

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



TÍTULO:

“El periodo de prueba en el derecho laboral peruano: alcances, límites y consecuencias de su aplicación irregular”

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

AUTOR:

Alexander Mas Lozada

ASESOR:

Dr. Elmer Guillermo Arce Ortiz

Abril, 2018



A mis padres Pedro y Nimia, por el apoyo y la comprensión que siempre me brindan.

Al Dr. Elmer Arce, mi asesor, por el apoyo y la paciencia.

A mis amigos...a los presentes y los ausentes
... a todos.

INDICE DE MATERIAS

Resumen ejecutivo	i
Introducción	1

CAPÍTULO I

ALCANCES DEL PERIODO DE PRUEBA EN LA NORMATIVA NACIONAL Y EXTRANJERA

1. Definición del periodo de prueba	6
2. Antecedentes del periodo de prueba.....	9
3. La duración del periodo de prueba.....	14
4. La ampliación, reducción y exoneración del periodo de prueba.....	17
4.1 La ampliación del periodo de prueba.....	17
4.2 La reducción del periodo de prueba.....	20
4.3 La exoneración del periodo de prueba.....	26
4.3.1. Respecto del ingreso por concurso y los contratos sujetos a modalidad (posición en contra).....	27
4.3.2. Respecto del reingreso al mismo empleador y al mismo puesto de trabajo y el pacto de exoneración entre ambas partes (posición a favor).....	28
5. La acumulación del periodo de prueba.....	31
5.1 En la suspensión del contrato de trabajo o reingreso del trabajador.....	31
5.2 En la renovación sucesiva de contratos temporales.....	34
6. Formalidades y efectos del periodo de prueba.....	37
6.1 La exigua formalidad del periodo de prueba: Exigencia parcial de la celebración por escrito	37
6.2 Sobre los efectos del periodo de prueba	39
6.2.1 Durante el periodo de prueba.....	39
6.2.2 Después de superado el periodo de prueba	42
7. El periodo de prueba en los contratos temporales.....	44
7.1 La igualdad de plazo del contrato temporal con el periodo de prueba.....	45
7.2 El periodo de prueba en la renovación de los contratos temporales	49

CAPÍTULO II

NATURALEZA JURÍDICA, FUNDAMENTO JURÍDICO Y FINALIDAD DEL PERIODO DE PRUEBA

1. Naturaleza jurídica del periodo de prueba.....	52
1.1. Posiciones doctrinarias acerca de la naturaleza jurídica del periodo de prueba.....	52
a) La del contrato autónomo.....	53
b) La del contrato preliminar o precontrato.....	53
c) La de un contrato de trabajo especial.....	53
d) La de un contrato de duración determinada.....	53
e) La de un contrato condicional del trabajo.....	54
1.2. Acerca de la naturaleza extintiva del periodo de prueba: ¿Desistimiento unilateral o despido?.....	55
1.3. Asumiendo posición frente a las diversas posiciones recogidas.....	60
2. Fundamento jurídico del periodo de prueba.....	62
2.1. El periodo de prueba como contrapeso a la restricción de la facultad extintiva del empleador.....	63
2.2. El periodo de prueba como instituto de defensa del empleador: La preeminencia del unilateralismo.....	65
2.3. El fundamento o razón de ser del periodo de prueba.....	66
3. La finalidad del periodo de prueba.....	71
3.1. Precizando la finalidad u objeto del periodo de prueba.....	71
3.2. La experimentación sobre el terreno de la relación de trabajo o prestación de servicios en el periodo de prueba.....	73
3.2.1. Una nueva revisión de las definiciones del periodo de prueba.....	73
3.2.2. El concepto de prestación efectiva de servicios en la legislación española.....	75
3.2.3. La prestación efectiva de servicios en la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada.....	78
3.2.4. Un elemento adicional: el tamiz constitucional.....	83
3.3. Sobre los aspectos materia de evaluación por parte del empleador y el trabajador.....	88

CAPÍTULO III

LOS LÍMITES EN LA APLICACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA

SUB CAPITULO III.1

LÍMITE GENERAL EN LA APLICACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA

1. La causalización del despido en el periodo de prueba	92
1.1. Posición doctrinaria sobre la causalización del despido en el periodo de prueba.....	92
1.2. La nueva tipología de despido que esgrime el TC: Otro elemento que abona a favor de la causalización del periodo de prueba.....	96
1.3. El nuevo escenario de la causalización del despido en el periodo de prueba: La evaluación como regla	99
1.3.1. El escenario actual del periodo de prueba	99
1.3.2. Los nuevos aspectos que allanan el camino de un nuevo escenario del despido en el periodo de prueba	101
1.3.3. El nuevo escenario de la causalización del despido en el periodo de prueba	110

SUB CAPÍTULO III.2

LÍMITES ESPECÍFICOS EN LA APLICACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA

2. El periodo de prueba y la vulneración de los derechos fundamentales.....	122
2.1. Primer aspecto no uniforme: La oportunidad o estadio para su defensa	129
2.2. Segundo aspecto no uniforme: Protección contra el despido arbitrario vs protección contra el despido nulo	132
3. El despido incausado.....	135
4. El fraude y el abuso del derecho en el periodo de prueba	140
4.1. Justificación del estudio de estas conductas irregulares	141
4.2. El fraude a la ley en el periodo de prueba	147
4.2.1. Perfilando una definición y esbozando supuestos de su	

comisión.....	148
4.2.2.El despido fraudulento	153
4.3. El abuso del derecho en el periodo de prueba	158
4.3.1.Perfilando una definición y esbozando supuestos de su comisión	158
4.3.2.El despido abusivo	161

CAPÍTULO IV

LAS CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN IRREGULAR DEL PERIODO DE PRUEBA

1. Frente al trato discriminatorio y la vulneración de los derechos fundamentales..	169
1.1. En la etapa post periodo de prueba: La nulidad de despido y reposicion.	169
1.2. En la etapa del periodo de prueba	171
2. Frente al despido incausado y el despido fraudulento	174
2.1. La reposición como medida sancionatoria común frente a los despidos inconstitucionales	174
2.2. El despido incausado y fraudulento al interior del periodo de prueba	177
2.2.1. El despido incausado al interior del periodo de prueba	177
2.2.2. El despido fraudulento al interior del periodo de prueba	180
3. Frente al fraude y el abuso de derecho en el periodo de prueba	183
3.1. Las consecuencias del fraude a la ley en el periodo de prueba.....	183
3.2. Las consecuencias del abuso de derecho en el periodo de prueba	186
 CONCLUSIONES	 190
BIBLIOGRAFÍA	196
JURISPRUDENCIA CITADA	212
DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA	214

RESUMEN EJECUTIVO

La presente tesis se orienta a encontrar una respuesta a la discordancia o disenso surgida entre la doctrina y la jurisprudencia laboral del país, acerca de la verdadera finalidad del periodo de prueba. En ese objetivo, el autor efectúa una nueva revisión de los aspectos doctrinario y jurisprudencial del periodo de prueba (tanto en el ámbito nacional y comparado), apoyándose además en casos concretos de vigente aplicación, que le permiten explicar la naturaleza jurídica, fundamento jurídico y finalidad de la institución en estudio. A partir de ello, plantea la presencia de un límite general, relacionado con la necesidad de causalizar el despido en el periodo de prueba, donde – sin trastocar la naturaleza de la institución de ser una etapa experimental y de especial inestabilidad – la causa del despido siempre deberá estar asociada a una evaluación negativa del trabajador en prueba. A su vez, los límites específicos, estarán relacionados con la vulneración de los derechos fundamentales, el fraude y el abuso del derecho en la aplicación del periodo de prueba. Se propone finalmente, algunas eventuales consecuencias frente a la aplicación irregular del periodo de prueba, a partir de la trasgresión de los referidos límites generales o específicos. Concluye sustentando que la esencia o finalidad que motivó la previsión legal del periodo de prueba, siempre fue la evaluación de la idoneidad del trabajador. Advierte, además, que este periodo de prueba se incluyó, a partir de la solicitud del propio empleador, quien reclamaba un lapso de tiempo, exento de los rigores formales del despido, que le permitiesen evaluar previamente e incorporar personal adecuado al seno de su organización empresarial. Sin embargo, lo que ha devenido después, ha sido el trastocamiento de esta institución hacia fines no previstos originariamente, que incluyen aspectos económicos, especulativos y de presión al trabajador, hasta llegar a concebirse como un espacio libérrimo, de absoluta discrecionalidad del empleador y exento de causa o justificación.

