

Sobre el voto particular formulado acerca de la constitucionalidad del período de prueba establecido por el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores: remisión al formulado en la STC 119/2014, de 16 de julio: una construcción jurídica impecable

MARÍA LUISA MOLERO MARAÑÓN
Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos
 <https://orcid.org/0000-0001-6590-7293>

I. LA TRASCENDENCIA DE SU LEGADO EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA SATISFACCIÓN DE UN VINCULO ACADÉMICO Y PERSONAL INQUEBRANTABLE

La sentencia 140/2015, de 22 de junio (BOE nº 182, de 31 de julio) resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco respecto del apartado primero del artículo 4.3 de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, referido a la ampliación de la duración del período de prueba de un año del nuevo contrato indefinido de apoyo a los emprendedores. Como no podía ser de otro modo, la Sala del Tribunal Constitucional remite a la doctrina sentada en las SSTC 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero para resolver las dudas de constitucionalidad planteadas, y consecuentemente el Magistrado don Fernando Valdés, junto con la Magistrada doña Adela Asua Batarrita formulan el Voto Particular que adoptaron en su momento frente a la STC 119/2014, de 16 de julio, al que expresamente se remiten, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.

Por tanto, realmente, me dispongo a comentar el texto del Voto Particular adoptado frente a la STC 119/2014, sobre la constitucionalidad del período de prueba de un año fijado en el contrato de duración indefinida de apoyo a emprendedores que entienden que debió de ser declarado inconstitucional por vulneración del derecho al trabajo (art. 35 CE). Sólo destacar que en esta cuestión de inconstitucionalidad, el Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones, interesó la estimación de la presente cuestión por considerar que la extensión de un año de la duración del período de prueba del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores resulta contraria a los arts. 9.3, 14, 35.1 y 37.1 del texto constitucional, coincidiendo con la tesis del Voto Particular.

Al margen del estudio que realizare, a continuación, dicho homenaje me permite reencontrarme con uno de los Votos Particulares más brillantemente contruidos por mi Maestro el profesor Fernando Valdés. En este sentido, no puedo dejar de alabar este particular homenaje al Magistrado que nos dejó un legado de su pensamiento y construcción jurídica digna de análisis y estudio; estoy convencida de que se hubiera sentido especialmente honrado con esta obra colectiva liderada por el profesor Monereo.

Junto a ello, no puedo dejar de expresar públicamente en estas consideraciones iniciales, mi satisfacción fundamentalmente personal por haberme formado con dicho excelente jurista. Nos enseñó a todos los que pertenecemos a su Escuela con su ejemplo, el rigor, la búsqueda de la excelencia, la profundidad en el análisis, y de manera especial la valentía en la adopción de posiciones o posturas minoritarias, sin renunciar a sus convicciones, fuera cual fuera el resultado final en el que derivasen. No obstante, sí me siento deudora en mi carrera profesional por sus enseñanzas, mi agradecimiento es

sin duda mayor en el plano personal; siempre confío en mí, me brindo su tiempo, —el hombre traperero del tiempo como se autodefinía—, su amistad, y su apoyo en todos y cada uno de los momentos cruciales que conforman una vida a lo largo de mis últimos 30 años. Sólo puedo dar las gracias por haber compartido ese vínculo tan especial con Fernando.

II. LOS LIMITES EN LA CONFIGURACIÓN JURIDICA DE LA EXTINCIÓN CONTRACTUAL POR DECISIÓN UNILATERAL DEL EMPRESARIO: CONDICIONANTES CONSTITUCIONALES E INTERNACIONALES

