, pactos de no competencia y no concurrencia, entre otros.

⁶ STS 2 de enero de 1991 (RJ 1991/43); STS de 4 de junio de 1999 (RJ 1999/5067).

tipo de relación radica en la recíproca confianza de las partes, lo que implica que ambas están sometidas escrupulosamente al principio de la buena fe.

Todo el régimen legal en torno a la figura del alto directivo está construido con base a esta máxima, razón por la cual el principio de libertad contractual aquí alcanza su máxima expresión a la hora de regular cómo se desenvolverá la relación.

Del merecimiento de un régimen especial tampoco se escapa el período de prueba⁷. Con relación a este, la única referencia legal se realiza con relación a los contratos que las partes han decidido formalizar bajo la modalidad indefinida. En estos supuestos, el tope máximo de la prueba de carácter indisponible⁸ es de nueve meses.

Como se puede constatar, en este tipo de relación el legislador claramente ha optado por fijar un lapso superior al ordinario para el período de prueba⁹, quizás motivado por la peculiaridad de los servicios contratados —que, acaso, requieren una mayor cualificación profesional— y por las altas dosis de especial confianza que sustenta la relación.

De esta aseveración extraemos la importancia del elemento personal que procura una flexibilización de la regulación del período de prueba en este singular contrato y que nos remite al sentido al que obedece la institución probatoria: comprobar in situ las capacidades técnicas y actitudinales del trabajador contratado¹⁰.

⁷ Art.5 Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto: “Uno. En el contrato especial de trabajo del personal de alta dirección podrá concertarse un período de prueba que en ningún caso podrá exceder de nueve meses, si su duración es indefinida.

Dos. Transcurrido el período de prueba sin que se haya producido desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador de alta dirección de la Empresa.”

La “recíproca confianza” es el argumento que, a juicio de Rodríguez- Piñero y Bravo-Ferrer, M. (“El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido”, op.cit) sirve para explicar la elevación del módulo temporal del período de prueba en esta singular relación.

⁸ Ballester Pastor, M.A.: *El período de prueba*, Ed. Tirant Lo Blanch “Colección Laboral”, Valencia, 1995, pág. 70: “Se trata de una duración máxima imperativa para la autonomía individual y para la colectiva”; STSJ Cataluña de 24 de noviembre de 1997, AS 1997/3943: en el contrato se señalaron diez meses de período de prueba, pero el tribunal entiende que el límite normativo es de carácter indisponible.

⁹ Recuérdese que el legislador en el art.14 del Estatuto de los Trabajadores señala distintas duraciones del lapso probatorio, no obstante la superior es la de seis meses que se destina para los técnicos titulados.

¹⁰ La institución del período de prueba es el mecanismo puesto a servicio del empleador que le permite comprobar la idoneidad de su trabajador en lo que hace al puesto que este ocupa. Esa idoneidad no se ciñe al aspecto netamente profesional, sino que se extiende a su dimensión más personal, aquella que enraíza con sus cualidades humanas. En este sentido, y a título de ejemplo,

La reflexión anterior la hemos realizado desde la óptica de la defensa de los intereses empresariales, pero si optamos por una visión desde el prisma del trabajador no podemos dejar de compartir la opinión de nuestra doctrina especializada que manifiesta que “Quizá, pocos supuestos justifican el contrato a prueba desde el provecho recíproco de las partes contratantes; la relación laboral especial de alta dirección, sin embargo, es la excepción”¹¹.

Justificado (se comparta o no) queda la elevación del tope máximo legal del período de prueba en esta especial relación cuando se concierta por tiempo indefinido, pero ¿qué ocurre con la cláusula probatoria cuando el contrato suscrito con el alto directivo es de naturaleza eventual? Al no existir referencia legal expresa en este punto, podemos vacilar no solo acerca del tratamiento jurídico que haya de dispensársele, sino que incluso se pueden albergar dudas acerca de si es o no factible este tipo de pacto.

Así, con base a una interpretación literal¹² aparecen partidarios de entender

STS de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008/6970): el párrafo segundo del art.14.1 del ET “evidencia que el fin del período de prueba es acreditar la idoneidad del trabajador para el empleo que motiva el contrato y el logro de ese objetivo lo condiciona todo. Por ello si el trabajador no acredita la aptitud debida puede el patrono desistir del contrato libremente”, el concepto de idoneidad englobaría tanto las capacidades netamente profesionales como las personales que se despliegan en el puesto de trabajo asignado; Implícitamente, la STS de 12 de noviembre de 2007 (RJ 2008/701) al afirmar que la institución está para que el empresario “pueda valorar las actitudes del trabajador y la conveniencia de mantener el vínculo contractual asumido”.

De igual modo, para el trabajador será de máxima utilidad conocer durante esta fase: “el ambiente, si su capacidad es adecuada, el sistema de trabajo, la organización, la relación de los elementos de ésta”; STSJ La Rioja 21 de marzo de 2011 (JUR 2011/132444) o STSJ Madrid de 30 de septiembre de 2009 (AS 2009/2873), entre otras.

¹¹De Val Tena, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Colección Estudios de Derecho Laboral, Director Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, Civitas, Madrid, 1998, pág. 113, en la nota 262 manifiesta que es “mayoritaria la doctrina que sostiene el interés recíproco en el establecimiento de la prueba. Así, Fernández López, M.F, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1382/1985, (I)”, *Relaciones Laborales*, Tomo 1, 1988, págs. 193-194; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido, op.cit., pág.144: “En el caso de los altos directivos , no son sólo sus conocimientos técnicos, sino que por su situación en la empresa debe poner en juego una serie de cualidades personales y de habilidades de las que depende mucho el éxito de su función, Por ello se ha podido hablar de la «indispensabilidad» del período de prueba para los directivos, ya que el éxito del alto directivo dependerá «no sólo de su competencia técnica, sino también de sus cualidades personales» (Sala Franco) . En este período el directivo podrá comprobar además si el empleo que se le ha ofrecido le conviene no sólo por las condiciones laborales, sino también por las posibilidades de éxito de su misión.

¹²Sala Franco, T.: *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Deusto, Bilbao, 1990, pág. 44; Borrajo Dacruz, E.: “El personal de alta dirección en la empresa”, REDT (Civitas) núm. 22, 1985, Disponible en La Ley [en línea]. LA LEY 4209/2001; Fernández Márquez, O.: “El periodo de prueba en el contrato de trabajo”, op.cit., al considerar que el período de prueba

que no cabe la previsión de la prueba cuando la relación de alta dirección es de carácter temporal. No faltan, no obstante, opiniones en contra al entender¹³ que no es esta conclusión coherente con el espíritu que preside el entendimiento de la figura estudiada.

Si admitimos la licitud del período de prueba también para los contratos eventuales suscritos con el personal de alta dirección (y, a nuestro juicio, es la conclusión más acorde con la finalidad que persigue la prueba toda vez que el objetivo del instituto es independiente a la modalidad contractual seleccionada) el siguiente problema sería señalar su plazo máximo. En lo que se refiere a este punto, parte de la doctrina¹⁴ indica que la misma duración que se ha fijado como tope máximo para los contratos indefinidos sería la que vincularía también a los contratos temporales cuando estos tuvieran una duración superior a nueve meses. Esta línea de interpretación descarta¹⁵ la aplicación de las previsiones temporales del art. 14 del Estatuto de los Trabajadores, por cuanto este texto tan solo sería aplicable en las hipótesis en las que el Real Decreto de regulación de esta relación especial así lo prevea (circunstancia esta que no acaece) o cuando las partes hacen constar su deseo expreso en este sentido, no sin opiniones en contra que defienden la aplicación automática del precepto de la norma laboral común¹⁶.

No hay que desconocer¹⁷ -y dado que la norma no lo prohíbe- la tesis que admite la posibilidad de concertar el período de prueba en las relaciones coyunturales, fijándose la duración que las partes estimen por conveniente, sin perjuicio de un hipotético ulterior examen -y declaración en su caso de nulidad de la cláusula- de abusividad que habría que realizar analizando caso por caso. Con esta afirmación se logra respetar el sistema de prelación de fuentes establecido en el Real Decreto de aplicación.

Entendemos que las razones expuestas son más que suficientes para alcanzar la conclusión antes citada. Acaso podría añadirse el especial papel regulador

no tiene sentido en los contratos temporales y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido”...op.cit: “podrá concertarse... si... es indefinida» no puede sino significar que sólo podrá concertarse en tal caso y que no podrá concertarse en otro caso.”

¹³ Ballester Pastor, M.A.: *El periodo de prueba* Ed. Tirant Lo Blanch “Colección Laboral”, Valencia, 1995, pág. 70.

¹⁴ Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M.E.: *Derecho del Trabajo*, Civitas, 26ª Ed., 2009, pág. 75.

¹⁵ Ballester Pastor, M.A.: *El periodo de prueba*, op.cit. pág.70. En el mismo sentido, De Val Tena, A.L : *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.114.

¹⁶ De Val Tena, A.L: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit, pág.114 cita a Molero Manglano, C.: *El contrato de alta dirección*, Civitas, 1995, pág. 297.

¹⁷ De Val Tena, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 114 y 115.

que las partes tienen en esta modalidad de contratación para encauzar su relación de trabajo.

En lo que se refiere al resto de aspectos que caracterizan el período de prueba tampoco se hallan contemplados en la norma de referencia. El objeto de la prueba en estos especiales contratos coincide con el que pueda establecerse en cualquier otra relación ordinaria, consistiendo la llamada a la realización de las experiencias en concederle la posibilidad al trabajador de que ejerza “la función para la que ha sido contratado”¹⁸.

El precepto comentado cierra el tratamiento estableciendo las consecuencias que tendría para las partes la continuidad de la relación tras la prueba. En este sentido, señala –al igual que lo hace el Estatuto de los Trabajadores– que el período de vinculación previo se tendrá en consideración al objeto de determinar la antigüedad del trabajador en la empresa.

