

Roj: STS 5455/2011
 Id Cendoj: 28079140012011100471
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 152/2010
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: SOCIAL
 Ponente: JORDI AGUSTI JULIA
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x APLICACIÓN (CONVENIO COLECTIVO) x
- x PERÍODO DE PRUEBA (CONTRATO DE TRABAJO A PRUEBA) x

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Julio de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Juan Luis Garrido-Lestache Burdiel en nombre y representación de Doña **Carolina**, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 30 de noviembre de 2009 (recurso 5607/2009), interpuesto por dicha recurrente, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 17 de los de Madrid de fecha 15 de junio de 2009 (Autos 376/2009), dictada en virtud de demanda, frente a Yell Publicidad, S.A., en reclamación de despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido Yell Publicidad, S.A., representada por el Letrado Sr. Gómez Sanz.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jordi Agusti Julia,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de junio de 2009, el Juzgado de lo Social número 17 de Madrid, dictó sentencia, en la que como hechos probados se declaran los siguientes: "1º.- La demandante ha venido prestando servicios para la empresa demandada desde el día 11.02.08 con la categoría profesional de Promotor de ventas y devengando un salario mensual con prorrata de pagas extras de 2.645 euros (2.601 euros de salario fijo y una media en el último año de 403,25 euros mensuales de comisiones). 2º).- Mediante carta de fecha 6.02.09 la empresa comunica a la demandante que no habiendo superado el periodo de prueba que se detalla en su contrato de trabajo y regulado también en el *artículo 15 del vigente Convenio Colectivo de Yell Publicidad*, se da por finalizada su relación laboral con esta Sociedad, siendo su último día de trabajo el 6 de febrero de 2009. 3º).- En la *cláusula Cuarta del contrato se establece un periodo de prueba de 1 año*. 4º).- *El artículo 15 del Convenio Colectivo de Yell Publicidad establece: "Todo el personal de nuevo ingreso estará sujeto a un periodo de prueba de trabajo efectivo, de acuerdo con la normativa siguiente: Personal Técnico: 5 meses.- Personal Grupo Ventas: Dadas las características inherentes al desempeño del puesto, la duración de una campaña de ventas y la necesidad de llevara a cabo un periodo de formación adecuado que permita al trabajador adquirir la experiencia que como vendedor debe poseer, se establece para el personal de este grupo un periodo de prueba en 1 año.- Personal Grupos Administrativos y de Oficios Varios: 2 meses.- Personal de Grupo e Edificios: 15 días.- Durante estos periodos, ambas partes son libres de resolver el contrato sin indemnización de ninguna clase. Superado este periodo, sea de modo expreso o tácito, el trabajador quedará incorporado a la empresa en los términos fijados en el contrato de trabajo computándose dicho periodo de prueba a efectos de antigüedad, vacaciones y periodos de adaptación y formación."*- 5º.- La actora no ostenta ni ha ostentado cargo representativo alguno.- 6º).- Se ha intentado la conciliación ante el SMAC."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda formulada

por D^a Carolina contra YELL PUBLICIDAD S.A., debo absolver y absuelvo a la empresa demandada de los pedimentos formulados".

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia de fecha 30 de noviembre de 2009, en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Desestimamos el recurso de suplicación núm. 5607 de 2009, ya identificado, confirmando la sentencia de instancia".

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D^a Carolina, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el día 15 de febrero de 2010, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 22 de septiembre de 2009 (Rec. nº 3392/09).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 24 de febrero de 2011, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación por la representación de YELL PUBLICIDAD, S.A., se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 14 de julio de 2011, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión debatida en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, se centra en determinar si resulta o no conforme a derecho la extinción del contrato de trabajo de la demandante por parte de la empresa demandada, por no superar la trabajadora el período de prueba, y por ende, si tal extinción constituye o no un despido, cuya improcedencia la demandante interesa.

2.- En lo que aquí interesa, como datos fácticos relevantes para la debida resolución de la cuestión controvertida, han quedado acreditados los siguientes :

a) La trabajadora demandante ha venido prestando servicios para la empresa demandada "YELL PUBLICIDAD, S.A." (antes Telefónica Publicidad e Información, S.A.) desde el día 11 de febrero de 2008, con la categoría profesional de Promotor de ventas, con un salario mensual, con prorrata de pagas extras de 2.645 euros (2.601 euros de salario fijo y una media de 403,25 euros mensuales, en concepto de comisiones).

b) En la fecha de su ingreso, la demandante suscribió un contrato de carácter indefinido, en cuya *cláusula 4^a* se establece un período de prueba de un año.

c) El trabajo de la demandante como Promotora de ventas consistía en vender páginas amarillas y otros productos (fundamento jurídico segundo de la sentencia de instancia, pero con valor de hecho probado).

d) Mediante comunicación escrita de fecha 6 de febrero de 2009 la empresa comunicó a la trabajadora demandante que, no habiendo superado el período de prueba que se detalla en su contrato y regulado también en el *artículo 15* del vigente convenio colectivo, se da por finalizada su relación laboral con la sociedad.