La cuestión medular que ocupa la argumentación de este Voto Particular, es nada menos que la configuración del poder extintivo del empresario y, sobre todo, sus límites en atención al reconocimiento del derecho al trabajo y su posición central en el Estado social y democrático de Derecho¹. En particular, se trata de dirimir la interpretación del artículo 35 de nuestra Constitución que reconoce el derecho al trabajo, situado en el capítulo II del título I (art. 35.1 CE), y que, como se sabe, no permite su exigibilidad directa ante los tribunales ordinarios, ni la posibilidad de formalizar recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional. Pese a lo anterior, durante la larga trayectoria del Tribunal Constitucional ha habido importantes pronunciamientos que han marcado el rumbo del significado del derecho al trabajo que condicionan decisivamente la configuración normativa del despido. A este respecto, el Magistrado Fernando Valdés en su razonamiento fija, a la luz de los antecedentes constitucionales, los límites insoslayables que el legislador no puede traspasar, cuando reglamenta la extinción del contrato de trabajo, y en particular, cuándo ésta se produce por voluntad unilateral del empresario, que es la mayor repercusión que se produce, cuando se materializa la no superación del período de prueba que aquí se cuestiona. El primero de los límites se concreta en que el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) en su vertiente individual hace referencia al derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir “en el derecho a no ser despedido sin justa causa” (STC 22/1981, de 2 julio, Fj 4), que excluye por mandato constitucional las extinciones *ad nutum*, que inciden en el contenido esencial del derecho al trabajo (STC 192/2003).

En suma, el legislador no puede desconocer el derecho al trabajo *ex* artículo 35 CE, que impone una configuración formal y causal de cualquier manifestación extintiva del contrato de trabajo debida a la voluntad unilateral del empresario, que incluye asimismo una “reacción firme” del ordenamiento contra las extinciones sin causa. Una consideración es clara y ha de defenderse en un sistema jurídico de relaciones laborales maduro configurado en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 en relación art. 9.2 CE), y es que nuestra Constitución no tolera en la juridificación del despido el desistimiento *ad nutum* o despido libre que resultaría de todo punto incompatible con el artículo 35.1 CE.

Dichas conclusiones se apoyan de forma impecable con las fuentes internacionales que vinculan al legislador español, por ser normas vinculantes, tal y como sucede con las disposiciones comunitarias (art. 93 CE), o pasan a formar parte del ordenamiento interno, como se produce con los tratados internacionales (art. 96 CE), resultando además que en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, la interpretación de los mismos ha de hacerse de acuerdo a los tratados y acuerdos internacionales sobre dichas materias (art. 10.2 CE). El profesor Valdés con un dominio absoluto del valor que ostenta en nuestro ordenamiento las diferentes normas internacionales y resoluciones va desgranando su trascendencia en el ámbito de la extinción contractual. Así, y comenzando por el derecho comunitario, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 (Carta de Niza) incorporada al Tratado de la Unión en virtud del Tratado de Lisboa 2007 (art. 6) refuerza significativamente el carácter causal del despido y la necesidad de adoptar un sistema de reacción adecuado contra los ceses injustificados. De esta forma, se declara por el artículo 30 Carta cuando establece “el derecho de todo trabajador a una protección en caso de despido injustificado”. De

¹ Vid. al respecto, la obra VV.AA.: *El despido en España tras la reforma laboral (2012-2014)*, VALDES DAL-RÉ, F., y MURCIA CLAVERÍA, A. (Dirs.), Madrid, Francis Lefevre, 2018.

otro lado, en el ámbito europeo, la Carta Social Europea revisada de 1961 consagra expresamente, un derecho a la protección en caso de despido que incluye el derecho a no ser despedido “sin justa causa” concretando dichos términos en el comportamiento o capacidad del trabajador o en la necesidad operativa de la empresa, así como al derecho de los trabajadores despedidos sin justa causa a una “indemnización adecuada o a otra reparación apropiada”. El aseguramiento de estos derechos implica garantizar que dicha medida (el despido) pueda ser recurrida ante un órgano imparcial.