INTRODUCCIÓN

En la rama del derecho laboral existe una institución de viejo raigambre, que data en el país desde el año 1928, cuando se emitiera el reglamento de la Ley N° 4916, resolución suprema del 22 de junio de 1928. La aplicación de esta institución llamada periodo de prueba, resulta de especial trascendencia, ya que el resultado de dicha etapa evaluativa se relaciona de forma directa con la extinción del contrato de trabajo.

Este periodo de evaluación nació, esencialmente, por iniciativa del empleador, quien necesitaba contar con una etapa inicial de la relación laboral, que le permitiese – al margen de la rigidez y los formalismos del despido en la etapa regular – evaluar adecuadamente al nuevo personal ingresante y depurar sin mayor contratiempo ni riesgo de sanciones pecuniarias o restitutorias, al elemento poco idóneo que aspiraba a alcanzar un vínculo de permanencia en su empresa. El objetivo, era verificar en el propio terreno de los hechos, si ese aspirante que podría mostrar grandes aptitudes para sortear una evaluación de conocimientos y afrontar con solvencia una etapa de entrevista, podía de igual forma, tener la misma respuesta en el ejercicio mismo de las funciones asignadas. Resultaba importante entonces, comprobar objetivamente si esa solvencia mostrada en la etapa previa, tenía correlato con sus aptitudes en el desempeño del puesto, su capacidad de adaptación al mismo y si además, se trataba de un elemento con una conducta que se condecía con los objetivos de la empresa contratante.

A partir de su primera aparición en la normativa laboral del país, y luego de casi nueve décadas de vigencia, el periodo de prueba ha sufrido diversas modificaciones no solo en cuanto a su duración (en 1978, llegó a tener una duración de tres años), el tope de trabajadores en prueba (hasta 1995, se llegó a establecer un tope del 10% de trabajadores en prueba) y sus reglas de exoneración (hasta 1995, regía la exoneración del periodo de prueba, a

los que ingresaban por concurso), sino que lo más grave desde nuestra óptica, es que la institución ha sufrido una involución, a partir de las desviaciones en su concepción original. Esta situación llega a tal punto, que en la actualidad el problema se ha acentuado, al considerarse que el periodo de prueba es un espacio libérrimo y de simple tránsito, que permite prescindir del trabajador basado en la simple voluntad del empleador y sobre todo, sin realizar evaluación alguna. Ni el Tribunal Constitucional con sus erráticos fallos, ni la Corte Suprema (con sus aun tibias posiciones) han sentado una posición que corrija este asunto. Ninguno se atreve a cuestionar la falta de una real evaluación al interior del periodo de prueba, salvo cuando se cometan las graves irregularidades relacionadas con el trato discriminatorio o la vulneración de los derechos fundamentales. Y aun así, se han dado casos, en que a pesar de haberse invocado causal de discriminación, el TC ha exigido previamente “haber superado previamente el periodo de prueba”, para atender el pedido de trato discriminatorio. Para terminar de empeorar el asunto, un sector de la doctrina y la jurisprudencia laboral del país, siguen atizando esta incertidumbre, con sus disimiles criterios que han llegado incluso al ámbito mediático. La primera, se ratifica en el carácter libérrimo del periodo de prueba y donde no puede haber sanción alguna, mucho menos de orden indemnizatorio, porque desnaturaliza la institución; y la segunda, que ya empieza mostrar algunos atisbos del rescate de la esencia evaluativa de esta etapa, ha llegado a aplicar medidas resarcitorias y restitutorias frente a actos de fraude y abuso del derecho en el periodo de prueba.

Frente a esta problemática descrita, nuestro objetivo es efectuar una revisión amplia de los alcances generales y específicos de esta institución, para entender en primer término, que es lo que origina la discordancia entre las posiciones de la doctrina y la jurisprudencia laboral del país y sobre todo, determinar en qué parte del camino se desvió la esencia y finalidad que motivó su previsión en la normativa laboral del país. A partir de ello,

plantearemos la inclusión de algunos límites generales y específicos que busquen remediar esta aplicación desmesurada y contra natura de la institución. Como correlato final, lo que buscamos es brindar alguna medida correctiva que le ponga coto a una eventual trasgresión de los límites que planteamos. El tratamiento de este tema, si bien cuenta con abundante información bibliográfica sobre el particular, la mayoría de ellas, abordan temas comunes, cuestiones ya aceptadas que no alteran ni buscan mejorar el statu quo de esta institución. Esta copiosa información doctrinaria contrasta, sin embargo, con la realidad que nos toca afrontar en la práctica judicial, y que no se condice con lo que brota del material bibliográfico. Es esta circunstancia descrita y la relación directa que tiene con nuestras labores en el ámbito judicial, lo que ha concitado nuestro interés académico en su tratamiento.

Nuestro trabajo lo empezamos, con un estudio de los alcances generales de la institución tanto en la normativa nacional y extranjera, temas como la definición, antecedentes, duración, ampliación, reducción y exoneración, acumulación, formalidades y efectos y tratamiento en los contratos temporales, serán abordados en un **primer capítulo** de estudio. **El segundo capítulo** lo consideramos como la puerta de entrada a desentrañar inicialmente el problema en estudio. En efecto, al revisar ampliamente lo que viene a ser la naturaleza jurídica, el fundamento jurídico y la finalidad del periodo de prueba, empezamos a entender como surge la institución (a pedido de quien, y para apoyar a quien), advertimos que el fundamento o razón de ser de su inclusión siempre fue que la necesidad de que el empleador conozca la idoneidad del trabajador que pretende incorporar de forma permanente. Esa idoneidad que incluye la capacidad (aunado a la adaptación en el puesto) y la conducta personal relacionada con el desempeño en el trabajo. Y de la mano con ese fundamento jurídico, está el objeto o finalidad de que esa evaluación sea realizada en el puesto mismo de trabajo, o lo que la doctrina española llama “experimentación

