

FERMÍN GALLEGO MOYA

# EL PERÍODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO DE TRABAJO

Problemas actuales  
a la luz de la jurisprudencia  
y de los convenios colectivos

1ª edición

THOMSON REUTERS  
**ARANZADI**

Primera edición, mayo 2016



El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2016 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Fermín Gallego Moya]

Editorial Aranzadi, SA  
Camino de Galar, 15  
31190 Cizur Menor (Navarra)  
ISBN: 978-84-9135-027-9  
Depósito Legal: NA 788/2016  
Printed in Spain. Impreso en España  
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA  
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL  
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11  
31013 Pamplona

## Sumario

	<u>Página</u>
ABREVIATURAS .....	15
PRÓLOGO .....	19
INTRODUCCIÓN	
<b>A. Planteamiento y contextualización</b> .....	31
<b>B. Objetivos</b> .....	41
<b>C. Estructura</b> .....	46
CAPÍTULO I	
<b>CUESTIONES GENERALES</b> .....	55
<b>1. Delimitación del período de prueba</b> .....	55
<i>A. Estabilidad en el empleo</i> .....	55
<i>B. Funcionalidad teórica y real de la institución</i> .....	58
<i>C. Naturaleza jurídica</i> .....	64
<b>2. Regulación</b> .....	71
<i>A. Cuadro de fuentes estatales</i> .....	71
<i>B. Normación internacional</i> .....	73
<i>C. Papel de los convenios colectivos</i> .....	79
<b>3. Derechos y obligaciones durante la prueba</b> .....	83
<i>A. La experimentación como presupuesto legitimador de la prueba</i> ....	83
<i>B. Aplicación del resto de instituciones laborales</i> .....	88
<i>C. Seguridad Social</i> .....	90
a. Cotización durante el período de prueba .....	90
b. Prestación por desempleo .....	91
<b>4. Efectos de la superación</b> .....	103
<i>A. Consolidación de la relación laboral y cómputo de antigüedad</i> ....	104

	<u>Página</u>
B. Consecuencias de la falta de alta en seguridad social por tiempo igual al período de prueba que pudiera establecerse legalmente . . . . .	107
C. Límites a la resolución por ineptitud sobrevenida . . . . .	111
<b>5. La negociación colectiva . . . . .</b>	<b>111</b>
A. Introducción . . . . .	111
B. Elección de la fórmula de regulación. Remisión al precepto legal o detalle del régimen jurídico . . . . .	113
C. Establecimiento del período de prueba y formalidades . . . . .	114
D. La obligatoriedad del período de prueba en los términos establecidos por el convenio colectivo . . . . .	115
E. Duración del período de prueba. Criterios de graduación . . . . .	117
F. Referencia a las experiencias propias del contrato a prueba . . . . .	122
G. Reconocimiento general de derechos y obligaciones . . . . .	124
H. Singularidades en función de la modalidad de contratación . . . . .	128
I. La interrupción del período de prueba. Supuestos y efectos . . . . .	130
J. Tratamiento de contrataciones anteriores. Restricciones o limitaciones en función de la relación previa de trabajo . . . . .	134
K. Libertad de resolución del contrato durante el período de prueba . . . . .	138
L. Aspectos varios . . . . .	141
M. Recapitulación . . . . .	142
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>FORMALIZACIÓN . . . . .</b>	<b>147</b>
<b>1. Compromiso expreso . . . . .</b>	<b>147</b>
A. La voluntad bilateral como requisito esencial . . . . .	147
B. Previsiones normativas o convencionales imponiendo la prueba . . . . .	148
C. Irrevocabilidad del consentimiento . . . . .	151
<b>2. Compromiso inicial . . . . .</b>	<b>153</b>
A. Determinación del momento de la génesis . . . . .	153
B. Efectos del período de prueba sobrevenido . . . . .	155
C. Referencias a los «períodos de prueba» al novarse el contrato . . . . .	158
<b>3. Compromiso escrito . . . . .</b>	<b>160</b>
A. Regla general: alcance y consecuencias . . . . .	160
B. Supuestos especiales . . . . .	162
<b>4. Recapitulación . . . . .</b>	<b>166</b>

	<u>Página</u>
CAPÍTULO III	
<b>DURACIÓN</b> .....	169
<b>1. Reglas generales</b> .....	170
<i>A. Establecimiento de plazos máximos y dispositivos</i> .....	170
<i>B. Límites a la negociación colectiva e individual</i> .....	173
<i>C. Cómputo de los plazos</i> .....	179
<b>2. Supuestos particulares</b> .....	182
<i>A. Duración coincidente de la relación laboral y de la prueba</i> .....	182
<i>B. Período de prueba superior de los límites temporales legal o convencionalmente establecidos</i> .....	184
<i>C. Supuestos de suspensión contractual</i> .....	187
<i>D. Paralización del cómputo de la prueba</i> .....	192
<b>3. Supuestos de previo conocimiento de las cualidades del trabajador</b> .....	197
<i>A. Supuestos de recontractación</i> .....	197
a. Identidad del empleador .....	198
b. Novaciones en el empleador, sucesión de empresas y ETTs .....	202
c. Identidad de funciones .....	204
d. Inocuidad de la previa modalidad contractual .....	205
<i>B. Alcance temporal de la prohibición</i> .....	207
a. Separación entre los distintos contratos .....	207
b. Brevedad de la prueba precedente .....	209
<i>C. Existencia de previos procesos selectivos, cursos o pruebas no superadas</i> .....	212
a. En empresas privadas .....	212
b. En el sector público .....	214
c. No superación de previo período de prueba .....	218
<i>D. Recapitulación</i> .....	219
<b>4. Modalidades contractuales y supuestos especiales</b> .....	221
<i>A. Contratos temporales</i> .....	221
<i>B. Contratos a tiempo parcial</i> .....	225
<i>C. Contratos formativos</i> .....	229
a. Contrato de trabajo en prácticas .....	230
b. Contrato para la formación .....	232
<i>D. Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores</i> .....	234