Dentro de estos condicionantes internacionales, dicho Voto Particular alude a un pronunciamiento del Comité Europeo de Derechos sociales que entendió por unanimidad que el período de prueba de un año de duración de los nuevos contratos introducidos por el gobierno griego, es contrario al artículo 4.4 de la Carta Social Europea revisada, al considerar que dicho período es “tan amplio y su duración tan prolongada” que puede provocar que las garantías previstas en el precepto indicado se conviertan en ineficaces. A este respecto, es de destacar que dicho pronunciamiento se volvió a producir por el Comité Europeo expresamente sobre dicho artículo 4.3 de la Ley 3/2012, al entender que es contrario al artículo 4.4 de la Carta Social Europea revisada en sus conclusiones XX-2 (2013)². A este respecto, no podemos dejar de mencionar que el Comité en dichas conclusiones emitidas en Enero de 2015 sobre el Informe presentado por España, relativas al grado de cumplimiento de los derechos laborales de la Carta Social durante el período 2009-2012, inclusive la reforma laboral operada en España en el año 2012, se pronuncia en el sentido de que “la falta de preaviso y la ausencia de indemnización no previstos en el período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores ex artículo 4.3 de la Ley 3/2012 no es conforme a lo establecido en el artículo 4.4 de la Carta Social Europea”, solicitando al Estado Español que en el próximo informe indique el plazo de preaviso o/y la indemnización aplicable a la extinción del contrato durante el período de prueba establecido en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, reservándose en el intervalo su posición sobre dicho punto. En este sentido, es importante destacar como el Magistrado Fernando Valdés defendió en muchos de sus Votos Particulares la relevancia de los pronunciamientos del Comité europeo de Derechos sociales, y su vinculación como criterio interpretativo para los tribunales nacionales, de modo especial cuando se trataba de enjuiciar a los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 10.2 CE), planteándose el dialogo y la interacción existente entre los órganos de garantía de los derechos fundamentales laborales, en el que Comité Europeo era el gran marginado en el proceso de tutela multinivel de los derechos fundamentales³.

Dicha alusión de las fuentes internacionales que necesariamente se han de tener en cuenta se completa, como no podía ser de otro modo, con el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo nº 158 sobre terminación de la relación de trabajo, que fue ratificado por España el 16 de febrero de 1985, y que, por tanto, resulta norma vinculante del nuestro ordenamiento interno, en la que se regulan las garantías esenciales en las que se debe apoyar el régimen del despido (art. 4). De dicho precepto se deriva con claridad, una vez más, la necesaria exigencia causal del despido, así como sus garantías formales, y en general “todo el régimen mínimo que garantiza una protección adecuada contra los despidos injustificados” que debe necesariamente servir de pauta interpretativa en la elaboración constitucional y legal de dicho derecho fundamental. Si bien es cierto que dicho Convenio no sirvió para que la OIT reprobara un período de dos años en un contrato de trabajo indefinido (de nuevos empleos) en la legislación francesa en la que se suspendió las garantías previstas del despido empresarial, sin embargo la Cour de Cassation francesa si lo entendió contrario al artículo

² SALCEDO BELTRAN, C.: “Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos sociales y período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores: la aplicación del control de convencionalidad en España”, *Revista Lex social*, Vol. 4, nº 2, 2014.

³ En este sentido, se pronunció en su imprescindible obra, VALDES DAL-RÉ, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, Bomarzo, 2016, p. 10. Asimismo, véase también, JIMÉNEZ QUESADA, L., “Impacto práctico de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos sociales”, XXVII Jornadas catalanas de Derecho del Trabajo “In memoriam M.R. Alarcón”, Barcelona, 17-18 marzo 2016., <http://ignasibeltran.com/wp-content/uploads/2016/06/JimenaQuesadaLuis.pdf>

4 del Convenio nº 158 OIT. El Alto Tribunal francés consideró “que un período tan excesivo no es razonable, como exige el convenio de la OIT, pues priva al trabajador de lo esencial de sus derechos en materia de despido”, siendo dicha regresión contraria a los principios fundamentales del derecho del trabajo, privando a los trabajadores de las garantías de ejercicio de su derecho al trabajo. No puedo por más que indicar que en dicha alusión está presente el eterno afrancesamiento que distinguió al ahora homenajeado durante toda su carrera profesional que siempre admiró y bebió de las fuentes de nuestro país vecino, siendo un profesor querido y habitual en las aulas de las universidades francesas (de modo especial en París, Nanterre y en Lyon).

III. LA OPOSICIÓN AL TEST DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA DURACIÓN DEL PERÍODO DE PRUEBA DEL CONTRATO DE APOYO A EMPRENDEDORES REALIZADO POR LA SENTENCIA DE MAYORÍA

1. Funcionalidad del período de prueba en el contrato de trabajo

El Voto Particular parte de la competencia del Tribunal Constitucional para entrar a dirimir la constitucionalidad de la duración del período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores (art. 4.2 Ley 3/2012), al poder existir una colisión o concurrencia conflictiva entre dos derechos constitucionales: el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE). Por una parte, el período de prueba constituye una excepción al régimen jurídico ordinario de resolución de la relación laboral, al quedar suspendido la exigibilidad de la causa que forma parte del contenido del artículo 35 CE, y por otra, la facultad de despido se enmarca dentro de los poderes que el ordenamiento concede al empresario para la gestión de su empresa, conectando con el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de su productividad (art. 38 CE). Se trata por tanto de analizar si la excepción al régimen causal de la extinción que supone el período de prueba conllevando un sacrificio del derecho del trabajo frente a la libertad negocial del empresario no resulte desproporcionada.