3.- La trabajadora formuló demanda por despido que fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social nº 17 de los de Madrid, e interpuesto recurso de suplicación fue asimismo desestimado por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 30 de noviembre de 2009 (recurso 5607/2009). Considera la Sala, que la cláusula pactada en el contrato se atiene a la norma convencional y que tiene por finalidad que la trabajadora adquiera la experimentación o capacidad y aptitud profesional en la actividad comercial para la que ha sido contratada. Rechaza la sentencia, que sea aplicada a este supuesto la doctrina de esta Sala de fecha 12 de noviembre de 2007, porque en aquél supuesto el período de prueba estaba fijado en dos años, y actualmente se ha reducido a uno y se ha equiparado con el personal de ventas, y concluye exponiendo que carece de razones para apreciar que el período de prueba es nulo por excesivo, pues de ser ello así asumiría funciones que son propias de las partes negociadoras.

4.- Frente a dicha sentencia, la trabajadora demandante interpone el recuso de casación para la unificación de doctrina que examinamos, denunciando la infracción del *artículo 7 del Código Civil*, en relación con los *artículos 14.1 y 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores* y del *artículo 15 del Convenio Colectivo de "Yell Publicidad"*, así como de la jurisprudencia de esta Sala, citando la sentencia de 12 de noviembre de 2007, invocando y aportando como sentencia contradictoria la dictada por la misma Sala de lo Social de Madrid de fecha 22 de septiembre de 2009 (recurso 3392/2009). Esta sentencia trata de un supuesto en que el demandante prestaba servicios para la misma empresa "Yell Publicidad" ahora recurrida desde el 11 de febrero de 2008, con la categoría profesional de Promotor, habiendo pactado en el contrato un período de prueba de un año, según convenio. Por carta de 7 de noviembre de 2008 la demandada le notificó que daba por finalizada la relación laboral por no superación del período de prueba, con efectos de esa misma fecha. La Sala de suplicación sostiene que la cláusula de duración de un año del período de prueba establecida para el Promotor de ventas, al no concurrir en dicho puesto circunstancias especiales que exijan la fijación de un período de prueba tan dilatado, es nula; y que, por tanto, el cese amparado en la superación del tal período constituye un despido improcedente.

5.- Concorre sin duda el requisito de la contradicción que exige el *artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral* y la doctrina que lo interpreta de esta Sala para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina. En efecto, tratándose de supuestos semejantes referidos a la validez de la cláusula del período de prueba establecida en el convenio colectivo de la misma empresa, y con respecto de trabajadores de igual categoría profesional de Promotor de ventas, las sentencias comparadas llegan a soluciones opuestas, y en virtud precisamente de estas distintas soluciones, a la declaración de procedencia del despido la recurrida y a la de improcedencia la de contraste. En su consecuencia, y de acuerdo con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, procede que por esta Sala se entre a conocer de la cuestión controvertida.

SEGUNDO.- 1.- Como ya hemos señalado, la cuestión que se suscita ante esta Sala es la de determinar si resulta o no conforme a derecho la extinción del contrato de trabajo de la demandante por parte de la empresa demandada, por no superar la trabajadora el período de prueba, y habiéndose aplicado por la demandada lo establecido al efecto en el Convenio Colectivo de Empresa, deberemos examinar la regulación legal y convencional del período de prueba.

2.- Ahora bien, con carácter previo, y antes de entrar en el examen de dicha regulación, conviene precisar, que como ha venido señalando la doctrina científica, la finalidad del instituto del período de prueba es la experimentación "sobre el terreno" de la relación de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes, siendo sus funciones manifiestas la comprobación de la aptitud profesional y la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado, teniendo mayor significación estas funciones en los trabajos cualificados y de dirección o supervisión, que en otros menos cualificados y tiene, consustancialmente, un carácter de temporalidad y provisionalidad, y de ahí, que sea razonable, que su duración sea por lo general, breve.