sobre el terreno de la relación laboral” o “realización de las experiencias”. **El tercer capítulo**, nos permite ingresar premunidos de la información esencial de la institución para poder establecer entonces, cuáles deben ser los límites en el ejercicio del periodo de prueba. Si el fundamento jurídico es la necesidad de evaluar al trabajador para determinar si es idóneo para el puesto, es contradictorio, como refiere Martín Valverde, que se pretenda alegar que el despido en periodo de prueba se pueda producir sin existir evaluación. Eso nos lleva al primer límite, el límite general: la necesidad de causalizar el despido en el periodo de prueba. Pero esa causa de despido será válida cuando esté relacionada con la evaluación negativa del trabajador en prueba. Esa es la causalización que planteamos en este capítulo. Esta posición la respaldamos con doctrina autorizada, con la nueva tipología de despido del TC que trae como correlato, que cualquier medida extintiva dentro de la relación laboral (y el periodo de prueba es parte de ella) debe ser causalizada y finalmente, con los primeros atisbos de la jurisprudencia laboral que empieza a reconocer la naturaleza evaluativa de la institución. Reiteramos que, para el caso del periodo de prueba, esa causa de despido, debe ser la evaluación real del trabajador. No se pretende trastocar la naturaleza de la institución de ser una etapa experimental y de especial inestabilidad, donde el empleador es el legitimado a evaluar y quien detenta la potestad de prescindir del trabajador en prueba, lo que pretendemos es que eso se preserve, pero sobre la base de un nuevo piso mínimo de procedibilidad: la real aplicación de una evaluación, con factores que incluya la capacidad, la adaptación al puesto y la conducta (incluso disciplinaria) relacionada con el puesto de trabajo. A partir de ese piso mínimo el empleador como responsable de la adecuada marcha de su empresa, tiene la facultad de asignar la calificación que corresponda. Si en el ejercicio de dicha facultad incurre en conductas irregulares señaladas como límites específicos (fraude a la ley, abuso del derecho, trato discriminatorio y vulnerador de los derechos fundamentales del trabajador), será el juzgador quien impondrá el correctivo en sede

judicial con las consecuencias de diverso orden: patrimonial o extra patrimonial. **El cuarto capítulo** está destinado precisamente a esbozar las eventuales consecuencias que deberá afrontar el empleador frente a la comisión de conductas irregulares durante el periodo de prueba, estas incluirán aquellas medidas que en sede judicial se podrían imponer, acorde con el tipo de irregularidad y la gravedad de la misma. Y decimos se podrían, porque lo que hacemos esencialmente es proponer - sobre la base de la exigua casuística - algunas alternativas que pasan por la reposición, la indemnización por daños y perjuicios, dar por superado el periodo de prueba y la consecuente prosecución del vínculo laboral hasta su conclusión o su permanencia indeterminada, según el tipo de vinculación contractual suscrita originalmente.

En la parte final de este trabajo, ofreceremos las conclusiones o ideas centrales que hayamos obtenido, luego de trajar por el camino de una investigación cuyo tema, si bien es de sumo interés y actualidad, no deja de ser bastante controversial por lo enraizadas que se encuentran algunas posiciones, basadas en criterios que distan mucho de la esencia y finalidad original de la institución.

CAPÍTULO I

ALCANCES DEL PERIODO DE PRUEBA EN LA NORMATIVA NACIONAL Y EXTRANJERA

1. Definición del periodo de prueba

El periodo de prueba constituye una de las instituciones de viejo arraigo y trascendencia en el derecho laboral, habida cuenta que su existencia avanza en estrecha relación con la extinción del contrato de trabajo¹. A pesar de ello y, aún cuando tiene inscrita su presencia de manera permanente en la legislación del país, ésta, no se ha permitido incluir un mínimo esbozo acerca de su definición. Por tanto, para cumplir con este primer objetivo, nos apoyaremos en la doctrina nacional y extranjera, buscando aproximarnos a una definición, a partir de los elementos que caracterizan al periodo de prueba.

Guillermo Cabanellas, lo define como una fase preliminar, de especial inestabilidad e índole experimental². Seguidamente, este mismo autor, amplía los alcances de esta institución, señalando que:

(...) se trata de la condición expresa en el contrato de trabajo por la cual cada uno de los contratantes puede disolver el vínculo contractual si no está satisfecho, durante dicho lapso, de las prestaciones de la otra parte. (...) Por la prestación del trabajador durante esta etapa experimental, puede el empresario apreciar en la práctica su capacidad profesional, la adaptación a la tarea que se le asignará, así como descubrir, en la convivencia inmediata y más o menos prolongada, sus

¹ MARTÍN VALVERDE, Antonio. "El periodo de prueba en el contrato de trabajo". Editorial Montecorvo. Madrid - España. 1976. Pág. 14. Para este autor, uno de los rasgos del periodo de prueba, es que constituye una suspensión, al menos parcial, de las restricciones legales a la facultad de extinción unilateral del contrato de trabajo.

² CABANELLAS, Guillermo. "Compendio de Derecho Laboral". Libros Científicos. Libro de Edición Argentina. Tomo I. Argentina. 1968. Pág. 487.

*cualidades personales de toda índole que se valoren en el trabajo*³.

Para Rafael Caldera, se trata de la fijación, en un contrato de trabajo, de un periodo limitado de experimentación durante el cual las partes tienen tiempo para conocerse y ver si les conviene consolidar el contrato en forma definitiva⁴. José Montenegro Baca, lo denominaba el periodo adquisitivo del derecho a la estabilidad en el empleo, precisando que, de acuerdo a la legislación comparada, se constituye en la prestación de determinado periodo de servicios efectivos, para que adquiera el derecho a la estabilidad en el empleo⁵.

A su vez, Litala, resalta al periodo de prueba como una garantía de seguridad para una adecuada contratación definitiva. Señala este autor, en cita de Rafael Caldera, que:

*El contrato de prueba constituye de hecho una válvula de seguridad para obviar las consecuencias que se pueden derivar de una incauta contratación definitiva del prestador de servicios. La prueba es de gran utilidad, no sólo para poder apreciar desde el punto de vista técnico, moral, disciplinario, al trabajador, sino como control para la medida equitativa del salario que debe ser proporcional a la capacidad (...)*⁶.

En esta misma línea de criterio, Alonso García señala que el periodo de prueba, en lo que respecta al empresario, tiene como uno de sus objetivos:

Comprobar la aptitud técnica, así como, en general, las condiciones personales – de rendimiento y éticas – del

³ CABANELLAS, Guillermo. *Ibíd.*

⁴ CALDERA, Rafael. **Derecho del Trabajo**. Editorial “El Ateneo”. Segunda Edición. Tomo I. Buenos Aires. Argentina. 1960. Pág. 316.

⁵ MONTENEGRO BACA, José. “La Estabilidad en el Empleo”. Artículo contenido en: “El Derecho Laboral en Iberoamérica”. Capítulo 18. Editorial Trillas. 1ra. Edición. Octubre 1981. México D.F. Pág. 330.

⁶ CALDERA, Rafael. *Ibíd.*

*interesado sometido a prueba, y evitar, negativamente, los riesgos de un contrato de trabajo celebrado ya inicialmente, con carácter definitivo, dado los lazos de estabilidad que tal contrato puede suponer desde el punto de vista jurídico-positivo*⁷.

En el ámbito nacional, el reconocido jurista Carlos Blancas Bustamante lo define como:

*Una institución que hace posible que ambas partes de la relación laboral – empleador y trabajador – se conozcan mutuamente y, sobre todo, valoren las condiciones generales – personales, profesionales y las propias del medio en que debe realizar el servicio – antes de otorgar a dicha relación, un grado mayor de permanencia y seguridad*⁸.

A partir de lo glosado, podemos asumir que el periodo de prueba, tiene características que la definen como aquel periodo inicial y obligatorio⁹ del contrato de trabajo, en el que ambas partes (trabajador – empleador) tienen la posibilidad de reexaminar nuevamente si les conviene o no, continuar con la relación laboral que han iniciado. El empleador tendrá la posibilidad de verificar *in situ*¹⁰, si el trabajador tiene no sólo las aptitudes profesionales sino también las personales, para permanecer en el puesto, protegido frente a un eventual despido arbitrario. Ya que, coincidiendo con lo señalado por Pacheco Zerga, “la eficiencia de un trabajador no se mide por

⁷ ALONSO GARCÍA, Manuel. “Curso de Derecho del Trabajo”. Editorial Astrea. Quinta Edición. 1975. Barcelona – España. Pág. 458.