Dicho esto, el Magistrado Valdés en su argumentación, analiza de una forma impecable la naturaleza y función que cumple el período de prueba en el contrato de trabajo. Dicha premisa de partida sitúa con brillantez el alcance de este pacto y su significado desde la perspectiva del derecho al trabajo, para posteriormente examinar la justificación de la ampliación de su duración que supone la previsión legal ahora impugnada (art. 4.2 Ley 3/2012). Pues bien, a la luz de su fundamentación, dicho período tiene como objetivo nuclear comprobar la aptitud profesional y la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado. Correlativamente, la finalidad primera y esencial de la institución es “consentir al empresario, en el supuesto de que el trabajador no haya superado satisfactoriamente la prueba, el desistir del contrato de trabajo sin necesidad de alegar justa causa, ni de abonar resarcimiento económico alguno”. Consecuentemente, como ya se ha indicado, se trata de una excepción al principio de causalidad que debe regir la extinción contractual por decisión unilateral del empresario que forma parte del derecho al trabajo (art. 35.1 CE), y por tanto, su ordenación jurídica “no admite excesos legislativos, no resultando admisibles aquellas regulaciones que no respondan a su función o que no respeten el principio de proporcionalidad entre el derecho que se pretende facilitar, la libertad de empresa (art. 38 CE), y el derecho que se sacrifica, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE)”.

Trasladándonos al régimen actual del período de prueba (art. 14 ET) introducida por la Ley 11/1994 se fijan dos premisas esenciales. La primera es que la norma legal regula duraciones máximas que supedita a la formación del trabajador que, como se sabe, son seis meses para los técnicos titulados, y dos meses para los demás trabajadores; duración que resulta dispositiva para la negociación colectiva a la que se posibilita pactar duraciones distintas sin sujeción a los límites legales, adaptando la regulación a las singularidades y necesidades de cada sector o empresa. Ahora bien, de dicha regulación legal se desprende un dato esencial que pone de manifiesto el profesor Fernando Valdés, y es que la reglamentación de la *duración* en el período de prueba se convierte en un factor crucial

para una adecuada configuración legal del período de prueba, que garantice constitucionalmente un adecuado equilibrio entre los intereses de los empresarios y de los trabajadores. Trayendo a colación la previsión del Convenio OIT nº 158 que autoriza a los Estados a “exceptuar” el régimen causal durante el período de prueba, “siempre que la duración se haya fijado de antemano y sea razonable”, convirtiéndose la norma internacional en canon interpretativo insoslayable.

A la luz de este razonamiento, se estudia la razonabilidad de la ampliación de la duración del período de prueba de un año en el contrato de trabajo indefinido de apoyo a emprendedores (art. 4.3 Ley 3/2012), que es la cuestión sometida al control de constitucionalidad. Como muy bien afirma el Voto Particular, dicha innovación legal constituye “una excepción a la excepción que supone el art. 14 ET para el principio de causalidad”, que integra el contenido esencial del art. 35. 1 CE. A juicio del Voto en opinión que yo comparto: “El nuevo régimen, *debido a la falta de razonabilidad de su duración, no logra superar el más benevolente test de constitucionalidad*, particularmente si atendemos a los requisitos exigidos para poder ser una excepción admitida por el Convenio de la OIT (art. 10.2 CE)”.

En este sentido, no podemos dejar de mencionar la previsión que establece la Directiva 2019/1152, de 20 de junio, relativa a unas condiciones transparentes y previsibles en la Unión Europea, acogiendo los términos del pilar europeo de derechos sociales, que fija como duración razonable del período de prueba la de seis meses, imponiendo la obligación a los Estados de velar porque dicho período no exceda de seis meses, estableciendo excepciones muy tasadas a dicha duración (art. 8).