Acaso la inercia del entendimiento de la prueba en nuestro Derecho laboral común ha hecho surgir el interrogante acerca de si para entenderla constituida era o no necesario que se estableciera por escrito, por cuanto el legislador ad hoc no había expresado su voluntad explícita en este sentido. Debe recordarse en este punto que el establecimiento de la prueba en cualquiera de las relaciones laborales ordinarias exige la previsión expresa con cada uno de los trabajadores afectados por aquella o expresado de otro modo que la constancia explícita y por escrito de la cláusula probatoria es un requisito ad solemnitatem, sin que se pueda presumir su existencia ni siquiera si estuviera contemplada como obligatoria en convenio colectivo.

Ante esta actitud silente de la norma que regula el período de prueba en el contrato especial de alta dirección, se interpreta que no se puede presumir su existencia en todos y cada uno de los contratos de alta dirección suscritos, pero su establecimiento no se encuentra condicionado al requisito previo de su consignación por escrito¹⁹.

De cualquier forma, estas omisiones normativas, esta “regulación parcial”²⁰, también han provocado la pregunta doctrinal acerca de cómo es la extinción que podría instarse bajo su vigencia, exponiéndose que el desistimiento es libre²¹, siendo innecesario el preaviso e inoperante la

¹⁸ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido” op.cit.

¹⁹ Ballester Pastor, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág.70. En el mismo sentido, De Val Tena A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.115.

²⁰ De Val Tena, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.114.

²¹ *Ibidem*. De Val sostiene el carácter libre del desistimiento por ser connatural al período de prueba y también por la previsión contenida en el art.5.2 “sin que se haya producido desistimiento”;

indemnización prevista con carácter general en los artículos 10 y 11 del Real Decreto 1382/1985²².

No creemos sea factible otra interpretación. La característica que dota de impronta propia al instituto probatorio del art.14 del Estatuto de los Trabajadores es la facultad que tienen las partes de poner fin a la relación laboral sin expresar causa alguna y sin someterse a condición, ni requisito formal o temporal alguno. La cláusula probatoria de los contratos de alta dirección se adapta a la especial naturaleza de la prestación de servicios convenida, pero no difiere en lo que hace a su destino natural, pues si otra fuera la conclusión no podríamos hablar con rigor jurídico del “período de prueba en los contratos de alta dirección”, sino que nos encontraríamos con una figura distinta a la que hoy tratamos.

En lo que hace a los derechos que ostenta el alto directivo durante la prueba, debe entenderse que son idénticos a los que goza cualquier otro trabajador aunque no se haya comprometido a este pacto²³ y en lo que hace a las hipótesis que posibilitarían la suspensión del lapso probatorio, se habrá de estar a lo acordado²⁴.

Así pues, entendemos que salvo el máximo legal de carácter indisponible para las partes en los contratos que no tienen una duración determinada, así como en lo relativo a la equiparación de derechos con el resto de la plantilla, todos los demás aspectos pueden ser convenidos por el empresario y por el trabajador, siempre que no se atente a la propia finalidad y virtualidad del instituto del período de prueba.

Esa trasgresión de la concepción jurídica natural del período de prueba se produciría, a nuestro juicio, si se exigieran condiciones adicionales a la facultad de desistimiento natural que se ostenta vigente aquel lapso o se introdujeran elementos que consiguieran pervertir el destino al que la institución ha sido llamada.

De cualquier forma, y con relación a la facultad de desistimiento libre que entraña la prueba, nótese cómo la relevancia de esta no adquiere las cotas de importancia con que sí se concibe para las relaciones laborales ordinarias. Para

en el mismo sentido, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido”, op.cit.

²² Art.10.2 RD 1382/1985: “El empresario tendrá derecho, en caso de incumplimiento total o parcial del deber de preaviso, a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido.”

Art.11.1. in fine: “En los supuestos de incumplimiento total o parcial del preaviso, el alto directivo tendrá derecho a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido.”

²³ Sala Franco, T.: *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, op.cit., pág. 45.

²⁴ *Ibidem*.

alcanzar tal conclusión basta con acudir a la sección normativa que se encarga de abordar el tratamiento de la extinción de este singular contrato y que descansa en la reiterada importancia con que se concibe –desde el inicio, ex art.2 del Real Decreto- el principio de confianza.

Concretamente, el art.11.1 de la norma especial señala la posibilidad de poner fin a la relación laboral por “desistimiento del empresario”, aun cuando este se ha de rodear de una serie de requisitos formales a fin de cumplir con las exigencias reglamentarias, relativos a la necesidad de su expresión escrita y respeto a preaviso.

El desistimiento del que nos habla el último precepto en nada difiere del que se puede manifestar vigente la prueba. Esto es, no se trata de una modalidad de terminación contractual causal que descansa en un previo incumplimiento del trabajador²⁵, aun cuando los efectos que genera el desistimiento formulado por el empresario una vez se ha superado el período de prueba sí son diferentes, por cuanto generan para la persona del trabajador derecho a la indemnización.

Es decir, la facultad de desistimiento que define a la institución probatoria en esta singular relación no alcanza –a nuestro juicio- la dimensión e importancia que sí posee con respecto a las relaciones laborales ordinarias. Recuérdese que la facultad de desistimiento libre por parte del empresario no tiene cabida en nuestro Estatuto de los Trabajadores más allá de la prueba. Por el contrario, en la relación laboral especial de alta dirección la facultad unilateral extintiva acausal del empresario se mantiene vigente durante toda la vida contractual sin ceñirse, por tanto, a un momento temporal concreto.

3. EL PERÍODO DE PRUEBA EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE DEPORTISTAS PROFESIONALES

La progresiva ampliación del ámbito subjetivo de las relaciones laborales ha supuesto que también el colectivo de deportistas profesionales sea considerado como trabajador en el sentido técnico-jurídico del término²⁶. No obstante, no se puede escapar al dato incontestable de la singularidad de la prestación de servicios que se contrata; es precisamente esta circunstancia la que es valorada por

²⁵ STS de 6 de febrero de 1990 (RJ 1990/827): “contempla una causa de extinción que deriva de la recíproca confianza, que, según se reconoce en el artículo 2 del Real Decreto, constituye la característica esencial de esta relación, confianza que puede desaparecer abstracción hecha de un comportamiento del personal de alta dirección que suponga un incumplimiento de sus obligaciones “

²⁶ El precedente normativo se encuentra en la Ley de Relaciones Laborales, Ley 16/1976, de 8 de abril acogiendo el sentir de los tribunales laborales.

el legislador para considerar que estamos frente a otra relación laboral especial (art.2.1.d) del Estatuto de los Trabajadores) que merece una regulación propia (contenida, actualmente, en el Real Decreto 1006/1985, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales).

La normativa reglamentaria que viene a sustituir al Real Decreto 318/1981²⁷, parte del principio general de la prioridad aplicativa de las previsiones contenidas en el Estatuto de los Trabajadores “salvando sólo las especialidades que vienen exigidas por la peculiar naturaleza del trabajo deportivo.”²⁸ La consecuencia de tal premisa es que la norma laboral común se erige en derecho supletorio, lo que a la postre supone –según entiende la doctrina especializada- que estemos frente a una relación laboral que está sometida a la normativa del Estatuto de los Trabajadores, cediendo la aplicación de este tan solo en las hipótesis reguladas expresamente por el Real Decreto 1006/1985.

El segundo sostén del Real Decreto comentado viene constituido por la relevancia que se le concede a la negociación colectiva a fin de regular los aspectos particulares de esta singular relación de trabajo, caracterizada por entablarse “entre quienes se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o de cualquier otra entidad deportiva, a cambio de una retribución”²⁹.

Interesa destacar, a los efectos de este estudio, que a diferencia de lo que ocurría con la relación laboral especial de alta dirección, “El RD 1006/1985 no faculta al club o entidad deportiva para que extinga ad nutum el contrato de trabajo deportivo, ya que para ello necesita alguna de las causas que la citada norma reguladora de la relación laboral deportiva establece”³⁰. Al trabajador, sin embargo, sí se le reconoce el derecho de dimisión (art.16.1 RD 1006/1985)³¹.

²⁷ El Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, deroga al Real Decreto 318/1981, de 5 de febrero.

²⁸ Durán López, F.: “La relación laboral especial de los deportistas profesionales”, Relaciones Laborales, Sección Doctrina, 1985, Tomo 2, La Ley, [en línea]. Disponible en LA LEY 1000/2001.

²⁹ *Ibidem*. Durán López aporta esta definición más precisa que la contenida en el art.1.2 del RD 1006/1985 que pone el acento en el ámbito subjetivo.

³⁰ González del Río, J.M.: “El deportista profesional ante la extinción del contrato de trabajo deportivo”, La Ley, Madrid, Febrero 2008. [En línea]. Disponible en La Ley digital 2108/2010.

³¹ El precepto no señala como obligación el preaviso de la decisión dimisoria, sin perjuicio de los posibles efectos pecuniarios que la conducta intempestiva podría acarrear al trabajador. De igual forma, el artículo señala los presupuestos a contemplar por la jurisdicción laboral a fin de determinar la indemnización a la que puede resultar acreedora la empresa –siguiendo en este punto a Rodríguez Santos, E.: “La dimisión de los deportistas profesionales”, Actualidad Laboral, Nº 1, La Ley, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15, Enero 2007, Tomo 1. [En línea]. Disponible en La Ley digital 4328/2006- .

Esto es, con sus especialidades en absoluto despreciables, el régimen de extinción parte de las mismas consideraciones que sirven de pilares para explicar la finalización de la relación laboral común, a saber: extinciones empresariales causales que contrarrestan con la capacidad de dimisión ad nutum que ostenta el trabajador.