⁸ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos “El despido en el derecho laboral peruano”. ARA Editores. 2da. Edición. Lima - Perú. 2006. Pág. 126.

⁹ Si bien el periodo de prueba puede ser obligatorio o facultativo, en el caso de nuestro país, tiene el carácter de obligatorio en su periodo mínimo de tres meses y convencional para el caso de su ampliación a seis o doce meses, conforme se verifica del artículo 10 del Decreto Supremo N° 003-97 TR.

¹⁰ DE VAL TENA, Luis Ángel. “Pacto de prueba y contrato de trabajo”. Civitas. Madrid - España. Pág. 9. Señala este autor, que la finalidad del periodo de prueba es el recíproco conocimiento en orden a valorar las aptitudes personales y profesionales de cada uno (empleador y trabajador) para decidir la subsistencia o no del vínculo tras la experimentación *in situ* de las obligaciones asumidas. - El énfasis es nuestro -.

lo que dice que es, sino por lo que hace”¹¹. A su vez, el trabajador tendrá la facultad de evaluar si la empresa cumple con las condiciones laborales y económicas ofrecidas y si el ambiente de trabajo le resulta adecuado a sus fines de crecimiento profesional. Sin embargo, respecto de este último objetivo, mostramos nuestro reparo ya que, en la praxis, el periodo de prueba no muestra mayor utilidad práctica para el trabajador. Lo último que podría pretender el trabajador, sería renunciar a un puesto de trabajo. Por el contrario, su objetivo será siempre superar el periodo de prueba, con el objetivo de permanecer en dicho puesto.

Concluimos señalando entonces, que nos encontramos frente a una etapa inicial de conocimiento, que se sustenta en la necesidad de pasar por el tamiz de la verificación “en la cancha” de las aptitudes (desempeño y adaptación) y actitudes (honestidad, integración, trabajo en equipo, proactividad) frente al puesto a desempeñar. Sólo después de ello, y frente a la no superación de las expectativas, procederá el desistimiento libre o extinción unilateral válida¹², sin consecuencia alguna.

2. Antecedentes del periodo de prueba

El objetivo de este acápite, es conocer el marco legal que le precede al actual, en lo referente al periodo de prueba. Lo que se pretende, es mostrar como ha venido evolucionando (o involucionando) el tratamiento de esta institución, hasta llegar a la normatividad que actualmente nos rige.

El primer antecedente que encontramos, es el reglamento de la Ley N° 4916, Resolución Suprema del 22 de junio de 1928, cuyo artículo seis

¹¹ **PACHECO ZERGA, Luz.** “El periodo de prueba: Naturaleza y régimen jurídico”. JUS Doctrina y Práctica. Julio 2008. Lima – Perú. Pág. 352.

¹² **ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, CAMPS RUIZ, Luis Miguel, LÓPEZ GANDÍA, Juan y SALA FRANCO, Tomas** “Compendio de Derecho del Trabajo. Contrato individual”. Tomo II. 3ra Edición. 2008. Tirant Lo Blanch. Valencia- España. Pág. 122. Los autores refieren que la extinción del contrato durante el periodo de prueba no equivale a despido sino a extinción del contrato de trabajo por causa válidamente consignada en el contrato.

establecía que “Durante los tres primeros meses, periodo que se considera de prueba, el empleado no gozará de ninguno de los derechos, indemnizaciones o beneficios señalados por ley”. Vale decir que esta previsión legal del periodo de prueba no daba lugar a la estabilidad o permanencia, y se orientaba únicamente a conseguir beneficios de orden económico, incluyendo, además, a las indemnizaciones (entre ellos la indemnización por despido arbitrario, acorde con lo previsto en la Ley 4916¹³).

Un segundo antecedente lo encontramos el 19 de octubre de 1962, con la emisión del Decreto Ley 14128, emitida por la Junta de Gobierno presidida por Ricardo Pérez Godoy, que ratificaba en sus tres primeros artículos (de cuatro que lo integraban) la existencia del periodo de prueba en el lapso de tres meses. Este decreto incluye también el derecho a percibir la compensación por tiempo de servicios a razón de un dozavo de su remuneración mensual por cada mes de labor. Ratifica que el trabajador que continúe laborando después del periodo de prueba, gozará del régimen indemnizatorio y compensatorio que las respectivas leyes acuerden, a partir de su primer día de ingreso al trabajo. Incluye adicionalmente en su artículo tres, la exoneración del periodo de prueba para aquellos empleados u obreros que ingresen al servicio por concurso, examen de conocimiento o de aptitud, así como los que reingresen al servicio. De igual forma, en esta norma tampoco se contempla la estabilidad en el empleo como consecuencia de la superación del periodo de prueba, ratificándose únicamente el derecho a indemnización y cobro de compensaciones.

¹³ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “El Derecho al trabajo: en tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado”. AA.VV. Revista Derecho PUCP. N° 71. 2013. Pág. 311. El autor señala que la Ley 4916 de 1924 es la primera norma laboral que se ocupa de la protección frente al despido, estableciendo una indemnización en casos de cesación de empleo, modificando el artículo 296 del entonces Código de Comercio.

El 10 de noviembre de 1970, en el gobierno revolucionario de Juan Velasco Alvarado, entra en vigencia el Decreto Ley N° 18471, conocido como el primer antecedente sobre estabilidad laboral, conforme se verifica del tenor de su parte considerativa, donde destaca que la estabilidad del trabajador propende al incremento de la productividad. Esta norma, sin embargo, se explaya a lo largo de sus once artículos, en el objetivo de establecer las faltas graves, su comprobación y consecuencias, la suspensión parcial o total de actividades, reducción o despido total de personal, por causa de liquidación de la empresa, sin hacer referencia alguna al periodo de prueba. Esta precisión aparece únicamente en su reglamento, el Decreto Supremo N° 001-71 TR, cuyo artículo señala claramente que el acotado Decreto Ley 18471 no comprende a los trabajadores dentro del periodo de prueba. Como bien lo remarca el profesor Villavicencio¹⁴, se estableció un régimen de estabilidad laboral absoluta, permitiendo únicamente el despido en casos de reducción o despedida total del personal, autorizada la autoridad de trabajo, debido a causa económica o técnica y caso fortuito o fuerza mayor, o una vez superado el periodo de prueba, por falta grave que debía ser probada por el empleador. Con ello se ratifica la existencia de esta institución (periodo de prueba) en los mismos términos que venía rigiendo, otorgando protección al trabajador luego de superarse el plazo respectivo, el cual continuaba siendo de tres meses.

El 23 de Marzo de 1978, durante el gobierno de Francisco Morales Bermúdez, se puso en vigencia el Decreto Ley 22126, cuya segunda disposición final derogaría al Decreto Ley 18471. Esta norma estableció en su artículo 2, literal b, un nuevo plazo de duración para el periodo de prueba: *“tres años al servicio del mismo empleador en forma ininterrumpida”*. Asimismo, en su artículo 23 estableció un tope de

¹⁴ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Ibíd*em

trabajadores en periodo de prueba ascendente al diez por ciento del total de trabajadores permanentes. Sin embargo, en esta norma no se hace referencia a ningún supuesto de exoneración del periodo de prueba, como si lo hacía el Decreto Ley 14128. Vale decir que, con la dación de esta nueva norma, se buscó reafirmar el objetivo de la estabilidad laboral, pero esta vez, a condición que los trabajadores superasen los tres años del periodo de prueba. Antes de eso, podían ser despedidos sin alegar causa justa, con las únicas exigencias de un preaviso de noventa días calendario, cursado notarialmente y pagando una indemnización especial equivalente a noventa días de remuneración, tal como queda expresamente establecido en el artículo veintiocho de este decreto ley.