2. Razones de la discrepancia con el juicio de constitucionalidad realizado por la sentencia de la mayoría

Como se analiza a continuación, para el Magistrado Valdés el juicio realizado por la mayoría del Tribunal Constitucional se fundamenta y sostiene “en simples criterios de legalidad ordinaria”. En esquema de síntesis, el juicio sobre la corrección constitucional de la duración de un año del período de prueba exige la superación de un doble test, consistente en determinar su finalidad legítima identificada con la salvaguarda de otros derechos y bienes constitucionales, y su carácter razonable y proporcional.

Pues bien, en esquema de síntesis, para el Tribunal las razones que fundamentan una finalidad legítima en la extensión de un año en la duración del período de prueba son básicamente cuatro. La primera basada en el carácter coyuntural de la medida, puesto que se introduce en el ordenamiento hasta que la tasa de desempleo se sitúe “por debajo del 15 por 100”. La segunda basada en la semejanza de esta medida con otras medidas que actúan en la duración del contrato de trabajo y que han sido utilizadas legítimamente como instrumentos de apoyo a la creación de empleo (art. 17.3 ET). La tercera hace referencia al establecimiento de beneficios fiscales y bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social en favor de los empresarios con el fin de hacer más atractiva la contratación que acompaña también al nuevo contrato de apoyo de emprendedores. Y finalmente, la cuarta razón, considera que la duración del período de prueba es un “instrumento adicional de creación de empleo”, al promover la creación de empleo en pequeñas empresas (modalidad prevista para empresas con menos de 50 trabajadores), al reducir las incertidumbres propias de todo proyecto de inversión empresarial.

A juicio del Voto Particular, las tres primeras razones no pueden dotar de una justificación objetiva desde una perspectiva constitucional a la limitación que se introduce con la extensión del período de prueba en el derecho al trabajo ex art. 35.1 CE. Se trata de motivaciones que pueden justificar la oportunidad política de introducir un nuevo contrato, pero no tienen consistencia constitucional, puesto que son razones de legalidad ordinaria, y que como dice muy acertadamente el Magistrado Fernando Valdés, “instalan el foco de atención” no en la regulación de la duración del período de prueba, que es la regulación que se impugna, *sino en el propio contrato de trabajo*. Solamente tendría una proyección constitucional el último de los argumentos, puesto que dicho

objetivo se vincula con el mandato dirigido a los poderes públicos por el art. 40.1 CE que preceptúa que habrán de llevar a cabo una “política orientada al pleno empleo”. A este respecto, y de forma muy acertada en nuestra opinión, resulta paradójico que se anime a los empresarios a contratar, mediante la facilitación de la extinción de los contratos de trabajo, que es precisamente lo que persigue la extensión de un año de la duración del período de prueba. Y es que es difícilmente justificable que las políticas de creación de empleo deban articularse a través de una restricción de las garantías que debe reconocerse en un Estado social y democrático de Derecho a favor de los trabajadores, como es el principio de causalidad en la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario. Dicho argumento carece de consistencia legal, puesto que la promoción de la creación del empleo estable se debe anudar a la creación del contrato, pero no a la duración del período de prueba, puesto que su finalidad principal es la comprobación de las aptitudes profesionales del trabajador, y no objetivos de política de empleo. En tal sentido, es importante subrayar que el Voto Particular se muestra en clara oposición a la tesis defendida por el Abogado del Estado, “de que la ampliación de la duración del período de prueba cumple también la función de *verificar la sostenibilidad y viabilidad económica del puesto de trabajo*”. Dicha tesis no se puede defender, puesto que la celebración del nuevo contrato de trabajo de apoyo a emprendedores no se supedita a la creación de un nuevo puesto de trabajo, puesto que los trabajadores contratados pueden cubrir tanto puestos ya existentes, como de nueva creación.

Finalmente, estas últimas cuatro razones no sólo sostienen la legitimidad de la finalidad perseguida por la norma impugnada, sino que también amparan la razonabilidad de la medida de ampliación de la duración del período de prueba, concluyendo así la argumentación del pronunciamiento mayoritario en donde no se produce el clásico juicio de proporcionalidad que requiere el contraste entre dos derechos constitucionales (en nuestro caso, artículos 35.1 y 38 CE), sino que como vuelve a reiterar el Magistrado Valdés, sus consideraciones son extraídas de la regulación legal, pero no de la necesaria perspectiva constitucional que son las que les llevan a desestimar el recurso.