Siendo las mismas premisas las que sirven de sustento para la extinción contractual, lógico es pensar que el período de prueba que se pudiera acordar en este tipo de relaciones entabladas con los deportistas profesionales es similar al de los contratos de trabajo comunes. Y precisamente esa es la conclusión que alcanzamos cuando nos detenemos ante el art.5 del Real Decreto 1006/1985:

“Artículo 5. Período de prueba.-

Podrá concertarse por escrito un período de prueba, cuya duración no podrá exceder de tres meses y que se regirá por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores.”

El período de prueba lejos de ser una imposición legal, continúa fiel a su espíritu y se concibe como una opción que descansa en la voluntad de los contratantes. Para los supuestos en los que se convenga, preceptivamente ha de adoptarse la forma escrita so pena de no tener por puesta tal previsión. Hasta aquí nada diferente de la norma contemplada en el art.14 del Estatuto de los Trabajadores. La única particularidad estriba en el establecimiento del tope máximo que, para estas específicas relaciones laborales, no podrá superior a tres meses.

La razón que avala el establecimiento de un plazo máximo inferior al de la normativa común radica en la propia idiosincrasia de los servicios prestados. Doctrinalmente se ha destacado cómo la relación laboral que se entabla con estos profesionales del deporte es de corta vida, siendo de otro lado relativamente sencillo comprobar la habilidad, competencia y estado físico del jugador, a través ya no solo del período probatorio sino de sus comportamientos precedentes para otros empresarios y gracias a los reconocimientos médicos que se realizan con anterioridad a la contratación de sus servicios.

De igual modo, nos atrevemos a considerar que los recursos personales con los que cuenta este deportista y que se engarzan con cualidades humanas (sentido del equipo, respeto, compañerismo...) son también fáciles de valorar en un lapso breve de competición.

La argumentación precedente ha sido empleada para abogar a favor de la supresión de la cláusula de prueba a fin de que en la práctica no se cometan abusos, como consecuencia fundamentalmente de la utilización del período probatorio a

modo de vía de escape del empresario para extinguir unilateralmente la relación³².

Discrepamos de este criterio que, a nuestro juicio, parte de una visión reducida de la institución de la prueba. Como venimos sosteniendo, el período probatorio se concibe no solo como la oportunidad de examen de cualidades profesionales o técnicas sino también personales. En coherencia con esta idea, la prueba aquí tendría la virtualidad de poner de manifiesto si el trabajador es capaz con éxito de formar parte del equipo u organización empresarial, sea cual fuere esta.

En definitiva, estamos convencidos de la idea expuesta³³ acerca de que: “no obstante, dada la naturaleza de la prestación, es real la necesidad de comprobar durante un lapso de tiempo adecuado las aptitudes del deportista, por lo que no carece de sentido la inclusión de una fase de prueba”.

No obstante, sí existe una diferencia crucial con respecto a la regulación que nos dispensa nuestro Derecho laboral común. El plazo de prueba legal se ha convertido, para las relaciones en las que se contrate a un deportista profesional, en un máximo de derecho necesario, lo que supone que no pueda ser modificado al alza ni siquiera a través de la vía de la negociación colectiva. Esta aseveración indudablemente supone una diferencia en absoluto desdeñable con respecto a lo que ocurre con la configuración legal del período de prueba común, por cuanto los períodos máximos que se consignan en el art.14 del Estatuto de los Trabajadores son subsidiarios y solo surten efecto si el convenio colectivo de aplicación nada hubiera previsto específicamente.

La conclusión precedente no le resta importancia al papel que juega la negociación colectiva, siendo especialmente útil acudir a los convenios colectivos de aplicación³⁴, pues suelen contener previsiones en torno a la duración de la

³² Rubio Sánchez, F.: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*. 2005. Ed. Dykinson, S.L. Madrid, págs. 176-178.

³³ De Val Tena, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.109. Cita este autor en su nota 246, Durán López, F.: “La relación laboral especial de los deportistas profesionales”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1985, pág. 55 y Roqueta Buj, R.: *El trabajo de los deportistas profesionales*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pág. 137. Una posición abiertamente contraria en Cardenal Carro, M. *Deporte y Derecho: las relaciones laborales en el deporte profesional*, Universidad de Murcia, Murcia, 1996, págs. 268-270, al constatar que el período de prueba altera el equilibrio de intereses; por su parte, Sagardoy Bengoechea, J.A. y Guerrero Ostolaza, J.M^a.: *El contrato de trabajo del deportista profesional*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 58, entendiendo que en la mayor parte de estas relaciones especiales el período de prueba no es eficaz.

³⁴ Fernández Márquez, O.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., expresa la “imposibilidad de que el convenio colectivo pueda modificarlo” basándose en el referido art.5 de la norma específica. Mostramos nuestra disconformidad, por cuanto no existe óbice para que la norma colectiva “modifique” a fin de disminuir o suprimir el período de prueba, toda vez que introduciría una ventaja en la posición del trabajador.

prueba ya sea para rebajarla (así el convenio colectivo de fútbol profesional³⁵ o el de jugadores de baloncesto³⁶) para reiterar las previsiones normativas³⁷ e incluso para suprimir la posibilidad de que las contratantes estén sometidas a aquella³⁸.

Se cierra el precepto con una remisión a lo dispuesto en la normativa del Estatuto de los Trabajadores que servirá para completar el régimen jurídico de este instituto que específicamente se aplica a las relaciones entabladas con deportistas profesionales.

Todo lo anterior redundaría en la carencia de diferencias sustanciales en lo que hace al tratamiento y entendimiento de la institución probatoria con relación a las relaciones laborales ordinarias.

³⁵ Convenio Colectivo de Fútbol Profesional. (BOE de 9 de octubre de 2014) Código: 99002305011989, BOE 245/2014, de 9 de octubre de 2014.

Art.13:”1. Únicamente podrá establecerse por escrito un período de prueba en aquellos contratos de trabajo celebrados una vez iniciada la competición oficial.

2. Dicho período de prueba no podrá tener una duración superior a quince días, y quedará extinguido automáticamente si el Club/SAD tramita durante el mismo la licencia federativa del jugador.”Resolución de 22 de marzo de 2.017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo del fútbol sala. (BOE de 5 de abril de 2017). “Artículo 13. Período de prueba.

Existirá un período de prueba que se iniciará el día que el jugador se incorpore a la actividad del Club y que no podrá exceder de quince días, salvo en el supuesto de que el jugador participe por primera vez en la Liga Nacional de Fútbol Sala, en cuyo caso será de un mes.

A tal efecto el Club deberá entregar a cada jugador un escrito notificándole fehacientemente el día en que debe incorporarse al Club. En caso de no existir esta notificación fehaciente el período de prueba se iniciará el mismo día en que el contrato surta efectos.” La lectura de este precepto y del art.14 del Convenio refrendan el mandato legal de la necesidad de que el período de prueba conste por escrito a fin de surtir los efectos que le son propios.

³⁶ Resolución de 6 de octubre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de baloncesto profesional ACB (BOE 17-10-14), que en su art.9.2 señala un máximo de un mes para el hipotético período de prueba.

Convenio Colectivo actividad de Baloncesto Profesional Liga Femenina art.16 DGTr Resol 21-12-07, (BOE 15-1-08). que no puede exceder de 2 meses, siendo este nulo si la jugadora ya hubiese prestado servicios en el club bajo cualquier modalidad de contratación. Las situaciones de IT, maternidad, adopción o acogimiento que afecten a la jugadora durante el periodo de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes.

³⁷ Para el balonmano, el periodo de prueba ha de establecerse por escrito, y, en ningún caso, puede superar los tres meses a computar desde la incorporación efectiva a los entrenamientos (IV Convenio Colectivo de balonmano profesional art.16, Resolución de 11 de enero de 2017 de la Dirección General de Empleo (BOE 26 de enero de 2017).

³⁸ El convenio de los ciclistas profesionales recoge que no puede establecerse período de prueba alguno (Convenio Colectivo para la actividad del Ciclismo Profesional art.11, Resolución de la Dirección General de Trabajo de 17 de marzo de 2.010, BOE 1 de abril de 2.010) .

4. E L PERÍODO DE PRUEBA EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL CON ABOGADOS

La triple vinculación que se puede mantener con estos profesionales de la abogacía nos hace referirnos al período de prueba desde tres puntos de vista posible.

Así, cuando el abogado se ha comprometido a prestar sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de un empleador distinto a un despacho de abogados, estaremos en presencia de una relación laboral común y, por ende, se someterá plenamente a los dictados del Estatuto (art.1.1).

Por el contrario, cuando el abogado es titular de su propia organización profesional, la naturaleza de la relación cambia a tenor de la propia definición que nos ofrece el art.1 del Estatuto de los Trabajadores y ya no estaríamos frente a una relación laboral, sino ante un profesional independiente (autónomo) por lo que huelga toda referencia al período de prueba que presupone la preexistencia de dos partes contractuales con intereses contrapuestos.

La tercera posibilidad es que el letrado lleve a cabo su prestación laboral para un despacho de abogados (sin que él ostente la cualidad de socio). En esta hipótesis nos hallamos ante una relación laboral especial que se vinculará a los dictados de su normativa propia contenida en el Real Decreto 1331/2006, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos. Este tipo de lazo jurídico es el que ahora atrapa nuestra atención.

Desgranando los motivos que han llevado al legislador a inclinarse por la calificación de especial del vínculo, se ha entendido de relevancia los datos constatables de “ mayor grado de autonomía; independencia técnica y flexibilidad en la organización y dirección de su trabajo; limitación de las facultades de dirección y control del trabajo; mayores exigencias en la ejecución de la actividad laboral y en el cumplimiento de los deberes de diligencia y confidencialidad y de los plazos procesales, respeto más estricto de los principios de buena fe y recíproca confianza, mayores incompatibilidades y prohibiciones en el ejercicio de actividad profesional externa; y el sometimiento estricto a las normas y usos de la deontología profesional de la abogacía , a las normas colegiales, y al régimen disciplinario colegial.”³⁹

³⁹Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “La Relación Laboral Especial de los Abogados que prestan Servicios en Despachos”, Relaciones Laborales, Nº 1, Sección Editorial, Quincena del 8 al 23 Ene. 2007, Año XXIII, Tomo 1, pág. 3.