	<i>Página</i>
a. Regulación legal y justificación del supuesto . . . . .	234
b. Funcionalidad del período de prueba . . . . .	237
c. Criterios iniciales de los Tribunales ordinarios . . . . .	240
d. Perspectiva constitucional. La STC 119/2014, de 16 de julio . . . . .	250
e. Panorama judicial tras la STC 119/2014, de 16 de julio . . . . .	254
f. La valoración empresarial de la viabilidad económica del contrato. La STC 8/2015, de 22 de enero . . . . .	261
g. Perspectiva comunitaria. La STJUE de 5 de febrero de 2015 (Asunto C-117/14) . . . . .	262
h. Posibilidades actuales ¿Control de convencionalidad versus control de constitucionalidad? . . . . .	264
i. Últimos pronunciamientos reseñables . . . . .	266
j. La STC 140/2015, de 22 de junio . . . . .	272
<i>F. Relaciones laborales especiales . . . . .</i>	<i>275</i>
a. Personal de Alta Dirección . . . . .	276
b. Servicio del hogar familiar . . . . .	284
c. Penados en instituciones penitenciarias . . . . .	288
d. Deportistas profesionales . . . . .	291
e. Artistas en espectáculos públicos . . . . .	296
f. Representantes de comercio y mediadores . . . . .	298
g. Trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo . . . . .	300
h. Estibadores portuarios contratados por las sociedades anónimas de gestión de trabajadores portuarios para realizar actividades integradas en el servicio portuario de manipulación de mercancías . . . . .	305
i. Residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud . . . . .	308
j. Abogados en despachos (individuales o colectivos) . . . . .	311
<i>F. Empleados públicos . . . . .</i>	<i>314</i>
a. En general . . . . .	314
b. Personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares . . . . .	321
<i>G. Socios trabajadores de cooperativas . . . . .</i>	<i>325</i>
<i>H. Trabajadores sujetos a pactos de permanencia o no competencia . . . . .</i>	<i>328</i>
<i>I. A modo de conclusión . . . . .</i>	<i>336</i>

	<u>Página</u>
CAPÍTULO IV	
<b>EXTINCIÓN DEL CONTRATO</b> .....	343
<b>1. El vector temporal</b> .....	343
<i>A. Momento hábil para el desistimiento: durante el transcurso del período de prueba</i> .....	343
<i>B. Ausencia de preaviso</i> .....	346
<b>2. El vector formal</b> .....	350
<i>A. Inexigibilidad de forma escrita</i> .....	350
<i>B. Comunicación a los representantes de los trabajadores</i> .....	353
<i>C. Inexigibilidad de causa</i> .....	357
<i>D. Utilización del desistimiento como sustituto irregular de la extinción formal</i> .....	364
<i>E. Recapitulación</i> .....	367
<b>3. El vector constitucional</b> .....	369
<i>A. Regla general: desistimiento y respeto a los derechos fundamentales</i> .	369
<i>B. Protección del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo de la mujer trabajadora</i> .....	378
<i>C. Protección de los derechos fundamentales: indicios e inversión de la carga de la prueba</i> .....	386
<i>D. La nulidad objetiva ex lege en ciertos despidos y el desistimiento</i> ...	390
a. Doctrina Judicial .....	395
b. Doctrina del Tribunal Supremo .....	396
c. Doctrina del Tribunal Constitucional .....	401
<i>E. Otros supuestos reseñables</i> .....	405
<i>F. Consideraciones críticas</i> .....	407
<b>4. Desistimiento durante la incapacidad temporal</b> .....	410
<i>A. Planteamiento general</i> .....	410
<i>B. Límites a la decisión empresarial</i> .....	412
<i>C. Incapacidad temporal derivada de enfermedad común y vulneración de derechos fundamentales</i> .....	413
a. Cuestiones generales .....	413
b. Licitud inicial del desistimiento .....	417
c. Inocuidad de la causa de la incapacidad temporal .....	419
<i>D. Consideraciones finales</i> .....	421

	<i>Página</i>
<b>5. Fenómenos interempresariales</b> .....	423
<i>A. Sucesión empresarial</i> .....	423
<i>B. Cesión ilegal de trabajadores</i> .....	437
<i>C. Empresas de trabajo temporal</i> .....	439
<i>D. Recapitulación</i> .....	451
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	455

## ANEXOS

<b>1. Relación de sentencias</b> .....	477
<i>A. Cuestiones generales</i> .....	477
a. Delimitación del periodo de prueba .....	477
b. Regulación .....	478
c. Derechos y obligaciones durante la prueba .....	478
d. Efectos de la superación .....	478
e. La negociación colectiva .....	479
<i>B. Duración</i> .....	479
a. Reglas generales .....	479
b. Supuestos particulares .....	482
c. Supuestos de previo conocimiento de las cualidades del trabajador .....	482
d. Modalidades contractuales y supuestos especiales .....	483
<i>C. Extinción del contrato</i> .....	487
a. El vector temporal .....	487
b. El vector formal .....	487
c. El vector constitucional .....	488
d. Desistimiento durante la incapacidad temporal .....	490
e. Fenómenos interempresariales .....	491
<b>2. Relación de convenios colectivos</b> .....	493
<b>3. Legislación básica</b> .....	601
3.1. <i>Normativa interna</i> .....	601
3.2. <i>Normativa Internacional</i> .....	611
3.2. <i>Normativa Comunitaria</i> .....	613
<b>ANEXO DOCUMENTAL</b> .....	615