IV. LA CONSTRUCCIÓN DEL JUICIO CONSTITUCIONAL REALIZADO POR EL MAGISTRADO FERNANDO VALDÉS: LA APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD

La última de las construcciones jurídicas del Voto Particular se centra en el juicio de constitucionalidad elaborado por el propio Magistrado Valdés, con apoyo en las tres manifestaciones del test de proporcionalidad, consistente en someter el precepto impugnado al juicio de adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto. Con respecto al primero, el Magistrado concluye con meridiana claridad que la limitación del principio de causalidad en la extinción del contrato de trabajo por parte del empresario que opera con la ampliación del período de prueba pretende como finalidad esencial la contratación de trabajadores en las pequeñas empresas. De plano descarta que el objetivo de esta medida, como indica la sentencia de la mayoría, sea ni favorecer la contratación de trabajadores desempleados, ni la creación de empleo, ni asegurar la viabilidad económica del puesto de trabajo. Su objetivo fundamental, tal y como reza en el preámbulo de la Ley 3/2012, es “facilitar la contratación de trabajadores por parte de estas empresas que representan a la mayor parte del tejido productivo de nuestro país”. Y desde esta perspectiva, entiende el Magistrado que la medida limitativa del principio de causalidad supera el test de idoneidad, puesto que es claro que la moderación del nivel de protección del empleo (como aquí sucede) favorece la contratación laboral.

El segundo de los juicios que integran el test de proporcionalidad es el *canon de necesidad o de indispensabilidad*. En este sentido, la limitación de un derecho fundamental será necesaria cuando se haya elegido, de entre las posibles medidas limitativas, aquella que resulte menos gravosa o más moderada. Y es aquí donde encontramos una de las *argumentaciones más brillantes* —a mi juicio— del Voto Particular, donde yerra más la propia configuración legal del nuevo período de prueba. El precepto impugnado fija que el período de prueba en su duración será “en todo caso” de

un año, no pudiéndose pactar una alteración de esta duración, provenga dicha modificación de la autonomía individual o colectiva. Dicho régimen contrasta, —o podemos también decirlo constituye una anomalía—, si se coteja con el régimen común del período de prueba (art. 14 ET), que varía en función de la formación profesional del trabajador contratado, y que por supuesto puede ser alterada por vía del convenio colectivo de aplicación en función de las características del sector productivo o de la rama de actividad y de sus puestos de trabajo. Como muy bien afirma el Magistrado Valdés, “la naturaleza de regla de derecho necesario absoluto atribuida a la duración impide que las partes hagan un “uso racional” del período de prueba”; su formulación legal sólo admite dos alternativas: o no se pacta período de prueba, o si se pacta ha de formalizarse de forma imperativa por un año. La sustracción a las partes que conciertan el contrato de todo margen de libertad de adecuación de la duración del período de prueba, en función de las aptitudes del trabajador y de las características funcionales del puesto de trabajo, priva a la medida limitativa del derecho de la exigible racionalidad, confiriéndole “un escenario aplicativo innecesariamente gravoso”. Dicho carácter gravoso de la medida que podía haberse eludido, dejando a las partes su concreta fijación en el contrato de trabajo y en su caso a la autonomía colectiva, “se acentúa para los colectivos precisamente más necesitados de la protección de la estabilidad en el empleo que ofrece el principio de casualidad”. De esta forma, en el caso de los técnicos titulados, la aplicación del nuevo período de prueba duplica el período del régimen común fijado en seis meses (art. 14.1 ET), pero en el caso de los trabajadores que no sean técnicos titulados, la duración del período de prueba es cinco veces superior. Consecuentemente, dicha medida no supera el juicio de necesidad, puesto que no ha sido elegida, ni mucho menos, la medida menos gravosa para la restricción del derecho fundamental.

Con relación al *principio de proporcionalidad en sentido estricto*, se ha de realizar un juicio valorativo entre el sacrificio que la limitación conlleva, y la relevancia o el beneficio que se obtiene en los bienes, derechos e intereses que están en juego con la regulación. En suma, debe concurrir un equilibrio y ponderación entre las ventajas y los perjuicios ocasionadas por la medida restrictiva, apreciadas desde la perspectiva de los derechos, bienes e intereses constitucionales implicados. Para ello, se han de identificar los derechos e intereses a contrastar. Y este sentido, si es claro cuál es el derecho constitucional limitado por la medida legal impugnada que hace referencia clara a las garantías constitucionales del derecho del trabajo (art. 35.1 CE); por el contrario, resulta mucho más complejo delimitar el segundo término relacional. La sentencia de la mayoría considera que esa restricción ha de ser contrastada con el mandato dirigido a los poderes públicos de adoptar políticas orientadas al pleno empleo (art. 40.1 CE), que, como se sabe, por su ubicación sistemática se configura constitucionalmente como un principio rector de la política social y económica, no formando parte de ningún modo del derecho al trabajo ex art. 35.1 CE.