En virtud de su normativa específica⁴⁰ observamos cómo el régimen jurídico de estas relaciones laborales especiales se someterá a las prescripciones legales propias (sin perjuicio de las abundantes remisiones expresas al Estatuto de los Trabajadores), a los convenios colectivos específicos del sector de despacho de abogados, a la voluntad de las contratantes –que habrán de ser fieles a las anteriores previsiones- y, por último, a lo que dicten las costumbres y usos profesionales. En todo lo no previsto, el Estatuto de los Trabajadores se comportará como norma supletoria.

Dada la íntima conexión del período de prueba con las fórmulas genéricas de extinción, necesario es reflejar que estas “suponen escasas especialidades respecto al régimen extintivo general del Estatuto de los Trabajadores incluido el despido causal, con causas e indemnizaciones tasadas”⁴¹. En lo que hace al derecho de dimisión del trabajador, el preaviso queda modulado a fin de evitar irrogar perjuicios no solo ya a la persona del empresario sino también a la del cliente⁴².

Con relación al período de prueba de estos abogados sometidos a una relación laboral especial, la referencia legal es escueta:

Art. 8.2 del Real Decreto 1331/2006: “Los contratos que concierten los abogados y los despachos podrán someterse a un periodo de prueba que en todo caso deberá constar por escrito.

En defecto de pacto en convenio colectivo, el periodo de prueba no podrá exceder de seis meses en el caso de contratos de carácter indefinido y de dos me-

⁴⁰ Este tipo de relación laboral especial no está contemplada expresamente en el art.2, siendo un ejemplo de las posibilidades que tienen cabida en la fórmula final del precepto: “i) Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley.” A diferencia de las relaciones anteriores, no se cuenta con precedentes históricos normativos”.

⁴¹ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “La Relación Laboral Especial de los Abogados que prestan Servicios en Despachos”, op.cit.

⁴² Art.22 del Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre:” Asimismo, el abogado podrá extinguir el contrato de trabajo preavisando con una antelación suficiente para que el titular del despacho pueda adoptar las medidas que resulten necesarias para evitar perjuicios a los intereses de los clientes y a los del despacho.

La duración del preaviso se podrá acordar en convenio colectivo o, en su caso, en el contrato de trabajo, no pudiendo ser inferior a 45 días ni superior a tres meses.

2. En todo caso, el abogado que ejercite las acciones resolutoria y de desistimiento a que se refiere el apartado anterior deberá informar al titular del despacho sobre la situación en que se encuentran los asuntos que tuviera encomendados y poner a disposición del mismo la documentación correspondiente con el fin de que pueda encauzar los asuntos y dar continuidad al asesoramiento y defensa de los clientes por parte del despacho.

3. El titular del despacho podrá exigir al abogado el resarcimiento de daños y perjuicios en el caso de que éste no respete el plazo de preaviso o no cumpla con la obligación de informar de los asuntos que tenga encomendados, si de ello se derivan perjuicios para el despacho.”

ses en el caso de contratos de duración determinada, si su duración es superior a dicho periodo de tiempo”.

El período de prueba se concibe de nuevo como una cláusula potestativa que, no obstante, ha de ser expresada formalmente por las partes a fin de que despliegue los efectos que le son propios. Siguiendo con la estela del Estatuto de los Trabajadores, los máximos que refleja esta normativa especial lo son de derecho disponible, siendo el instrumento que naturalmente va a regular la concreción temporal de la prueba el convenio colectivo específico del sector al que va destinado⁴³.

Se observa cómo se ha adoptado un doble criterio temporal a la hora de señalar el máximo de duración legal. Esta dependerá ya no de la titulación -por cuanto se entiende que es la misma para todos los trabajadores contratados bajo esta modalidad- ni tampoco de la función comprometida (pues también el cometido será similar en cuanto a responsabilidades y exigencias) sino de la duración total del contrato concertado⁴⁴.

Un último apunte con relación a este colectivo y al exiguo período de prueba contemplado legalmente. La comprensión íntegra de la figura, en la práctica laboral, nos remitirá nuevamente a la norma general del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores. Ello es así por cuanto escasos son los instrumentos colectivos que regulan específicamente el sector de la abogacía (solamente si gozan de esta especialidad en cuanto al ámbito subjetivo se refiere, habrán de entenderse aplicables las estipulaciones probatorias), sin que existan de otro lado -acaso porque esta relación no cuenta con tradición jurídica alguna- normas consuetudinarias que completen su entendimiento.

⁴³ Entendiendo de aplicación para las relaciones laborales especiales comentadas en función de lo dispuesto en el art. 2 y concretamente en el apartado segundo “siempre y cuando se dediquen, las empleadoras, a la prestación de servicios profesionales de abogados, procuradores y graduados sociales”. El Convenio Colectivo del sector de despachos de abogados, procuradores y graduados sociales de Cantabria (Resolución de 7 de octubre de 2015) señala en el art.16 una duración del período de prueba para los técnicos titulados (en la práctica todos los abogados) de seis meses sin hacer distinción en función de la duración de la relación laboral.

Por su parte, el Convenio Colectivo del sector despachos de abogados de las Islas Baleares (Resolución de la Dirección General de Trabajo de 23 de abril de 2007) establece en el art.14 la misma duración de seis meses, precisando que la situación de maternidad o incapacidad temporal interrumpirá la duración de la prueba, salvo pacto escrito en contrario.

⁴⁴ Como curiosidad, señalar que en un principio se estableció una tercera duración del período de prueba en atención a la dimensión del despacho para el que se prestaban los servicios (hasta doce meses), aun cuando en la redacción definitiva del Real Decreto se obvió esta previsión. Purcalla Bonilla, M.: “Abogados, relación laboral especial prestación de servicios profesionales”, Diario La Ley, N° 6588, Sección Doctrina, 10 de Noviembre de 2006, Año XXVII, Ref. D-240, [en línea]. Disponible en La Ley digital 3682/2006.

5. EL PERÍODO DE PRUEBA EN LA RELACIÓN ESPECIAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

Tradicionalmente, y a pesar de ser claro que en este tipo de relación concurrían las notas que definen a la prestación de servicios como laboral, se optó por excluir a este tipo de vínculo del radio de acción de la normativa laboral, prefiriendo que fuera el Derecho Civil el que se encargara de su tratamiento a través de la figura del arrendamiento de servicios.

Por fin, a través del Estatuto de los Trabajadores de 1980 (Ley 8/1980), se considerará que estamos frente a una relación laboral, aun cuando de carácter especial, profundizándose en este tratamiento a través del Real Decreto 1424/1985 (por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar) “configurando un régimen jurídico que vincula al titular del hogar familiar con el empleado doméstico bajo cánones de voluntariedad, ajeneidad (sic) y dependencia, en el desempeño de una actividad laboral a realizar por este último, orientada al cuidado del hogar familiar y de los miembros que lo integran”⁴⁵.

En la actualidad, el art.2.1.b) del Estatuto de los Trabajadores incide en esa calificación como relación laboral especial, siendo el Real Decreto 1620/201, el que regula el tratamiento de esta. En todo lo no previsto expresamente por la normativa propia, se aplicará supletoriamente el Estatuto de los Trabajadores siempre bajo la idea de respeto a las particulares notas que rodean a esta prestación de servicios, los convenios colectivos, la voluntad de las partes y, por último, en atención a lo que señalen los usos y costumbres locales y profesionales.

El fundamento que sirve de justificación para considerar que estamos frente a una relación laboral especial es el mismo que ya se señalaba para los contratos celebrados con altos directivos: la especial confianza que ha de concurrir en este tipo de vínculos, dado los particulares cometidos encargados. Teniendo presente esta idea, el art.10.3 del Real Decreto 1620/2011 eleva a la consideración de causa extintiva la manifestación de desistimiento del empleador⁴⁶.

⁴⁵ García Quiñones, J.C.: “El desistimiento del empleador en la relación laboral especial de empleados de hogar (Comentario a la STS de 5 de junio de 2002)”. *Relaciones Laborales*, nº 6, Sección Comentarios de jurisprudencia. Quincena del 23 marzo al 8 abril 2003. Año XIX, Tomo 1. Ed. La Ley. [En línea]. Disponible en La Ley digital 4253/2002.

⁴⁶ Con la mente fijada en los intereses del trabajador, se señala la obligación de expresar la voluntad de desistimiento por escrito expresando que es esta la razón por la que se procede a la extinción del vínculo, respetando el plazo de preaviso que se señala en función de la duración de la relación laboral y poniendo a disposición del empleado la indemnización de doce días de salario por año de servicio con el límite de seis mensualidades.

En lo atinente a la prueba, el titular del hogar familiar (empresario) podrá acordar con su trabajador (persona que realiza la prestación de servicios en la residencia del empleador) un período de prueba sometido a los presupuestos contenidos en el art. 6.2 de su normativa propia:

“Podrá concertarse por escrito un periodo de prueba en los términos del art. 14 del Estatuto de los Trabajadores. Durante dicho periodo, que no podrá exceder de dos meses, salvo lo previsto en convenio colectivo, el empleador y el empleado de hogar estarán obligados a cumplir con sus respectivas prestaciones, si bien podrá producirse la resolución de la relación laboral por cualquiera de las partes, con el periodo de preaviso ajustado a lo que se pacte, sin exceder, en ningún caso, de siete días naturales.”