El 04 de junio de 1986, a la luz de la ya vigente constitución de 1979, entra a regir la Ley N° 24514, ley que regula el derecho de estabilidad en el trabajo, que vino a sustituir al Decreto Ley 22126, restableciendo en su artículo 2 el plazo de tres meses para el periodo de prueba. Asimismo, se incluye expresamente en el segundo párrafo de este artículo, la exoneración del periodo de prueba a los trabajadores que ingresen por concurso y los que reingresen al servicio del mismo empleador.

Cinco años después, en 1991, se produce lo que Blancas Bustamante llama "*el inicio de la transición desde el modelo de la estabilidad laboral absoluta hacia un modelo de mínima protección ante el despido*"¹⁵. Este año se promulga el primigenio Decreto Legislativo N° 728 Ley de Fomento del Empleo, estableciéndose en su artículo 43 el periodo de prueba de tres meses y dejando a las partes la posibilidad de pactar un periodo de seis meses o un año, según se trate de trabajadores calificados o de dirección. Se preserva, además, la exoneración del periodo de prueba para aquellos trabajadores que ingresen por concurso, los que reingresen al servicio del mismo empleador, salvo que dicho reingreso sea a un puesto notoria y

¹⁵ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Ob. Cit. Pág. 106.

cuantitativamente distinto al anterior. Se restringe el porcentaje de personal en periodo de prueba al 10% del total de trabajadores, salvo en el caso de inicio o ampliación de actividades u otra eventualidad debidamente comprobada por la empresa.

Para el año 1995, entra en vigencia la Ley N° 26513, que establece una serie de modificaciones a diversos artículos de la Ley de Fomento del Empleo, entre ellos al artículo 43. Como resultado de esta modificación, sobre el periodo de prueba *“(…) se elimina la restricción de que sólo pueden estar en periodo de prueba el 10% del personal y se elimina también las exoneraciones a dicho periodo”*¹⁶.

Es el tenor de esta última modificación del 26 de julio de 1995 (texto integral del artículo 43 corregido) la que se encuentra vigente, recogido esta vez, en el artículo 10 del Decreto Supremo N° 003-97 TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

En resumen, desde su regulación inicial, el periodo de prueba, en cuanto a su plazo de duración, ha tenido un tránsito largo por el periodo mínimo de tres meses que se vio sobredimensionado a un plazo de tres años, para retornar finalmente al periodo mínimo y legalmente obligatorio de tres meses; pero esta vez, complementado con el plazo convencional de seis y doce meses para determinados trabajadores que, por el tipo de labor y grado de responsabilidad, requieren un plazo mayor de adaptación. Se produjo, además, una desmejora en el tratamiento de esta institución laboral, ya que progresivamente fueron quedando en el camino, los criterios de máximo porcentaje de trabajadores en periodo de prueba y los

¹⁶ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y CARO PACCINI, Eliana “La Reforma Laboral de los Noventa: ¿Lección Aprendida?”. Revista Foro Jurídico. N° 3. Febrero 2004. Pág. 27.

supuestos de exoneración para los ingresantes por concurso o los que reingresan al mismo puesto¹⁷.

Finalmente, consideramos importante ponderar los esfuerzos trancos hasta la fecha, que se encuentran recogidos en una propuesta normativa de mas reciente data: El proyecto de ley general del trabajo, la misma que se gestó con el concurso de notables juristas del ámbito laboral, y propone, en su artículos 94 y 95, entre otros aspectos relacionados al periodo de prueba, el retorno de los supuestos de exoneración, estableciendo además una interesante previsión al periodo de prueba en los contratos de duración determinada, planteando que en caso dicho contrato sea de duración menor a un año, el periodo de prueba debería ser igual a la cuarta parte del plazo estipulado¹⁸.

3. La duración del periodo de prueba

La duración del periodo de prueba, resulta otro de los aspectos de esta institución que cobra también una especial importancia, ya que está referido a ese lapso de tiempo que resulta necesario para la demostración de la idoneidad que constituye el objeto del periodo de prueba¹⁹. Dicho de otra manera, es el periodo de tiempo que se tiene que cumplir, para consolidar el vínculo laboral entre las partes y alcanzar el derecho a la protección contra el despido arbitrario. Luego de superarse este periodo de evaluación, el trabajador no puede ser cesado por el empleador sin que exista una

¹⁷ El reingreso al mismo puesto, no está previsto de manera expresa como exoneración en el Decreto Supremo N° 003-97 TR, pero puede desprenderse de la interpretación del artículo 16 de su Reglamento Decreto Supremo N° 001-96 TR. Este aspecto es tratado en el acápite 7.3 de este primer capítulo, que corresponde a la exoneración del periodo de prueba.

¹⁸ **Soluciones Laborales. “Proyecto de Ley General del Trabajo”**. Gaceta Jurídica. 1ra Edición. Setiembre 2012. Lima – Perú. Pág. 25.

¹⁹ **PACHECO ZERGA, Luz**. Ob. Cit. 357. Coincidimos con la autora, cuando señala que la duración del periodo de prueba tiene directa relación con su objeto.

causa justa prevista en la ley²⁰. Es por tal razón, que la regulación de este aspecto constituye uno de los temas problemáticos, ya que resulta difícil coincidir entre los intereses de uno y otro sujeto de la relación laboral. Normalmente el trabajador tenderá a que el periodo de prueba sea lo más corto posible, con el objeto de conseguir rápidamente la fijeza de la relación jurídica, mientras que el empresario tenderá a prolongarlo para hacer más efectiva la prueba antes de que la relación se consolide²¹.

En nuestro país, luego de haber transitado por diversas regulaciones normativas que llegaron a prever incluso un desmedido plazo de tres años (Decreto Ley 22126 del 23 de marzo de 1978), se cuenta en la actualidad, con la regulación de un plazo de duración que se bifurca en uno de naturaleza legal y otro de naturaleza convencional. Esto se diferencia de otros ordenamientos jurídicos, donde prima lo convencional recogido particularmente en los convenios colectivos²².

El artículo 10 de nuestro vigente decreto, establece un plazo general de tres meses. Este plazo, en principio, es para todos los trabajadores en general sin establecer distinciones entre trabajadores calificados o no calificados. Este es el plazo mínimo previsto legalmente, al que todos deben sujetarse de manera obligatoria. Nada obsta, sin embargo, para que ambas partes, en pleno ejercicio de su derecho a establecer los términos de su vinculación

²⁰ **DOLORIER TORRES, Javier.** “Tratado de derecho individual del trabajo”. Gaceta Jurídica. 1ra. Edición. Octubre 2010. Tomo I. Pág. 24.

²¹ **MARTIN VALVERDE, Antonio; RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCIA MURCIA, Joaquín.** “Derecho del Trabajo”. Editorial TECNOS. 20ª. Edición. 2011. Madrid. España. 514.

²² **ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, CAMPS RUIZ, Luis Miguel, LÓPEZ GANDÍA, Juan y SALA FRANCO, Tomas.** Ob. Cit. Pág. 121. Establecen los autores españoles, que el periodo de prueba, salvo que el convenio colectivo disponga otra cosa no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados y 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 éstos últimos. Con ello deja a las claras, que estos plazos propuestos inicialmente, se supeditan finalmente a las resultas de lo acordado en el convenio colectivo.

contractual, determinen desde el inicio y por escrito, la exención del periodo de prueba²³.