Consecuentemente, es importante poner de relieve que el juicio de proporcionalidad no se plantea entre dos derechos constitucionales, sino entre un derecho constitucional consagrado en el art. 35.1 CE, y un principio constitucional, o con la terminología del Voto “un interés de raíz igualmente constitucional”, y en este escenario, la doctrina constitucional “tiende a contemplar tales principios rectores como elementos de refuerzo más que de limitación de los derechos fundamentales” (STC 208/2013). No obstante, el Voto Particular va más allá, al entender que dicha medida controvertida no encuentra fundamento en el artículo 40.1 CE, puesto que la reducción de la tasa de paro, tan elevada en nuestro país con cada recesión económica, no puede legitimar la restricción de la mayor parte de los derechos laborales constitucionales de carácter individual. Es más, el Magistrado Fernando Valdés incluso cuestiona la propia finalidad de dicha medida para la creación de empleo, puesto que por el contrario puede conducir a un efecto contraproducente, cuál es el relativo a servir de “incentivo para la rotación del empleo”. En este sentido, un período de prueba tan dilatado en el tiempo puede provocar una abierta invitación a que los empresarios desistan de los contratos celebrados antes de la terminación del período de prueba, volviendo a contratar a nuevos trabajadores en los mismos puestos

de trabajo, y así sucesivamente, puesto que no existe previsión legal que impida la contratación sucesiva.

Por último, tampoco justifica la regulación instituida por la Ley 3/2012 sobre el contrato de apoyo a emprendedores, el que se destine a empresas de un censo laboral inferior a 50 trabajadores. Es este un límite que no ampara la razonabilidad de la medida restrictiva del derecho al trabajo, puesto que tales empresas representan el 99,23 por 100 del tejido empresarial, y precisamente dicha ampliación del período de prueba para esta tipología de empresas contrasta abiertamente con la regulación del régimen común del artículo 14 ET que tienen en este caso una notable limitación a la baja en la duración de los períodos de prueba, sin que dicha reducción no tenga incidencia alguna en la promoción de políticas de empleo. Por tanto, entiende el Magistrado que la ampliación de su duración no puede calificarse, ni razonable y proporcionada.

Finalmente, el Voto Particular analiza la cuestión desde la perspectiva de la libertad de empresa (art. 38 CE), apreciando que en la sentencia de la mayoría no va acompañada de ningún argumento que pueda inclinar la balanza del juicio de proporcionalidad a su favor, frente al perjuicio cierto y seguro que se produce en las garantías del derecho al trabajo *ex art.* 35 CE. Por ello, se rehúye analizar las ventajas que para el empresario puede suponer la ampliación a un año de la duración en período de prueba con el fin de ponderarlos con los sacrificios que esa ampliación supone para los trabajadores.

