

## **No es válido el periodo de prueba pactado en el contrato de trabajo con remisión al convenio colectivo que se limita a fijar la duración máxima**

**Estima la Sala el recurso interpuesto por la trabajadora recurrente y declara su cese como despido improcedente. Basa su fallo en que no es válido el periodo de prueba que se pactó en el contrato de trabajo haciendo constar que se establecía según Convenio, cuándo éste fija varios periodos de prueba con duraciones máximas que varían entre 15 días y 6 meses en función de la categoría profesional del trabajador.**

La norma colectiva no fija unas duraciones concretas de cada uno de los periodos de prueba, con lo que se ha vulnerado el derecho de la trabajadora a la fijación por escrito de la duración exacta del periodo de prueba, lo que le creó una grave inseguridad jurídica en relación con el alcance de una cláusula contractual que permitía la extinción a voluntad del contrato de trabajo, sin indemnización alguna.

### **TRIBUNAL SUPREMO**

#### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia 270/2023, de 12 de abril de 2023**

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 1269/2022

Ponente Excmo. Sr. JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

En Madrid, a 12 de abril de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada D.ª Nerea Lekue Tolosa, en nombre y representación de D.ª Fermina, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en fecha 15 de febrero de 2022, en recurso de suplicación n.º 1781/2021, interpuesto contra la sentencia de fecha 17 de marzo de 2021, dictada por el Juzgado de la Social número Seis de Bilbao, en autos n.º 1115/2020, seguidos a instancia de D.ª Fermina contra Insignia Rehabilitación y Arquitectura SL y el Fondo de Garantía Salarial (Fogasa).

Ha comparecido en concepto de recurrido Insignia Rehabilitación y Arquitectura SL, representada por la Procuradora D.ª Amaya Alonso Asla y asistida por el Letrado D. Ignacio Moreno Albendea.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 17 de marzo de 2021, el Juzgado de lo Social número Seis de Bilbao, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que, desestimando la demanda interpuesta por Dña. Fermina frente a INSIGNIA REHABILITACION Y ARQUITECTURA SL, en Autos 1115/2020, absuelvo a la demanda de cuanto se pedía".

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

"Primero: Dña. Fermina ha venido prestando sus servicios para INSIGNIA REHABILITACION Y ARQUITECTURA SL (Construcción) como Jefa de 1.ª administrativa desde el 22-7-2020 y con un salario anual de 30.040,17 euros.

Segundo: El contrato suscrito era de carácter temporal, llamado a mantenerse hasta el 16-7-2021, basado en circunstancias de producción.

El contrato se formaliza en el formulario genérico aportado por el Ministerio para los contratos de trabajo temporal. El mismo incluye una cláusula del siguiente tenor:

"La duración del presente contrato se extenderá desde el 22-7-2020 al 16-7-2020. Se establece un perlado de prueba de...S/C..."

Tercero: La actora interesó en el momento de suscribir el contrato que su duración finalizara el 16-7-2020, en lugar de en el día 21-7-2020.

Cuarto: Fue cesada el 23-11-2020, invocando la empresa la no superación del periodo de prueba, empleándose estos términos: *"Encontrándose su contrato de trabajo en fase de período de prueba [...], por medio del presente le comunicamos nuestra decisión de dar por rescindida la relación laboral con usted con fecha de efectos de 23 de noviembre de 2020"*.

Quinto: Se presentó papeleta ante el SMAC el 4-12-2020, sin que se intentara el acto por causa de la pandemia".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, por la representación letrada de D.<sup>ª</sup> Fermina, formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia en fecha 15 de febrero de 2022, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por Fermina frente a la sentencia de 17 de Marzo de 2021 (autos 1115/20) dictada por el Juzgado de lo Social n.º 6 de Vizcaya en procedimiento sobre despido instado por la recurrente contra Insignia Rehabilitación y Arquitectura S.L. y el Fondo de Garantía Salarial, debemos confirmar la resolución impugnada".

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior del País Vasco, por la representación letrada de D.<sup>ª</sup> Fermina, se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 2021 (recurso 3340/2019).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso y habiendo sido impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar el recurso procedente, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 12 de abril de 2023, en cuya fecha tuvo lugar.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El debate casacional consiste en determinar si es válido el periodo de prueba que se ha pactado en el contrato de trabajo haciendo constar: "Se establece un periodo de prueba de S/C". El convenio colectivo fija la duración máxima del periodo de prueba.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 333/2022, de 15 febrero (recurso 1781/2021) declaró la validez del periodo de prueba y desestimó la demanda de despido.

2.- Contra ella recurre en casación unificadora la parte actora con un único motivo en el que denuncia la infracción del art. 14 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), alegando que el periodo de prueba no es válido.

3.- La parte demandada presentó escrito de impugnación del recurso en el que niega el requisito de contradicción entre la sentencia recurrida y la referencial y argumenta que la doctrina contenida en la sentencia recurrida es conforme a derecho.