Sin abundar mayormente en el tema de la ampliación del periodo de prueba, que será materia del siguiente ítem, si consideramos necesario señalar que, a partir del plazo de duración mínima de tres meses, previsto de manera general, la norma otorga la facultad a ambas partes a fin que acuerden o establezcan un pacto por escrito para incrementar este lapso mínimo inicial, siempre que se justifique, en la necesidad de una capacitación, adaptación, la naturaleza de la labor o el grado de responsabilidad a asumir. Este margen potestativo, tampoco queda librado a límites indefinidos, sino que se constriñe a topes máximos, según se trate de trabajadores de confianza o de dirección. Con tal fin, prevé para los primeros un tope de seis meses y para los segundos, el máximo de un año. En caso las partes pactasen un plazo mayor, excediendo estos topes, el reglamento de la norma, prevé el correctivo de quitarle todo efecto legal²⁴.

Es importante anotar también, que este plazo de naturaleza convencional que prevé nuestra normativa laboral, en la praxis no resulta ser tal. Lo que en verdad acontece en los hechos, es que el empleador consigna de manera anticipada y obligatoria el plazo de seis meses o un año, sin que el trabajador tenga la oportunidad de dar su conformidad a dicha cláusula. Se impone el poder que detenta el empleador en la relación laboral, y es él

²³ **ARCE ORTIZ, Elmer.** “Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y Deficiencias”. Editorial Palestra. Segunda Edición Actualizada. Julio 2013. Lima. Perú. Pág. 236. Coincidimos con el autor, en que si las partes finalmente lo deciden, nada debería oponerse a que el contrato de trabajo excluya expresamente el periodo de prueba.

²⁴ Decreto Supremo N° 001-96 TR.

Artículo 17.- El exceso del periodo de prueba que se pactara superando los seis meses o el año, en el caso de trabajadores calificados o de confianza, respectivamente, no surtirá efecto legal alguno.

quien finalmente establece la necesidad de tal ampliación, sea ajustada o no a la naturaleza de las labores en la empresa²⁵.

Así las cosas, lo que tenemos previsto legalmente en la actualidad, es un plazo legal, mínimo y general de tres meses, a partir del cual se prevé un aparente plazo convencional, que en la práctica resulta siendo un impositivo incremento unilateral a seis meses o un año, según se trate de trabajador de confianza o dirección. Ciertamente es también, que, frente a dicha imposición, el trabajador tendrá la posibilidad de accionar judicialmente frente a una irregular calificación del cargo de dirección o de confianza, a efectos que la misma quede sin efecto²⁶.

Finalmente, debemos acotar que la duración del periodo de prueba, debe ser calculada en términos de meses completos (incluyendo sábados y domingos) y no por la sumatoria de días. Por tanto, no será correcto invocar el cumplimiento de este periodo, alegando haber laborado noventa días, ya que esta forma de cómputo no necesariamente va a coincidir con el cómputo mensual. Este criterio tiene ya una vieja data, tanto en la jurisprudencia como en la normativa laboral²⁷.

4. La ampliación, reducción y exoneración del periodo de prueba

4.1 La ampliación del periodo de prueba

²⁵ CASTILLO MONTOYA, Nixon Javier. "Funcionalidad del periodo de periodo de prueba en la relación laboral". Soluciones Laborales N° 16. Editorial Gaceta Jurídica. 1ra. Edición. Abril 2009. Lima. Perú. Pág. 24.

²⁶ Decreto Supremo N° 001-96 TR.

Artículo 61.- Los trabajadores cuyos cargos sean indebidamente calificados como de dirección o de confianza, podrán recurrir ante la Autoridad Judicial, para que deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando la demanda se presente dentro de los treinta días naturales siguientes a la comunicación respectiva.

²⁷ DE LA TORRE UGARTE LUNA, Carlos A. "Jurisprudencia del Trabajo". Tomo IV. 1987-1988-1990-1991. Servicios Gráficos José Antonio EIRL. 1ra. Edición. Mayo. 1992. Lima. Perú. Pág. 242.

RTT. De 19.2.90 Exp. 1146-89-CD/AC.LA 8-90. Concord.: D.L. 14128 de 19.10.62 y art. 2 Ley 25514.

Nuestra legislación vigente establece, como regla general, un periodo de prueba de tres meses. Esta duración puede incluso no estipularse expresamente en el contrato, lo cual no implicará encontrarse exento de dicho plazo legal²⁸. Es a partir de este piso mínimo legal, que se puede incrementar el plazo de duración, pero no de manera unilateral (del empleador), impositiva ni arbitraria, sino que debe nacer de un acuerdo entre las partes (trabajador y empleador), cumplir una formalidad (consignarse por escrito) y encontrarse debidamente justificado.

A partir de lo previsto en el artículo 10 del decreto, Pacheco Zerga²⁹, expone una cuádruple causalidad para justificar la ampliación del periodo de prueba:

- a) Las labores que se van a realizar requieren una capacitación mayor.
- b) Los tres meses sean insuficientes para medir la adaptación al puesto.
- c) La naturaleza de las labores requiere mayor tiempo para evaluar al personal.
- d) El grado de responsabilidad asumido por el personal exija una selección más cuidadosa.

Los tres primeros supuestos podrían ser subsumidos en uno solo, porque la adaptación a un puesto está en relación directa con el dominio de las labores asignadas, es decir, con la posesión del conocimiento y habilidad suficientes de acuerdo con la complejidad de las tareas a realizar. Por tanto, si la complejidad de las labores es mayor, la evaluación también exigirá un mayor tiempo, que justifica la ampliación del plazo general de tres meses.

²⁸ Reiteramos, que la obligación de consignarse por escrito, está previsto únicamente para la ampliación de dicho periodo más allá de los tres meses (párrafo final del artículo 10 del decreto), con lo cual se concluye, contrario sensu, que el plazo general de tres meses no necesita ser establecido de manera expresa en el contrato para acreditar su vigencia y aplicación.

²⁹ **PACHECO ZERGA, Luz.** Ob. Cit. Págs. 357-358.

En cambio, el último supuesto, referido a la asunción de mayor responsabilidad por el trabajador parece tener más relación con la evaluación de los aspectos éticos, que exige una mayor ponderación de factores³⁰.

Luego de cumplida la causalidad justificante del plazo ampliatorio, las partes tendrán como límite máximo de ampliación, incluyendo el periodo inicial, el de seis meses para los cargos calificados o de confianza y de doce meses o un año, para los cargos de dirección. En el primero de los casos, hablamos de aquellos trabajadores que realizarán una labor especialmente complicada, que necesitan de una demostrable experiencia o pericia y requieren un alto nivel de calificación, o, en su caso, que van a desempeñar un cargo de confianza. En el caso de los segundos, se desempeñarán en un puesto del cual puede depender el resultado económico de la empresa, por lo cual requerirá una evaluación mas detenida³¹. En esta línea de criterio, Cruz Villalón señala que los topes máximos se establecen legalmente en función del nivel de la responsabilidad o profesionalidad del trabajador, siendo esto lo más decisivo ya que a mayor nivel, mayor será el tiempo para comprobar las aptitudes y actitudes del empleado³².

Finalmente, es pertinente hacer dos precisiones. Primero, que el pacto de ampliación del periodo de prueba, debe quedar establecido desde el comienzo de la prestación laboral, ya que hacerlo después de haberse iniciado, implicaría una directa vulneración al principio de irrenunciabilidad

³⁰ **PACHECO ZERGA, Luz.** *Ibídem.*

³¹ **SERKOVIC GONZALES, Germán.** “Sepa cómo aplicarlo. Pautas para el periodo de prueba”. *Jurídica. Suplemento de Análisis Legal de El Peruano.* N° 508. Año 8. Junio. 2014. Lima. Perú. Pág. 8.