Y es que como indica el Magistrado Valdés, la respuesta constitucionalmente fundada al obligado juicio de proporcionalidad no puede estimarse en modo alguno equilibrada, o lo que es lo mismo, no puede ser positiva. La ampliación del período de prueba de la nueva modalidad de contrato de trabajo implantada por la Ley 3/2012 restringe desproporcionadamente el principio de causalidad, vulnerando el contenido del derecho al trabajo del artículo 35 CE. El beneficio para el empresario de esta particular cláusula del período de prueba consistente en el ahorro de la indemnización que pudiera corresponder al trabajador, no compensa la crucial desventaja que supone para el trabajador, que no sólo constituye la pérdida de la eventual indemnización, sino que se ve privado de todas las garantías que acompañan a la extinción unilateral del contrato de trabajo por voluntad empresarial, y en particular destaca una sobre el resto: “la garantía de no ver su contrato extinguido sin justa causa”. Consecuentemente, al parecer del Magistrado Valdés, la regla sometida a examen debería haberse tachado de inconstitucional y por tanto haberse declarado nula.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Una vez estudiado con detalle el Voto Particular del ahora homenajeado, no puedo más que mostrar mi admiración por la construcción que realiza frente a la decisión mayoritaria sobre el recurso de inconstitucionalidad planteado con respecto a la impugnación del artículo 4.3 de la Ley 3/2012. Indudablemente, el Magistrado por su condición de Catedrático de Derecho del Trabajo, no sólo acredita un conocimiento cabal del sistema de las relaciones laborales y de nuestro mercado de trabajo, que le hacen percibir con claridad las distintas dimensiones involucradas en el período de prueba del nuevo contrato de apoyo a emprendedores, inaugurado con la reforma de la Ley 3/2012, sino que lo que es más relevante, demuestra en su argumentación un conocimiento profundo de la Carta Magna y del significado y alcance de las distintas previsiones constitucionales (arts. 35, 38 y 40 CE). En este sentido, no sólo domina la naturaleza de los distintos derechos, principios e intereses constitucionalmente protegidos, sino que conoce el modo de interacción que debe predicarse entre los distintos preceptos en juego, demostrando su condición de constitucionalista con mayúsculas y en suma de gran jurista y maestro. Ello sin duda se vislumbra con claridad con la elaboración propia que realiza del juicio de constitucionalidad, y, en particular, con la brillante aplicación del necesario test de proporcionalidad, cuando está en juego un derecho constitucional fundamental.

De forma elegante va contrarrestando todos y cada uno de los razonamientos de la sentencia de la mayoría, sin dejar ningún argumento, ni detalle libre de reproche constitucional, con un análisis

impecable para cualquier jurista que se acerque a su lectura, que eleva el debate jurídico que se plantea a la perspectiva constitucional, superando los razonamientos de legalidad ordinaria que imperan en la opinión mayoritaria. Adicionalmente, la fundamentación del Voto Particular rezuma un conocimiento profundo de las fuentes internacionales que deben servir necesariamente de criterio interpretativo de los derechos constitucionales que están en juego porque así lo mandata la Constitución (art. 10.1 CE) que no sólo son obviados por el sentir mayoritario del Tribunal Constitucional en ese pronunciamiento, sino que luego cristalizarán en normas que no harán más que confirmar la tesis interpretativa defendida por el Magistrado Valdés (art. 8 Directiva 2019/1152, de 20 de junio).

La trascendencia de este pronunciamiento traspasa sin duda la cuestión objeto de *litis*, puesto en un país como España en que las sucesivas crisis económicas desembocan irremediabilmente en cruciales reformas laborales, con el fin, entre sus objetivos principales, de frenar la caída de empleo que suelen provocar. Pues bien, a la luz de su construcción resulta una conclusión clara y es que las medidas legales a articular no pueden desconocer en aras de una política orientada al mantenimiento o creación de empleo las garantías esenciales del derecho al trabajo de los trabajadores subordinados (art. 35.1 CE), que impera en un Estado social y democrático de Derecho. Y es que no puede defenderse la promoción de empleo a cualquier precio, creando fórmulas contractuales que permiten la extinción sin causa, ni compensación económica, o sin los necesarios requisitos formales. Dicha tesis se confirma de manera contundente, cuando se tiene en cuenta, como no podía ser de otro modo, las garantías previstas en la Carta social Europea (art. 24), en las normas comunitarias (art. 30 Carta Derechos Fundamentales) y de manera nuclear en el Convenio OIT nº 158 ratificado por España, que el Tribunal Constitucional no debía haber obviado, en mi opinión, dando más valor a cuestiones de mera legalidad ordinaria. Dicha interpretación ha de ser defendida como lo hizo el admirable Magistrado Fernando Valdés, con una profusión de argumentos y con una brillantez difícilmente rebatible, pese a no lograr convencer a la Sala. Demostró hasta su último aliento en el Tribunal, que no cejaría de tomar la posición más difícil, pero la más honesta con su quehacer profesional, pese a saber que la batalla estaba perdida muchas veces de antemano. Estamos convencidos que el legislador en un futuro dudará mucho de volver a configurar modalidades contractuales que abusen de la utilización de periodos de prueba desmedidos por las consecuencias que ello supone en el Derecho constitucional del trabajo. Y ello en buena parte se lo debemos al profesor Fernando Valdés.