De la lectura del precepto se infiere que el carácter de máximo previsto para el período de prueba de este colectivo (dos meses) es susceptible de ser modificado –al alza o disminuyéndolo– a través del convenio colectivo propio. A pesar de que aparece una remisión expresa al contenido de la prueba establecido para el resto de las relaciones laborales ordinarias, se reitera que la fijación de la prueba queda sometida al arbitrio de las contratantes pero si este fuera su deseo, ineludiblemente se hará constar por escrito, señalándose la necesidad de cumplimiento de lo que en el orden de las relaciones laborales no especiales se viene denominando como la “obligación del experimento” y que no es más que la concreción de la concreta prestación de servicios a llevar a cabo.

Al observar la redacción del precepto, lo primero que despierta nuestra atención es la modificación tan importante que ha sufrido este con relación a su precedente contenido en el art.4.3 del Real Decreto 1424/1985⁴⁷. Así, anteriormente, el período de prueba se presumía existente durante quince días de trabajo efectivo por la sola circunstancia de formalizar una relación laboral de esta índole; en la actualidad, tal y como hemos indicado, no cabe la presunción siendo necesario para su constitución que quede expresamente reflejado en un documento al efecto.

De la normativa anterior⁴⁸ podíamos inferir la importancia de establecer un período de prueba cuando la relación laboral –como ocurre con el caso presente– se sustenta especialmente en la confianza⁴⁹. En la actualidad, la relevancia de

⁴⁷ Art.4 RD 1424/1985, de 1 de agosto: “3. La relación se presumirá celebrada a prueba durante quince días, computándose a estos efectos aquellos días en que se da prestación de servicios efectiva.”

⁴⁸ Ballester Pastor, M.A.: *Período de prueba*, op.cit., pág. 68, se podían fijar contractualmente –con la anterior normativa– duraciones inferiores o superiores a las establecidas en el precepto, e incluso la renuncia a someter la relación laboral a prueba.

⁴⁹ *Ibidem*, pág. 66, ponía de manifiesto la flexibilidad con la que era entendido el período de

la prueba no es menor, pero para dotar de mayores garantías a la posición más débil que asume el empleado se exige la forma escrita. De cualquier manera, se observa cómo la necesidad de la prueba adquirirá mayor intensidad en aquellos supuestos –como ocurría con el personal de alta dirección o con el presente de empleados del hogar- en los que el componente personal no se puede desligar del profesional, pues ambos son relevantes a los fines laborales convenidos.

Otro aspecto a destacar con relación a la anterior redacción legal es el relativo a la duración máxima, pasando a ser dos meses (frente al anterior de quince días). Dicha ampliación, que a primera vista pudiera causar extrañeza, resulta coherente con la nueva concepción jurídica contractual y, específicamente con “la más que probable duración indefinida de los nuevos contratos, una vez desaparecida la presunción de temporalidad anual sin causa”⁵⁰.

El artículo estudiado prevé la posibilidad de pactar un preaviso con antelación a que la decisión unilateral extintiva se haga efectiva. La única limitación (de derecho necesario) es que no supere los siete días naturales. No obstante, esta comunicación previa de la decisión extintiva no se impone en todo caso, sino que depende de la voluntad de las contratantes.

Constituye esta una diferencia con respecto al régimen implantado para las relaciones laborales ordinarias que, recordemos, partiendo de la falta de necesidad del preaviso, faculta a las partes a que lleven a cabo su regulación sin límite temporal alguno.

6. EL PERÍODO DE PRUEBA EN LA RELACIÓN ESPECIAL DE TRABAJADORES MINUSVÁLIDOS

Aludimos en este apartado al vínculo laboral existente entre una persona que sufre una discapacidad y un centro especial de empleo. La especialidad, por tanto, reside en el ámbito subjetivo y también en la finalidad a la que se va a tender en esos singulares supuestos y que no es otra más que la integración en el mercado laboral de las personas que sufren una discapacidad.

Así pues, dejaremos al margen de este estudio la posible relación entablada entre la persona que presenta una minusvalía y una empresa que no tenga la cualidad de centro especial de empleo.

prueba conforme al primitivo Real Decreto, todo ello en base a la especial confianza que supone esta relación laboral. Durán López, F.: “El período de prueba”, op.cit., pág.97 también fijaba la atención en la confianza como sustento del vínculo.

⁵⁰ Llano Sánchez, M.: “El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar”. Actualidad Laboral, Nº 6, Sección Estudios, Quincena del 16 al 31 marzo 2012, Tomo 1. Ed. La Ley. [En línea]. Disponible en La Ley digital 2624/2012.

La consideración de especial de este tipo de relación se encuentra reflejada en el art.2.1.g) del Estatuto de los Trabajadores, apareciendo por vez primera en nuestro escenario laboral de la mano del art.3.c) de la Ley de Relaciones Laborales (Ley 16/1976), aun cuando desapareció su mención expresa en el Estatuto de los Trabajadores de 1980. En la actualidad es la norma contenida en el Real Decreto 1368/1995 (por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en Centros Especiales de Empleo), la que contempla el singular régimen al que quedará sometido este colectivo de prestadores de servicio, partiendo de la necesidad de garantizar que el trabajo desempeñado por el empleado sea productivo, remunerado y adecuado a las características propias de este.

Esta inquietud se hace patente al recoger las competencias de un órgano ad hoc: los Equipos Multiprofesionales (hoy Equipos de Valoración de Incapacidades) dotando a estos de competencias en orden a asegurar que efectivamente la adaptación del trabajador es real y ajustada a sus capacidades personales y profesionales, llegando a atribuirsele competencias informadoras ante el ejercicio del ius variandi empresarial cuando, como consecuencia del mismo, se alteren condiciones laborales del trabajador discapacitado.

Presente hemos de tener la finalidad a la que vienen llamados los Centros Especiales de Empleo, no siendo otra más que la de procurar un puesto de trabajo adecuado a las capacidades del empleado; de ahí que el texto normativo adopte una serie de prevenciones, que se conciben como garantías, para que la situación deseada de adaptación se produzca en la práctica y, dar de otro lado, cumplimiento al mandato contenido en el art.25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995) que atiende a los trabajadores “especialmente sensibles a determinados riesgos”.

Precisamente para asegurar la adaptación del trabajador al puesto que va a ocupar, se ha previsto la posibilidad de concertar un lapso “que, a su vez, tendrá el carácter de período de prueba” al que la norma denomina “período de adaptación”⁵¹ con el objeto de “facilitar la adaptación profesional del trabajador minusválido... o, en su caso, completar la formación necesaria para el mismo”.

⁵¹ Art.10.2 Real Decreto 1368/1995, de 17 de julio: “ Con el fin de facilitar la adaptación profesional del trabajador minusválido para el desempeño de las tareas que constituyen el contenido de su puesto de trabajo o, en su caso, completar la formación necesaria para el mismo, podrá establecerse en el contrato un período de adaptación al trabajo que, a su vez, tendrá el carácter de período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos, no pudiendo exceder en ningún caso de seis meses.

La necesidad de que el trabajador minusválido pase por un período de adaptación al trabajo y las condiciones de éste serán determinadas por el equipo multiprofesional.”

Para que las partes queden vinculadas al literalmente denominado período de adaptación, no es suficiente con la manifestación expresa de ellas en este sentido, sino que además se requiere que exista un informe emitido por el equipo multiprofesional⁵² en el que se señale la necesidad de su establecimiento y las condiciones bajo las cuales se desarrollará.

La doble finalidad –adaptación laboral y posible formación⁵³- a la que va destinado este espacio temporal inicial de la relación laboral, ha provocado que doctrinal y jurisprudencialmente se hayan planteado cuestiones relativas a la naturaleza jurídica del mismo y a su posible identificación con el llamémosle genuino período de prueba.

Las consecuencias de adoptar una u otra visión tienen un reflejo práctico. Si sostenemos que el período de adaptación hace referencia a otra realidad jurídica diferente a la prueba, podría no existir obstáculo alguno para admitir que las partes libremente elijan entre suscribir el período de prueba regulado en el artículo 14 del Estatuto o acordar este especial período de adaptación.

Seguimos en el terreno teórico. Si las partes optaran por someter su relación a prueba (ex artículo 14 del Estatuto), lógicamente, no se haría preciso informe alguno del Equipo de Valoración de Incapacidades. Esta circunstancia tiene efectos no solo a la hora de la válida concertación de la prueba, sino también en el momento en que se decida ejercer el desistimiento, pues este –seguimos con el art.14 del ET- no está condicionado (a salvo de lo que al efecto pudieran convenir las partes) a cumplimiento de requisito alguno.

Por el contrario, si se acude al período de adaptación ya hemos visto que sería preciso no solo su concertación formal (tal y como ocurre con el período de prueba) sino dar entrada al Equipo de Valoración para que precise la conveniencia de su concierto y en qué consistirá este, lo que ulteriormente determinará también su duración, que podría ser superior al período de prueba que hipotéticamente se puede señalar para una relación laboral ordinaria.

La admisión de esta tesis que en última instancia defendería la libertad de las contratantes a la hora de elegir entre la norma especial o la común, se fundamen-

⁵² Configurando la intervención del Equipo como requisito sine qua non para la ampliación de este período de prueba: STS de 24 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2078) y 24 de enero de 2002 (RJ 2002/5302).

Preceptivamente ha de ser este organismo –Equipo de Valoración de Incapacidades- no siendo susceptible que los extremos comentados sean acordados por técnicos diferentes (STSJ Cataluña de 27 de septiembre de 2006, AS 2007/1326).