El Ministerio Fiscal informó a favor de la estimación del recurso.

SEGUNDO.- 1.- Debemos examinar si concurre el requisito de contradicción exigido por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS).

En la sentencia recurrida, la actora había suscrito un contrato temporal eventual por circunstancias de la producción, que incluía la siguiente cláusula:

"La duración del presente contrato se extenderá desde 22/07/2020 hasta 16/07/2021. Se establece un periodo de prueba de S/C".

La trabajadora fue cesada el 23 de noviembre de 2020 por no superación del periodo de prueba. La sentencia recurrida argumenta que sí que hubo pacto y que la reseña del convenio colectivo no admite otra interpretación, considerando la sala suficiente tal remisión, sin apartarse de lo regulado por el convenio. Por ello, confirma la sentencia de instancia, desestimatoria de la demanda de despido.

2.- Se invoca de contraste la sentencia del TS 1246/2021, de 9 diciembre (rcud 3340/2019), que desestimó el recurso y confirmó la sentencia impugnada que declaró la nulidad del despido.

La trabajadora había prestado servicios en virtud de una relación laboral por tiempo indefinido. En el contrato de trabajo se fijó un periodo de prueba "según convenio o art. 14 ET".

En el proceso de selección la actora comunicó que estaba embarazada. Asimismo, comunicó la baja por incapacidad temporal. La empresa le comunicó la finalización de su contrato por no superar el periodo de prueba.

La sentencia referencial argumenta que la fijación por escrito de la duración exacta del periodo de prueba es un derecho mínimo del trabajador cuya motivación tiene su causa en sus consecuencias (desistimiento sin derecho a indemnización) y en el caso la remisión al periodo regulado en el convenio o al art. 14 del ET no satisface dichas exigencias, porque ni el convenio ni el ET fijan una duración concreta del periodo de prueba sino una duración máxima. Por ello, confirma la sentencia recurrida, que había confirmado la sentencia dictada por el juzgado de lo social, en la que se declaraba la nulidad del despido.

3.- Concurre el requisito de contradicción entre ambas sentencias. La controversia litigiosa es sustancialmente igual: en el contrato de trabajo se pacta un periodo de prueba con remisión al convenio colectivo. Tanto la norma colectiva aplicable en el supuesto enjuiciado por la sentencia recurrida como el convenio colectivo de la sentencia referencial, fijan unas duraciones máximas de los periodos de prueba. No es relevante a estos efectos que en uno de los supuestos la relación laboral fuera temporal y en el otro no, ni que la trabajadora de la sentencia referencial se encontrase embarazada. Las pretensiones en ambas resoluciones radican en determinar si existió un despido o un desistimiento durante el periodo de prueba.

En mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, ambas sentencias dictan pronunciamientos contradictorios que deben ser unificados.

TERCERO.- 1.- El art. 14.1 del ET dispone:

"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".

2.- El art. 8.1 del Convenio Colectivo del sector de la Construcción Bizkaia, establece:

"Podrá concertarse por escrito un período de prueba que en ningún caso podrá exceder de:

a) Titulados superiores y medios: 6 meses.

b) Empleados:

- Niveles III, IV y V: 3 meses.

- Niveles VI al X: 2 meses.

- Resto de personal: 15 días naturales.

c) Personal operario:

- Encargados y Capataces: 1 mes.

- Resto de personal: 15 días naturales."

3.- La mentada sentencia del TS 1246/2021, de 9 diciembre (rcud 3340/2019), niega eficacia al periodo de prueba con los argumentos siguientes:

a) El art. 14.1 del ET impone un requisito formal: el periodo de prueba debe concertarse por escrito.

b) Deberá consignarse su duración porque el periodo de prueba tiene unos límites de duración que han de respetarse y que son los establecidos en los convenios colectivos y, en su defecto, en el propio artículo 14 del ET.

c) El trabajador tiene derecho a la fijación por escrito de la duración exacta del periodo de prueba. La razón es que, durante el mismo, cualquiera de los contratantes está facultado para desistir del contrato, sin derecho a indemnización alguna, consecuencia particularmente grave para el trabajador.

d) La remisión contractual al periodo de prueba previsto en el convenio colectivo no cumple esas exigencias porque ni la norma colectiva ni el art. 14 del ET establecen una duración concreta del periodo de prueba, sino que lo que establecen es la duración máxima del periodo de prueba.

e) Ello crea una grave inseguridad para el trabajador porque desconoce en que momento, dentro de la horquilla de seis meses que fijan dichos preceptos, ha finalizado el periodo de prueba. No hay razón alguna para entender que la duración pactada sea de seis meses, ya que se ha hecho una remisión genérica a las citadas normas, pero sin establecer que la duración a la que la remisión se refería era la duración máxima.