³² Cfr. **CRUZ VILLALÓN, Jesús.** “*Compendio de Derecho del Trabajo*”. Segunda Edición. Editorial Tecnos. 2009. Madrid. España. Pág. 129

de derechos³³, y, segundo, en caso nos encontremos frente a un trabajador común, no cualificado o que se encuentre al margen de labores de confianza o de dirección, no resultaría procedente ampliar el plazo general de prueba³⁴. La desatención a estas consideraciones básicas, pueden dar lugar a trasgresiones en perjuicio del trabajador, que serán analizadas mas adelante.

4.2 La reducción del periodo de prueba

El artículo 10 de la LPCL establece un plazo de tres meses como periodo general de prueba. Frente a ello, cabe preguntarse si dicho lapso puede ser reducido válidamente a uno de menor duración. En primer término, tenemos que la norma en mención, contiene una de limitación de tiempo a favor del trabajador, lo cual le evita permanecer de manera indefinida en un periodo de evaluación, con la consiguiente incertidumbre respecto de su permanencia en el puesto de trabajo. A partir de esta premisa, queda claro también, que estamos frente a una norma imperativa, “(...) *en la medida que responde a un interés social que el Estado entiende como prioritarios en una sociedad, cual es la de proteger a la parte débil de la relación laboral otorgándole un mínimo de beneficios invulnerable por la autonomía individual o colectiva (...)*”³⁵. Si esto es así, nos encontrarnos también, frente a una norma que cumple las condiciones para ser amparada por el principio de irrenunciabilidad de derechos³⁶, ya que además de cumplir el

³³ BALLESTER PASTOR, María Amparo. “El periodo de prueba”. Edit. Tirant Lo Blanch. 1995. Valencia. España. Págs. 32-33.

³⁴ PACHECO ZERGA, Luz. Ídem.

³⁵ DOLORIER TORRES, Javier Ricardo. “Orden público económico, orden público laboral y los límites a la autonomía colectiva”. AA.VV. En: Revista de Derecho THEMIS PUCP N° 27-28. Lima Perú. 1994. Pág. 209.

³⁶ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. “Los principios del derecho del trabajo”. Ediciones Depalma. 3ra. Edición actualizada. Buenos Aires. Argentina. 1998. Pág. 171. El autor, apoyándose en Pérez Leñero, señala que los derechos son irrenunciables, cuando cumple una serie de condiciones como: 1) Ha de ser un derecho legal,

supuesto de la normativa constitucional vigente³⁷, tal como lo señala Pasco Cosmópolis, es claro que la irrenunciabilidad se fundamenta en la imperatividad de la norma, que no es sino expresión de su carácter de orden público³⁸. Y es que, como lo señala Guerrero Figueroa “*el principio de irrenunciabilidad se desprende de la naturaleza de orden público de los beneficios y garantías, con carácter de mínimos, otorgados a los trabajadores*”³⁹. Sin embargo, debemos tener en claro, conforme lo señala De la Villa Gil, aun cuando existen normas de derecho necesario absoluto, normas de derecho necesario relativo y normas de derecho dispositivo, y si bien el trabajador no puede renunciar individual y válidamente a los nacidos de las normas de derecho necesario absoluto o normas de derecho necesario relativo, también es verdad que esta exigencia se exceptúa cuando aquellos derechos “(...) *originados por éstas, se sitúan por encima de los mínimos imperativamente garantizados*”⁴⁰.

Asimismo, coincidiendo con Dolorier Torres, lo que corresponde es hablar de un Orden Público Laboral, el cual se distingue a partir de un rasgo distintivo que consta tanto de un piso mínimo, que tiene una justificación

otorgado en leyes, reglamentos o resoluciones administrativas, 2) Ha de ser derecho cierto, 3) Ha de ser un derecho subjetivo, es decir otorgado por ley al renunciante, 4) Ha de ser un derecho beneficioso al trabajador.

³⁷ **CPE 1993**

Artículo 26.- En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

(...)

2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la constitución y la ley.

³⁸ **PASCO COSMÓPOLIS, Mario.** “En torno al principio de irrenunciabilidad”. AA.VV. En: Revista Ius et Veritas N° 31. Lima. Perú. 2005. Pág. 218.

³⁹ **PASCO COSMÓPOLIS, Mario.** *Ibidem*. El autor cita a GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. “El derecho laboral en la Constitución Nacional Colombiana”. En: El trabajo y la constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea. Madrid: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social/Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003. Pág. 135.

⁴⁰ **DE LA VILLA GIL, Luis.** “El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales”. Revista de Política Social. N° 70. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. 1970. Pág. 8.

protectora respecto de los sujetos sociales laborales incluidos en su ámbito y opera como un límite de apoyo a su actuación, pero también tiene un límite superior, el cual no se define en virtud de estos intereses particulares de los trabajadores, sino que proviene de la salvaguardia de otros bienes jurídicos reconocidos por nuestro ordenamiento ⁴¹.

Ahora bien, para los fines de advertir una eventual vulneración del principio de irrenunciabilidad de derechos en la reducción del periodo de prueba, consideramos necesario, abordarlo desde la óptica de ambas partes de la relación laboral: el trabajador y el empleador. **a) En el caso del trabajador**, si se produjera un acto unilateral voluntario del trabajador⁴² que tenga como finalidad pura y simple, de **ampliar dicho plazo por encima de los tres meses**, dicha iniciativa sería conculcadora del principio en comento, ya que se estaría superando el piso mínimo de protección, aplicando una medida ampliatoria del plazo general, sin justificarse en las particularidades de un cargo de dirección o de confianza o las exigencias de adaptación o complejidad del puesto, que validen dicha medida, acorde con lo previsto en el segundo párrafo del citado artículo 10 de la LPCL. Por el contrario, frente a la posibilidad de una **reducción del periodo de prueba general de tres meses**, en el caso del trabajador no habría propiamente un acto de renuncia, ya que el presupuesto para ello, es la privación de alguna posibilidad o ventaja establecida en su provecho⁴³. En este caso, lejos de

⁴¹ **DOLORIER TORRES, Javier Ricardo**. Ob. Cit. Pág. 210.

⁴² **PLÁ RODRIGUEZ, Américo**. “**Los principios del derecho del trabajo**”. Ob. Cit. Pág. 118. El autor, citando a Ojeda Avilés, señala que la renuncia se describe en función a tres características conceptuales, una de las cuales, es la de ser una actividad voluntaria unilateral que no precisa del concurso de otra voluntad para producir el resultado buscado. No hablamos acá de la renuncia bilateral que puede presentarse dentro de una negociación, en el que la contraparte también realiza concesiones, como lo explica el autor (pág. 151), pero que no es atinente al presente caso. OJEDA AVILÉS, Antonio. “La renuncia de derechos del trabajador”. Instituto de Estudios Públicos. Madrid. 1971. Págs. 133 y ss.