⁵³ No existe, Ballester Pastor, M.A.: *Período de prueba*, op.cit., pág. 73, “derecho alguno del trabajador a recibir una particular formación que facilite su adaptación”, se concibe tan solo como una opción o posibilidad sometida a la voluntad de las partes.

ta, como ya habíamos anticipado, en las diferentes finalidades⁵⁴ a la que atienden los dos institutos, pues mientras que en el período de prueba ordinario se trata de conocer la realidad laboral en la que se desarrollarán los servicios prestados, en el período de adaptación se tenderá también a adaptar los medios laborales con los que la empresa cuenta para el trabajador seleccionado. Se niega, en cualquier caso, la mezcla entre una y otra figura⁵⁵.

Escasos son, no obstante, los pronunciamientos judiciales que hemos tenido la oportunidad de hallar que niegan la posible aplicación de los mandatos contenidos en el art.14 del Estatuto, estableciendo que solamente se podría fijar un período de adaptación cuando se contraten este tipo de relaciones laborales especiales⁵⁶.

Pese a los pronunciamientos judiciales, avala también la idea de que es posible pactar un período de prueba genérico en este tipo de relaciones la circunstancia de que la normativa especial tan solo recoge las peculiaridades aplicables al colectivo destinatario de la norma, rigiéndose el resto de circunstancias laborales por la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores.

La trascendencia de la admisión o no de la libertad de las contratantes para elegir entre uno y otro período también tendrá relevancia en los supuestos en los que, a pesar de haberse convenido expresamente un período de adaptación, las

⁵⁴ STS de 24 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2078); STSJ de País Vasco 5 de mayo de 2009 (JUR 2009/372197): afirma la posibilidad de suscribir un período de prueba con minusválido sujeto a las prescripciones del art.14 ET y no acogiéndose a lo establecido en el art.10 de la normativa específica, haciéndose innecesario el informe del equipo y siempre que no sobrepase la duración reseñada en la normativa común (en este sentido se apoya en STS de 24 de diciembre de 2001, 24 de enero de 2002); STSJ Castilla- La Mancha (sentencia de 2 de octubre de 2.002, recurso 594/02), de la Comunidad Valenciana (sentencias de 6 de febrero de 2.002 y 8 de junio de 2.000, recursos 3.104/01 y 597/00) o Cataluña (sentencias de 19 de marzo de 2.001 y 24 de febrero de 2.000, recursos 8.990/00 y 7.608/99 implícitamente, también se asume en las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de mayo de 2.007, recurso 391/07, de Baleares, de 21 de diciembre de 2.007, recurso 635/07 y Aragón, de 4 de enero de 2.006, recurso 1.032/05. La Sentencia comentada alude a parte de la doctrina que se inclinan a favor de esta interpretación, citando concretamente a Esteban Legarreta, García-Perrote Escartín); STSJ Aragón de 24 de julio de 2001 (AS 2001/2666): sostiene que la naturaleza jurídica es distinta en uno y otro caso, al ser diferentes las finalidades a perseguir.

⁵⁵ STS de 24 de enero de 2002 (RJ 2002/5302).

⁵⁶ STSJ Cataluña de 27 de septiembre de 2006 AS 2007/1326): entiende no aplicable la normativa laboral común, de conformidad con lo señalado por el art.2 del ET; STSJ C. Valenciana de 11 de marzo de 1997 (AS 1997/1128): no se aplica en estas situaciones laborales ni el convenio ni el Estatuto. Sí la norma específica que es el Real Decreto; STSJ Cataluña de 26 de julio de 1994 (AS 1994/3079): no entra en juego la normativa contenida en el Estatuto más que en lo que se refiere a los derechos y deberes básicos y en todo lo no previsto por la norma específica. El período de adaptación cumple con la misma finalidad que el período de prueba.

partes hubieran omitido alguno de sus requisitos constitutivos (así, la intervención del Equipo de Valoración de Incapacidades) por cuanto surge el problema acerca de qué ocurriría con esta cláusula y concretamente si automáticamente estaríamos -en los supuestos de invalidez de la adaptación- ante el genuino período de prueba.

De esta forma, ante la omisión de los presupuestos señalados particularmente para el período de adaptación la previsión contractual a este, se debe reconducir al régimen ordinario destinado para el período de prueba⁵⁷ lo que también tiene incidencias desde el prisma de su duración.

El período de adaptación señalado para este tipo de relaciones especiales también se ve alterado con relación al régimen ordinario, por cuanto tiene una duración máxima -a salvo de lo dispuesto por convenio- de seis meses. Se puede observar cómo es superior a la que con carácter general se establece para el período de prueba. Si bien en un principio nos pudiera provocar cierta extrañeza, la elección temporal no es arbitraria, sino que responde a la necesidad de perfeccionar herramientas útiles a fin de asegurar la incorporación laboral de este colectivo que tiene mayores dificultades de acceso al mundo del trabajo⁵⁸.

Pero la sujeción al límite temporal antes referido sí está ineludiblemente condicionada⁵⁹ a la autorización del equipo multiprofesional⁶⁰ de tal forma que si no consta aquella, la cláusula que lo fijaba será declarada nula⁶¹. Esto es, si lo

⁵⁷ STS de 24 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2078); STSJ C. Valenciana de 26 de enero de 2001 (AS 2001/1686) aplicándose el período de prueba que genéricamente se contemplaba por el convenio de aplicación, pues la cláusula infringía normas de derecho necesario colocando al trabajador en una situación inferior respecto de aquel que no se ve afectado por ningún tipo de minusvalía; STSJ C. Valenciana de 23 de noviembre de 2000 (AS 2001/1010).

⁵⁸ Igartua Miró, M.^a T.: *Visión panorámica de las relaciones laborales de carácter especial*, Laborum, Murcia, 2003, pág. 135. Es el mismo objetivo que el que se persigue estableciendo bonificaciones en materia de Seguridad Social por la contratación de personas discapacitadas.

En el mismo sentido, Sobrino González, G.M.: “La aplicación o no del período de prueba estatutario en las relaciones laborales especiales de los trabajadores minusválidos (Comentario a la STS de 24 de diciembre de 2001)”. *Relaciones Laborales*, N° 17, Sección Comentarios de jurisprudencia, Quincena del 8 al 23 septiembre 2002, Año XVIII, Tomo 2. Ed. La Ley. [En línea]. Disponible en La Ley digital 2373/2002.

⁵⁹ “Condictio iuris”: STSJ Andalucía de 4 de abril de 2001 (AS 2001/2929).

⁶⁰ STSJ Castilla La Mancha de 26 de noviembre de 2003 (AS 2003/1724); STSJ Castilla La Mancha de 26 de noviembre de 2002 (AS 2003/1531): “al menos cuando...excede del que autoriza el artículo 14.1 del Estatuto de los Trabajadores” (idéntica expresión la encontramos en Sentencia del TSJ Andalucía de 4 de noviembre de 2008, JUR 2009/146174).

⁶¹ STSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 2006 (AS 2007/1326); STSJ C. La Mancha de 2 de octubre de 2002 (JUR 2003/58778); TSJ Asturias de 9 de marzo de 2001 (AS 2001/333) pues es una norma de derecho necesario, debiendo “completar el contrato con el precepto jurídico adecuado” que es el contenido en el art. 14.1 ET. Aplicando el régimen general del art. 14 del ET la STSJ

que se pretende es fijar un lapso mayor de prueba para un trabajador minusválido, ineludiblemente ha de reflejarse el informe del equipo en ese sentido, pues no existe razón alguna que avale el establecimiento de “condiciones especiales que de imponerse pasarían así a convertirse en discriminatorias en razón de la minusvalía”⁶².

Aún hay más, la razón para dar entrada en este tipo de vínculos al equipo multiprofesional es que este ha de argumentar en pro de la necesidad de establecer el período de adaptación, para lo cual se ha de asegurar que se van a cumplir no solo la finalidad a la que va destinado el art.14 del Estatuto de los Trabajadores, sino que se procurará facilitar al trabajador su adaptación profesional o que se complementará su formación⁶³.

De esta forma, para las relaciones laborales especiales entabladas con una persona discapacitada existe la posibilidad de fijar un período de adaptación que es similar al periodo de prueba ordinario, pero que se diferencia de este por cuanto habrá que adoptar especiales precauciones a fin de tutelar los intereses de estos empleados. Si bien es cierto que se incrementa en estos supuestos la duración de la prueba, se hace siempre condicionada a que sea un “equipo multiprofesional” el que establezca la necesidad del aumento del período aludido y si se omite este requisito se declarará su nulidad, aun cuando esta consecuencia no sea solicitada por las partes⁶⁴. El efecto es la sustitución del período de adaptación por la cláusula probatoria “para no perjudicar el espíritu de la norma, cuyo objetivo es la integración laboral de los trabajadores minusválidos”⁶⁵.

Esta aseveración supondrá que en los supuestos en los que la extinción se lleve a cabo extemporáneamente, el cese será calificado como un acto de despido

C. Valenciana de 6 de febrero de 2002 (JUR 2002/131012) y del mismo Tribunal de 8 de junio de 2002 (AS 2000/4424).

⁶² STSJ C. Valenciana de 22 de febrero de 2001 (AS 2001/3007); STSJ Cataluña de 24 de febrero de 2000 (AS 2000/1227).

⁶³ STSJ Aragón de 4 de enero de 2006 (AS 2006/566).

⁶⁴ Apreciable por el tribunal sin necesidad de previa alegación de parte en atención al principio iura novit curia: STSJ Castilla y León de 10 de enero de 2005 (AS 2005/68); STSJ Castilla La Mancha de 26 de noviembre de 2003 (AS 2003/1724) “En este sentido esta Sala se ha pronunciado en asunto sustancialmente idéntico al presente en sus sentencias de 3 de julio núm 1219/02 (AS 2003, 783) y núm 1566/02 2 de octubre de 2002 y también otras Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia como Madrid sentencias de 21 de diciembre de 2000, Valencia 8 de junio de 2000, y 22 de febrero de 2001 (AS 2001, 3007) , Andalucía/Sevilla de 4 de abril de 2001 (AS 2001, 2929) y Aragón de 24 de julio de 2001 (AS 2001, 2666) . En el mismo sentido STSJ Castilla La Mancha de 3 de julio de 2002, AS 2003/783.