Se establece una salvedad: "Cuestión distinta sería si el Convenio Colectivo fijará una duración concreta al periodo de prueba, -no una duración máxima- en cuyo caso si sería válido el periodo de prueba pactado remitiendo al fijado en Convenio Colectivo."

CUARTO.- 1.- La aplicación de la citada doctrina a la presente litis, por unos elementales principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley y ante la inexistencia de razones para llegar a la conclusión contraria, obliga a negar validez al periodo de prueba.

El presente contrato de trabajo establece el periodo de prueba según convenio. Y el convenio colectivo estatuye varios periodos de prueba con duraciones máximas que varían entre 15 días y 6 meses en función de la categoría profesional del trabajador. La norma colectiva no fija unas duraciones concretas de cada uno de los periodos de prueba.

Se ha vulnerado el derecho de la trabajadora a la fijación por escrito de la duración exacta del periodo de prueba, lo que le creó una grave inseguridad jurídica en relación con el alcance de una cláusula contractual que permitía la extinción *ad nutum* (a voluntad) del contrato de trabajo, sin indemnización alguna. Por ello, al carecer de validez el periodo de prueba, la extinción del contrato de trabajo constituye un despido improcedente.

2.- En la demanda rectora de la presente litis se solicitaba la declaración de nulidad y subsidiariamente de improcedencia del despido. En el recurso de casación unificadora solamente se solicita que se declare la improcedencia del despido. La estimación del recurso obliga a estimar en parte la demanda, denegar la pretensión de que se declare la nulidad del despido y declarar la improcedencia del despido.

QUINTO.- 1.- La declaración del despido como improcedente obliga a calcular la indemnización extintiva de acuerdo con el artículo 110.1 de LRJS y con el artículo 56.1 del ET ascendiendo a "treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades". Ello significa que por cada mes de prestación de servicios laborales se devengan 2,75 días indemnizatorios (33 días de salario anuales divididos por los 12 meses del año), con el tope de 720 días.

El cálculo de esta indemnización debe hacerse sobre la base del periodo en que la parte actora ha prestado servicios laborales para el empleador, tomando como fecha inicial el día 22 de julio de 2020, correspondiente a la antigüedad reconocida en esta resolución y como fecha final el día de extinción de la relación laboral: 23 de noviembre de 2020. El prorrateo de los días que exceden de un mes completo se computa como si la prestación de servicios se hubiera efectuado durante toda la mensualidad: se considera como un mes completo. Por consiguiente, debemos contabilizar cinco meses de prestación de servicios.

Aplicando el referido criterio, la indemnización total asciende a 1.131,65 euros. De esa cuantía debe deducirse la indemnización que por cese del contrato haya podido percibir la parte demandante.

2.- Respecto de los salarios de tramitación, en la presente litis se suscribió un contrato temporal con una duración prevista hasta el 16 de julio de 2021, sin que se haya acreditado que se tratase de una relación laboral fraudulenta, por lo que la condena, en su caso, al pago de los salarios de tramitación, debe limitarse hasta la citada fecha.

SEXTO.- En consecuencia, de conformidad con el Ministerio Fiscal, debemos estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la parte actora, casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación, estimando el recurso de tal clase interpuesto por la demandante. Estimamos en parte la demanda formulada. Denegamos la pretensión de que se declare la nulidad del despido. Declaramos la improcedencia del despido de la demandante. Condenamos a la demandada a que readmita inmediatamente a la trabajadora en las mismas condiciones que regían, o bien, a elección de la empresa, a la extinción de la relación laboral con abono de la indemnización de 1.131,65 euros. Todo ello con abono, en el caso de opción por la readmisión, de los salarios de tramitación que no haya percibido hasta el 16 de julio de 2021. Dicha opción deberá ejercitarse en cinco días a partir de la notificación de esta sentencia. Si no se opta, se entenderá que procede la readmisión. Sin condena al pago de costas ( art. 235 de la LRJS).

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

- 1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.<sup>ª</sup> Fermina.
- 2.- Casar y anular la sentencia dictada por el del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 333/2022, de 15 febrero (recurso 1781/2021).
- 3.- Resolver el debate suscitado en suplicación, estimar el recurso interpuesto por la trabajadora y revocar la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Seis de Bilbao de fecha 17 de marzo de 2021, procedimiento 1115/2020.

4.- Estimar en parte la demanda de la trabajadora. Denegar la pretensión de que se declare la nulidad del despido. Declarar como despido improcedente su cese, condenando a Insignia Rehabilitación y Arquitectura SL a que readmita inmediatamente a la actora en las mismas condiciones que regían, o bien, a elección de la empresa, a la extinción de la relación laboral con abono de la indemnización de 1.131,65 euros. Todo ello con abono, en el caso de opción por la readmisión, de los salarios de tramitación que no haya percibido hasta el 16 de julio de 2021. Dicha opción deberá ejercitarse en cinco días a partir de la notificación de esta sentencia. Si no se opta, se entenderá que procede la readmisión.

Sin condena al pago de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.