3.- La empresa demandada ha fundamentado su decisión de dar por finalizada la relación laboral de la trabajadora demandante en la *cláusula 4ª* del contrato de trabajo suscrito, que establece el período de prueba de 1 año, y en el *artículo 15 del XI Convenio Colectivo de "Yell Publicidad, S.A. (antes Telefónica Publicidad e Información, S.A.)"*, el cual es del tenor literal siguiente :

"Todo personal de nuevo ingreso estará sujeto a un período de prueba efectivo, de acuerdo con la normativa siguiente :

-Personal Técnico : 5 meses

-Personal Grupo Ventas : Dadas las características inherentes al desempeño del puesto, la duración de una campaña de ventas y la necesidad de llevar a cabo un período de formación adecuado que permita al trabajador adquirir la experiencia que como vendedor debe poseer, se establece para el personal de este grupo **un período de prueba de 1 año.**

-Personal Grupos Administrativo y de Oficios varios : 2 meses.

-Personal de Grupo de Edificios : 15 días.

Durante estos períodos, ambas partes son libres de resolver el contrato sin indemnización de ninguna clase. Superado este período, sea de modo expreso o tácito, el trabajador quedará incorporado a la empresa en los términos fijados en el contrato de trabajo computándose dicho período de prueba a efectos

de antigüedad, vacaciones y períodos de formación."

4.- La sentencia recurrida sostiene que la demandante "fue contratada para prestar servicios con la categoría profesional de promotor de ventas y por las partes se pactó período de prueba de un año de duración. La cláusula se atiene a la norma convencional y no hay razón para declarar su nulidad, ya que a tener del *art. 14.1 del ET*, dicho período podrá concertarse "...con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los Convenios Colectivos", lo que deja en el ámbito de la negociación colectiva la facultad de las partes de establecer la duración que, de forma libre y voluntaria, estimen adecuada según las particularidades de la actividad productiva, salvo cuando en defecto de pacto expreso, rijan la norma estatutaria con los límites que la norma impone."

En efecto, como es sabido, la Ley 11/1994 dio una nueva redacción al *artículo 14.1 del Estatuto de los Trabajadores*, concediendo a los convenios colectivos de cualquier ámbito, la preferencia a la hora de fijar la duración máxima del período de prueba, si bien, en defecto de pacto el precepto fija de manera supletoria el límite de seis meses para los técnicos titulados y de dos meses para los demás trabajadores, no pudiendo exceder de tres meses para los que no sean técnicos titulados en las empresas de menos de veinticinco trabajadores. No cabe duda, que en virtud de dicha previsión legal, los convenios colectivos quedan expresamente habilitados para regular la duración del período de prueba, con relación de supletoriedad con el Estatuto de los Trabajadores, en cuanto éste únicamente se aplicará cuando el convenio colectivo no contenga previsión alguna sobre la materia.

Sin embargo, también sin duda debe sostenerse, que la negociación colectiva no puede magnificarse hasta el extremo de admitir como válidas fórmulas convencionales que pueden resultar incompatibles con la propia finalidad y funciones -que hemos ya descrito- del instituto del período de prueba, pues una regulación convencional en la que se fije una duración excesivamente dilatada de dicho período, bien puede sugerir -como ha puesto de manifiesto la doctrina científica- que se esté dando amparo a un resultado que, en la práctica, puede asemejarse a la funcionalidad real de los contratos temporales, lo que podría encubrir situaciones de fraude de ley al poder utilizarse para enmascarar unos fines no queridos por el citado precepto estatutario. Dichas cláusulas son radicalmente nulas por contrarias a la ley y al orden público social. En estos casos, contrariamente a lo que entiende la sentencia recurrida, los Tribunales Laborales pueden declarar su nulidad bien sea a través de la modalidad procesal de impugnación de convenio colectivo, bien lo sea por la modalidad del conflicto colectivo o, en su caso, los Tribunales pueden dejar de aplicar la cláusula en cuestión, cuando se invoque por un trabajador la figura del fraude de ley. En este sentido, la sentencia de esta Sala de 27 de diciembre de 1989, ya calificó de *fraudulenta* la libertad empresarial de desistimiento a la que hace referencia el *número 2 del repetido artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores* "...en tanto que descansara en consideración ajena a las experiencias que constituyen el objeto de esta prueba."