⁶⁵ Sobrino González, G.M.: “La aplicación o no del período de prueba estatutario en las relaciones laborales especiales de los trabajadores minusválidos (Comentario a la STS de 24 de diciembre de 2001)”, op.cit.

que será declarado como improcedente (salvo que se pruebe que la única razón para la finalización fue la condición de discapacitado, en cuyo caso la calificación sería la propia a la nulidad).

En lo que hace a la facultad de extinción unilateral, se⁶⁶ considera que al apostillar la norma reglamentaria que “tendrá el carácter de período de prueba” se está incorporando el régimen jurídico de este, pero, particularmente, la facultad de desistimiento empresarial que no podrá ser ejercida de modo que desvirtúe o imposibilite el cumplimiento de la finalidad básica de adaptación profesional del minusválido⁶⁷. Por lo demás, la superación del período de adaptación o de prueba convalida la ineptitud existente con anterioridad a su finalización, de manera que no podrá alegarse al objeto de extinguir el contrato por dicha causa (art.16.a) RD 1368/1985”).

No obstante, conviene estar atento a las extinciones producidas durante el período de adaptación para evitar cualquier utilización desviada del desistimiento empresarial. Precisamente esta razón ha llevado a algunos autores⁶⁸ a indicar que hubiera sido conveniente que el legislador hubiera impuesto la obligación al empresario de destinar al trabajador a otra ocupación en las hipótesis en las cuales no se haya superado esta adaptación.

En otro orden de cosas, señalar que las fórmulas extintivas son reguladas por lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores, introduciendo tan solo determinados matices con relación a los despidos objetivos, y en lo que nos afecta, señalando –como ya antes se apuntara- que el despido objetivo por ineptitud sobrevenida no podrá encontrar su justificación en la ineptitud que se mostrara durante el período de adaptación.

⁶⁶ De Val Tena, .: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 119.

⁶⁷ *Ibidem*: “En este sentido (nota numero 274) Camps Ruiz, L.M: “La relación laboral especial de los trabajadores minusválidos con los Centros Especiales de Empleo” en Borrajo Dacruz, E (Dir.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, EDERSA, T.II, Vol.1º, Madrid, 1987, pág.295.

STSJ Andalucía de 13 de marzo de 2008 (JUR 2009/84412): para extinguir la relación no se necesita informe del Equipo, el cual –a decir por la Sentencia- tan solo es preciso para el reconocimiento del grado de minusvalía para poder ser contratado. Recuerda la acausalidad de la extinción. A nuestro juicio se olvida de que el informe también es necesario para establecer un período de prueba superior al que fija el Estatuto de los Trabajadores (aun cuando a lo mejor tal omisión tan solo se debió a que tal extremo no se planteó en la presente litis); comentando el apartado “tendrá el carácter de período de prueba” la STSJ de Aragón de 4 de enero de 2006 (AS 2006/566) señala que lo que significa es la posibilidad que se les otorga a las partes durante su vigencia de desistirse ad nutum.

⁶⁸ Garrido Pérez, E.: *El trabajo de minusválidos en Centros Especiales de Empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.cit., págs. 97-99.

7. EL PERÍODO DE PRUEBA EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE LOS ARTISTAS

He aquí un ejemplo de relación laboral que justifica su singularidad en el entorno en que se lleva a cabo esta prestación de servicios. De ahí que⁶⁹ gráficamente se señala cómo son las “características, aptitudes o habilidades de orden creativo” y el “marco igualmente singular” las que motivan la decisión del legislador -no solo español sino europeo- a dotarles de un régimen, de una normativa propia.

La tradición de su consideración como trabajadores en el sentido jurídico del término, se remonta a la Ley de 30 de enero de 1900, continuando en los Códigos de Trabajo posteriores, siendo la Ley de Relaciones Laborales el primer texto que consideró que estábamos frente a una relación laboral especial.

El precepto de partida actual es el art.2.1.e) del Estatuto de los Trabajadores y la normativa propia es la contenida en el Real Decreto 1435/1985, sin perjuicio de la aplicación supletoria del propio Estatuto de los Trabajadores y de la especial importancia que aquí tiene la negociación colectiva a fin de adecuarse a las especiales circunstancias de cada uno de los colectivos que aquí tienen cabida.

El ámbito subjetivo de aplicación viene determinado por las especiales prestaciones de servicio relativas al mundo musical, teatro, circo, variedades, folklore, actividades de producción, doblaje y sincronización o análogas que se lleven a cabo en empresas de radiodifusión, televisión o actividades publicitarias.

En lo que hace al período de prueba, la regulación escueta se halla en el artículo 4 del RD 1435/1985⁷⁰ que en nada difiere de la concepción común del período de prueba. Doctrinalmente se ha insistido⁷¹ en la diferencia existente entre el lapso probatorio y las pruebas artísticas de selección o con respecto al contrato preliminar. Con relación a este último, la nota distintiva radica en la finalización de la relación laboral que es la realización de las pruebas que se han señalado contractualmente.

⁶⁹ Valdés Dal-Re, F. “La relación laboral de los artistas: notas sobre su configuración”. Relaciones Laborales, N° 22, Sección Editorial, Quincena del 23 Nov. al 8 Dic. 2008, Año XXIV, Tomo 2. Ed. La Ley. [En línea]. Disponible en La Ley digital 40843/2008.

⁷⁰ Art.4 RD 1435/1985, de 1 de agosto: “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. En todo lo demás, el período de prueba se regirá por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores.”

⁷¹ Hurtado González, L.: “La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos y especialidades del régimen jurídico laboral” en *Artistas en espectáculos públicos*, Ed. LA LEY, Madrid, Marzo 2006. La Ley Digital [en línea]. Disponible en La Ley 5692/2007.

La existencia de este “pacto accidental”⁷² no se presume, sino que necesariamente ha de constar por escrito en cada uno de los contratos concertados, tal y como se infiere no solo del precepto reflejado sino también del art.3.2 del Real Decreto y, en cualquier caso, solo será posible fijarla en aquellas relaciones laborales que tengan una vida superior a diez días.

Los problemas interpretativos no son novedosos. Al igual que en el régimen de prueba de las relaciones laborales ordinarias se planteaba si los plazos habían de tomar en consideración tan solo los días hábiles o había que computar los naturales, en esta relación laboral especial el debate continúa, dado el silencio legal en este sentido. Siguiendo con la doctrina especializada, se entiende que la referencia normativa solo hace plausible la interpretación a favor de computar todos los días –laborables o no- con base en la normativa civil.

Las partes podrían acordar el descuento de los días no trabajados a efectos del cómputo de la duración de la prueba, aun cuando no es unánime la consideración acerca de si es posible señalar este efecto en todo caso o solo en los supuestos en los que no se rebase el período máximo de duración de la prueba⁷³.

La única especialidad es la duración del período que, en estos supuestos, se hace depender únicamente de la que tiene el contrato, acaso porque la característica más sobresaliente de la relación laboral especial con artista es precisamente su corta duración que, de otro lado, guarda también relación con la relativa facilidad de comprobación si la labor desempeñada por el trabajador es agradable al público y alcanza las cotas de calidad esperadas.

Así, se fija la máxima de quince días para los contratos de duración igual o superior a seis meses, diez días de prueba para los que superen los dos meses y no alcancen los seis meses de duración y de cinco días para aquellos que duren más de once días y menos de dos meses. Con base a esta previsión⁷⁴ se niega la posibilidad de convenir la prueba cuando la relación no supera los diez días.

En todo lo demás será de aplicación –por mandato expreso- lo previsto para el período de prueba ordinario o común y este mandato hace surgir otras preguntas en torno a si es o no posible que las regulaciones máximas señaladas por la normativa podrían verse afectadas por los instrumentos colectivos convenidos al efecto. De nuevo aquí la doctrina está dividida, existiendo autores que entienden

⁷² *Ibidem*, op.cit, La Ley 5719/2007.

⁷³ *Ibidem*. Hurtado González es de la última opción. Por su parte, Alzaga Ruiz, I.: “La relación laboral de los artistas”, Consejo Económico y Social, Madrid, 2001, pág. 183, no distingue.

⁷⁴ Ballester Pastor, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág.72. Por su parte, De Val Tena, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op. cit. pág. 110, manifiesta que no se explica por qué en los supuestos en los que la relación laboral sea de una duración superior, los plazos de prueba no son superiores.

que los máximos son de derecho indisponible -tanto para la voluntad individual como para la colectiva- y otro sector científico que aplicando la regla de la supletoriedad no encuentra óbice alguno para admitir la modulación también de máximos vía convenio colectivo⁷⁵.

El matiz⁷⁶ estriba en que no podría modificarse ni al alza ni a la baja por cuanto “el RDA dispone él mismo, directamente, esa duración. No cabe, por tanto, que la norma colectiva establezca un margen distinto, sobre todo «por arriba», esto es, permitiendo un pacto individual de prueba de mayor duración, pero tampoco por debajo, pues una eventual disposición sectorial más limitativa prácticamente agotaría la autonomía individual en la materia”.

Por nuestra parte, entendemos que la claridad del legislador no deja duda alguna acerca de la posibilidad de que la negociación colectiva modifique al alza los máximos señalados en la normativa reglamentaria, dada la supletoriedad del Estatuto de los Trabajadores expresamente contemplada en el precepto y el principio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemos*.

Y siguiendo con la admisión de la negociación colectiva, no acertamos a ver en qué consistiría la limitación de “autonomía individual en la materia” cuando el convenio colectivo regule una inferior duración a la prueba. Si bien es cierto que la actividad de regulación –sea cual fuere la forma de esta- es una manera de limitar la autonomía contractual, en nuestro ordenamiento laboral existen una serie de circunstancias añadidas que aconsejan constreñir esta libertad contractual. Este no puede ser el argumento para desechar la posibilidad de que el convenio disminuya la prueba, pues no se entiende cuál es la razón por la cual se ha de sesgar esta posibilidad en este tipo de relación especial y no emplear el mismo argumento para negar actuar a la negociación colectiva en el resto de relaciones laborales ordinarias.

Así pues, cuando la regulación de determinadas materias se deja en manos del poder colectivo (y así ha ocurrido con el período de prueba ordinario) se hace en atención al específico poder que han de mostrar y demostrar los agentes sociales a la hora de regular una materia y cuando los distintos intervinientes en un pacto colectivo deciden modular –en el sentido que sea- el período de prueba, se realiza (o al menos nos es lícito pensar que se actúa de esta manera) con el único propósito de modular la realidad legal o normativa a la concreta situación empresarial que se está viviendo.

⁷⁵ En el sentido de su admisión De Val Tena, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 110. En sentido contrario, Ballester Pastor, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág.72 y Alzaga Ruiz, I.: “La relación laboral de los artistas”, op.cit., pág.183.

⁷⁶ Hurtado González, L.: “La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos y especialidades del régimen jurídico laboral”, op.cit.

Las disquisiciones continúan con el tratamiento que se le debe ofrecer a los supuestos en los cuales las cláusulas contractuales que señalan el período de prueba no respetan los máximos legales (o convencionales) fijados. De nuevo división doctrinal; algunos autores defienden la nulidad de la cláusula⁷⁷, mientras que otros arguyen a favor de la conservación de la misma, aun cuando se produciría su automática reconversión a la legalidad.

En atención a las mismas consideraciones que nos hacían concluir en la posibilidad de que el convenio colectivo modificara los tiempos de prueba (supletoriedad del Estatuto y principio "donde la ley no distingue no debemos distinguir") entendemos que la inobservancia contractual en sus límites normativos, supondrán no la nulidad de la cláusula considerada globalmente sino la adaptación a los máximos permitidos. Recordemos que esta es la solución por la que nuestros tribunales se han decantado cuando esta situación se produce cuando se aplica el artículo 14 del Estatuto, en virtud del principio de conservación del negocio.

8. EL PERÍODO DE PRUEBA EN OTRAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES

Existen otras relaciones laborales especiales que, a pesar de estar adornadas de características tales que les hacen merecedoras de un régimen normativo propio, no se escapan a la influencia que directamente ejerce el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores sobre ellas.

En este sentido cabe mencionar a la relación laboral especial de los representantes de comercio, cuya normativa propia de aplicación recoge la aplicación automática y directa de cuantas previsiones se establecen para el resto de relaciones laborales ordinarias⁷⁸.

En la relación laboral especial entablada por penados de instituciones penitenciarias no aparece ningún precepto de su normativa propia (Real Decreto 782/2001) que aluda al período de prueba y, teniendo en consideración que el Estatuto de los Trabajadores no es de aplicación directa ni siquiera supletoria, a menos que el texto normativo (o el desarrollo del mismo) lo indique expresamente, entendemos que no se puede acordar en este supuesto el período de

⁷⁷ De Val Tena, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.110 y Hurtado González, L.: "La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos y especialidades del régimen jurídico laboral", op.cit., son de la opinión de que no es posible su reconducción al máximo reglamentario; Alzaga Ruiz, I.: "La relación laboral de los artistas", op.cit. pág.182 y 183.

⁷⁸ Art. 3.3 del Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto: "El período de prueba se regulará por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores."

prueba, asumiendo como propia la visión expuesta doctrinalmente⁷⁹ al amparo de la normativa anterior. A esta conclusión también llegamos al comprobar cómo el desistimiento empresarial no es causa de extinción del contrato y la falta de referencia a la autonomía contractual para delimitar los contornos no diseñados en el reglamento referenciado.

Entendemos que acaso en la mente del legislador está la consideración de que siendo la única posibilidad contractual admitida la del contrato para obra o servicio determinado, la posición del empresario (organismo autónomo estatal o autonómico) no se ve seriamente perjudicada por el diseño de un sistema extintivo netamente causal.

Escaso es el tratamiento legal de la relación laboral especial de menores en centros de internamiento⁸⁰, siendo la regulación que se les dispensa “asimilado... a estos menores que a los penados en instituciones penitenciarias”⁸¹, por lo que se reiteran las conclusiones vertidas en los párrafos precedentes.

Expresamente excluidos de la posibilidad de concertar el período de prueba se encuentra el colectivo que entabla una relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, de conformidad con lo dispuesto por el art.3.5 del Real Decreto 1146/2006. Quizás la razón de la imposibilidad de concertar la prueba para este grupo de trabajadores es la singular naturaleza del contrato que atiende no solo a la práctica profesional de los conocimientos que ya se poseen, sino a la propia formación especializada que se recibe durante el transcurso del contrato.

Ese doble objetivo imposibilitaría la prueba, por cuanto se estima la necesidad de que transcurra un lapso determinado para conocer si ese trabajador merece o no la calificación (a través del informe correspondiente final) de “especialista”. Esta función a la que sirve el contrato se imposibilitaría si se dejara en manos del empresario (pues intacta, no obstante, está la capacidad dimisoria del trabajador por obra del art. 11.1.d) de la normativa específica) la extinción unilateral acausal durante su vigencia.

9. CONCLUSIONES

Tras un análisis de cada una de las relaciones laborales de carácter especial en donde se ha tratado de dar respuesta individualizada al tratamiento normativo del período de prueba, se hace necesario cerrar el presente ofreciendo una visión

⁷⁹ De Val Tena, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.117.

⁸⁰ Art.2.1.i) del Estatuto de los Trabajadores, Art.39 Ley 53/2002, de 30 de diciembre.

⁸¹ Cruz Villalón, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág.50.

global que nos permita comprobar cómo se comporta el instituto probatorio regulado con carácter general en el art.14 del Estatuto de los Trabajadores y, específicamente, en qué supuestos actúa este como norma supletoria.

En este sentido, se observa cómo la supletoriedad –o no- del precepto enunciado comparte la misma suerte que la relación laboral especial considerada en su conjunto, consiguiendo de esta forma dotar de coherencia a cada uno de los vínculos especiales aquí abordados.

Con base a la anterior aseveración estamos en condiciones de negar la aplicación supletoria del Estatuto de los Trabajadores (y, por ende, de las previsiones comunes de la prueba) a la relación laboral de alta dirección. De esta forma, las partes son libres para establecer la regulación de la cláusula probatoria –sin subvertir su naturaleza esencial- con la única limitación que se deriva del período máximo legal/especial de concertación en los supuestos en los que este contrato de alta dirección fuera concertado por tiempo indefinido.

Para el resto de las relaciones laborales especiales la norma básica laboral actúa supletoriamente. Con relación a la prueba, en ocasiones la normativa específica es autosuficiente -lo que nos exime de acudir al instrumento normativo general- mientras que en otras será necesario completar la regulación con las previsiones contenidas en el Estatuto de los Trabajadores.

Las muestras de esta autoregulación normativa completa a través de la Ley que diseña la comprensión de la figura contractual especial las encontramos en la relación laboral que mantienen los penados en instituciones penitenciarias, menores en centros de internamiento o el personal sanitario que concierta una relación laboral especial de residencia para la formación, no siendo en ninguno de los supuestos señalados posible la previsión de la cláusula probatoria.

En otras ocasiones, la supletoriedad no solo es expresa sino que su alcance es absoluto, por cuanto se produce una remisión en bloque al tratamiento general o común de la prueba (es lo que ocurre con la relación laboral de los operadores mercantiles cuando no asumen el buen fin de la operación).

Y, por último, nos encontramos con una suerte de relaciones laborales especiales en los que el tratamiento especial y común ha de combinarse. Esto es lo que acaece con el vínculo laboral que se mantiene con un deportista profesional, con un abogado que presta sus servicios en un despacho profesional del que no es titular, la relación doméstica o los artistas.

En ocasiones, el único matiz que introduce la norma especial con relación a los mandatos legales comunes es el relativo al plazo máximo legal de concierto. Así en la relación laboral especial de deportistas profesionales, en donde la única innovación reseñable era la relativa a la duración máxima legal, declarándose la

supletoriedad del art.14 del Estatuto de los Trabajadores para todo lo demás.

Similares consideraciones a apuntar con respecto a la relación especial de abogados. Aquí, los criterios para señalar los máximos legales de prueba dependen directamente de la modalidad de contratación –eventual o indefinida- empleada.

Supletoriedad también para lo no previsto en la normativa propia de regulación en los contratos de artistas, siendo escasas las especialidades que introduce la normativa propia y que atañen a la exigencia legal de que la vida de la relación laboral alcance un determinado lapso temporal (superior a diez días) así como a los máximos de duración de la prueba que se establecen imperativamente (sin margen alguno para la modulación convencional) para lograr la congruencia con la duración total del lazo laboral.

Necesidad también tendremos de acudir al art.14 del Estatuto de los Trabajadores cuando se prevea contractual y expresamente la prueba en la relación laboral de servicio doméstico, con la única salvedad de la regulación que particular y específicamente se contiene para el plazo máximo de preaviso (aspecto este tratado por la normativa propia).

Acaso la relación laboral especial que más problemas de interpretación puede entrañar es la relativa a la que mantienen los minusválidos con los centros especiales de empleo, por la literalidad con la que se expresa el legislador de la norma particular. En este sentido, la supletoriedad del art.14 del ET quedaría circunscrita a los supuestos en los que las contratantes hubieran deseado concertar un período de prueba (no el de adaptación) así como en las hipótesis en las que el período de adaptación no hubiera respetado los mandatos legales y se admitiera la reconducción de esta figura a la cláusula probatoria.