5.- Más recientemente esta Sala en sentencia de 12 de noviembre de 2007 (RCUD 4341/2006), tuvo ya ocasión de abordar supuesto semejante de Promotor de ventas de la misma empresa demandada (denominada entonces "Telefónica Publicidad e Información, S.A."), al que se le notificó la finalización de la relación laboral, por no haber superado el período de prueba establecido en el convenio colectivo, que era en aquél momento de dos años. Decíamos en dicha sentencia que :

"La cuestión litigiosa estriba por tanto en decidir si esa cláusula de duración de dos años del periodo de prueba establecida para el Promotor de Entrada constituye o no un abuso de derecho, teniendo en cuenta que el tiempo de prueba debe adecuarse a la finalidad misma de la institución que no es otra que posibilitar el conocimiento recíproco entre las partes del contrato, de manera que el empresario pueda valorar las actitudes del trabajador y la conveniencia de mantener el vínculo contractual asumido.

En el caso que nos ocupa, parece claro que la buena doctrina se contiene en la sentencia de contraste, pues, como en ella se señala, no parece razonable admitir que el empresario necesite de un periodo de prueba tan largo para advertir la capacitación profesional en una actividad de estas características (la captación de clientes para anunciarse en una guía telefónica), que en principio no presenta -ni se describen- circunstancias tan particulares como para necesitar un período de prueba tan prolongado. La peculiaridad esencial a la que se refiere el propio convenio es la necesidad de llevar a cabo un período de formación adecuado, pero una formación durante tan prolongado período no se compagina bien con las características de un puesto de trabajo como el que nos ocupa, y, aparte de no hacerse constar que tal formación se haya impartido ni durante cuanto tiempo, resultaría excesiva a todas luces -a no ser que se quiera vincular el período de prueba a una formación continua- sobre todo si se compara con el resto de personal de ventas, incluidos los que ocupan puestos de mayor categoría y complejidad, para los que se establece un período de prueba de 6 meses solamente."

Aún cuando ahora el período de prueba para el grupo de ventas se haya reducido en el XI Convenio Colectivo vigente a un año, las consideraciones que exponíamos en la sentencia citada siguen resultando de aplicación. En efecto, conforme a los razonamientos expuestos sobre el instituto del período de prueba, si la demandante fue contratada como Promotora de ventas, consistiendo su trabajo en la venta de "páginas amarillas y otros productos", el sometimiento al período de prueba de un año de duración parece a todas luces excesivo, ya que el objeto de la prueba puede satisfacerse sobradamente en un lapso temporal más reducido, máxime, si se advierte, que haciendo referencia el precepto convencional (*artículo 15*) "a las características inherentes al desempeño del puesto, la duración de una campaña de ventas y la necesidad de llevar a cabo un período de formación adecuado que permita al trabajador adquirir la experiencia que como vendedor debe poseer", en el presente caso, al parecer, el período de formación ha sido únicamente de tres semanas, nada se ha acreditado respecto a la duración de la campaña de ventas y no se describen cuales puedan ser estas "características inherentes" al desempeño del puesto de trabajo de Promotor de ventas, a que se refiere el precepto, por lo que nada de ello se puede ponderar a los efectos de la necesidad de duración tan dilatada del período de prueba.

6.- La desvirtuación de la razón de ser en el presente caso de la institución del período de prueba, conlleva a que declaremos nula por abusiva la cláusula contractual de un año de duración del período de prueba, y siendo ello así, es claro que el cese - transcurridos ya 360 días de prestación de servicios- amparado en la no superación de tal período de prueba, constituye un despido improcedente, al que deben anudarse las consecuencias legalmente establecidas.

TERCERO.- Los razonamientos legales procedentes conllevan, de acuerdo con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, la estimación del recurso, para casar y anular la sentencia recurrida, y resolviendo el debate de suplicación, estimar el recurso de esta naturaleza interpuesto contra la sentencia de instancia, con acogimiento de la demanda, declarando que el cese de la demandante constituye un despido improcedente, condenando a la empresa demandada a que, a su elección, la readmita o indemnice en la cuantía de cuarenta y cinco días (45) de salario por año de servicio, con abono en todo caso de los salarios de tramitación, sin que proceda pronunciamiento sobre costas (*artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral*).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Juan Luis Garrido-Lestache Burdiel en nombre y representación de Doña **Carolina**, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 30 de noviembre de 2009 (recurso 5607/2009), que casamos y anulamos. Y resolviendo el debate de suplicación, estimamos el recurso de esta naturaleza interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 17 de los de Madrid de fecha 15 de junio de 2009 (Autos 376/2009) y, en consecuencia, estimamos la demanda, declarando que el cese de la demandante constituye un despido improcedente, condenando a la empresa demandada "**YELL PUBLICIDAD, S..A.**" a que, a su elección, la readmita o indemnice en la cuantía de cuarenta y cinco días (45) de salario por año de servicio, con abono en todo caso de los salarios de tramitación. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jordi Agustí Julia hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.