⁴³ **PLÁ RODRIGUEZ, Américo**. “**Los principios del derecho del trabajo**”. Ediciones Depalma. 3ra. Edición actualizada. Buenos Aires. Argentina. 1998. Pág. 119. El autor diferencia el principio de renunciabilidad en

privarse de este derecho al plazo máximo establecido por regla general, lo que estaría consiguiendo es una ventaja al reducir el plazo de evaluación a uno mucho menor. Todo ello aunado al hecho de que la posibilidad de reducir dicho plazo general, no pasa por la voluntad del trabajador en prueba, ya que como puede verse del tenor de la propia ley, ésta compele al trabajador, a cumplir la totalidad del mismo para alcanzar la protección contra el despido⁴⁴. Por tanto, en lo que corresponde estrictamente a la reducción del periodo de prueba, estimamos que para el caso del trabajador no opera una vulneración del principio de irrenunciabilidad de derechos. **b) En el caso del empleador**, consideramos que una eventual reducción del plazo del periodo de prueba, si sería factible, por lo siguiente: **1ro)** Porque no significaría una afectación al principio de irrenunciabilidad de derechos, porque, como bien lo refiere Rafael Caldera “(...) *el derecho del trabajo no suele establecer facultades a favor del patrono, a las que ésta pueda renunciar*”⁴⁵. Desde un primer momento, la irrenunciabilidad ha sido reconocida a favor del trabajador y no del empresario, aunque es factible que éste renuncie a ciertos derechos, siempre que no abdique “de las potestades que definen al empresario como figura jurídica contractual”⁴⁶. Por tanto, si bien este principio no opera a favor del empleador, si se

el derecho común con el principio de irrenunciabilidad en el derecho del trabajo, en cuyo campo refiere “nadie se puede privar de las posibilidades o ventajas establecidas en su propio provecho”.

⁴⁴ Esta exigencia se advierte del primer párrafo del artículo 10 de la LPCL, que señala: “(...) **a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario**”.

⁴⁵ **PLÁ RODRIGUEZ, Américo. “Los principios del derecho del trabajo”**. Ob. Cit. Pág. 169. El autor cita a Caldera, para resalta que la irrenunciabilidad no opera para el caso del empleador. CALDERA, Rafael. “Derecho del Trabajo”. Buenos Aires. 1960. Pág. 194.

⁴⁶ **PACHECO ZERGA, Luz. “Características de la irrenunciabilidad de los derechos laborales en el Perú y en el derecho comparado”**. Trabajo y Seguridad Social: Revista de Doctrina, jurisprudencia y legislación (9). Buenos Aires. Septiembre 2011. Págs. 651-664. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Repositorio institucional PIRHUA. Véase en el siguiente enlace web: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2800/Caracteristicas_irrenunciabilidad_derechos_laborales_peru_derecho_comparado.pdf?sequence=1. La autora cita a ALONSO OLEA, Manuel. “La aplicación del derecho del trabajo” (Madrid: Ministerio de Trabajo. Servicio de Publicaciones. 1970). Parte V.

permite la renuncia de alguno de sus derechos, lo cual, según refiere Plá Rodríguez, tampoco quiere decir, que sea posible la abdicación de cualquiera de sus facultades, sino únicamente de aquellas que en aplicación de los principios civiles sea posible renunciar. Concretamente, los poderes jurídicos que se le conceden funcionalmente para la organización de la empresa – poder de dirección, esencialmente – no pueden ser abandonados, pues ello, más que privar de una prerrogativa importaría eludir una responsabilidad. Por eso, ello no sería posible renunciando a la titularidad de la empresa⁴⁷. y **2do**) Porque aun cuando hemos precisado que el periodo de prueba general de tres meses, se constituye en una norma imperativa, respaldada por el principio de irrenunciabilidad de derechos a favor del trabajador, también es verdad que: *“Las reglas laborales de carácter imperativo pueden ser derogadas cuando ello se hace a favor del trabajador, siempre y cuando dicha derogación no afecte intereses colectivos. El principio de irrenunciabilidad es absoluto cuando perjudica al trabajador, y relativa solo en beneficio de éste”*⁴⁸. Por lo tanto, si el empleador considera en un caso particular, que, para los fines de su empresa, la evaluación de idoneidad para un determinado cargo, necesita un lapso menor, podría reducir el plazo general, sin que eso signifique afectación a algún interés colectivo. El plazo de tres meses vendría a ser, lo que Plá Rodríguez llama el nivel mínimo de protección, a partir del cual no habrá inconveniente para que se mejore dicha protección, estableciendo un mayor beneficio⁴⁹. Así las cosas, nada obsta para que las partes se pongan de acuerdo o pacten dicho plazo menor. Más aún, consideramos que un escenario más factible, será que dicha medida

⁴⁷ Cfr. **PLÁ RODRIGUEZ, Américo**. Ob. Cit. Pág. 170.

⁴⁸ **PASCO COSMÓPOLIS, Mario**. *Ibíd.* El autor cita a GUERRERO FIGUEROA, Guillermo, para sustentar la el carácter absoluto y relativo del principio de irrenunciabilidad de derechos, según se trate de un perjuicio o un beneficio a los intereses del trabajador.

⁴⁹ Cfr. **PLÁ RODRIGUEZ, Américo**. *Ibíd.*

provenga de la decisión unilateral del empleador, ya que una medida de esta naturaleza, iría en contra de sus intereses, si es que no hubiera una causa proveniente de la naturaleza del puesto en evaluación o las necesidades de la empresa, que lo motiven a tomar dicha decisión.

Si bien nuestra legislación laboral no hace mención expresa a la reducción del periodo de prueba como si lo hace con la ampliación, ello no quita que en la práctica las partes adviertan que la labor a desarrollar no implique mayor complejidad o sea un cargo de tal naturaleza, que no amerite cumplir el plazo de tres meses, sino un periodo mucho menor. Frente a ello, ni el legislador ni el trabajador estarán en contra de que dicho periodo pueda ser reducido a un mes, quince días, dos meses, una semana o lo que finalmente el empleador considere necesario para que el trabajador sea considerado como un trabajador protegido frente al despido arbitrario⁵⁰. Lo que sí consideramos necesario para establecer adecuadamente esta medida de reducción, es que la misma sea estipulada expresamente en el contrato de trabajo. Ello evitará malos entendidos o contramarchas, que jueguen en contra de los intereses de la parte más débil de la relación laboral.

Por último, estimamos que esta decisión de reducir el periodo de prueba, también debiera alcanzar a los periodos de ampliación. Así las cosas, si el empleador considera que un trabajador de confianza o de dirección (cargos que deberán estar acreditados y tener correlato con el tipo de labor a realizar) no necesita cubrir necesariamente los seis meses o el año respectivamente, puede consignarlo expresamente en el contrato, pero en este caso, con carácter obligatorio, ya que conforme ha quedado precisado, esta formalidad si es una exigencia expresa de la normativa laboral. No está demás precisar, que si bien la norma exige el carácter convencional de esta

⁵⁰ **VASQUEZ CHUQUIPIONDO, Giovanna del Carmen.** “El periodo de prueba: Necesidad de su aplicación”. Soluciones Laborales N° 63. Gaceta Jurídica. Marzo 2013. Lima – Perú. Pág. 71.

medida (por encontrarse dentro del margen de ampliación), en los hechos esta exigencia resulta inoperativa, ya que resulta improbable que el trabajador no esté de acuerdo o se niegue a aceptar la reducción del periodo de ampliación.

4.3 La exoneración del periodo de prueba

La exoneración del periodo de prueba, es uno de los aspectos de esta institución que se ha ido dejando de lado en la norma sustantiva laboral (Decreto Supremo N° 003-97 TR) al punto que, apenas si se logra advertir – por vía de interpretación – en el artículo 16 de su Reglamento (Decreto Supremo N° 001-96 TR), referido a la causal de reingreso al mismo puesto.

En efecto, a diferencia de la normativa laboral vigente, la primigenia Ley de Fomento del Empleo, recogía expresamente en sus artículos 44 y 46, hasta cuatro causales de exoneración del periodo de prueba. Estas causas de exoneración eran las siguientes:

- a) El caso de los trabajadores que ingresan por concurso
- b) El caso de los trabajadores que reingresen al servicio del mismo empleador, salvo que el trabajador reingrese en un puesto notoria y cualitativamente distinto al que ocupara anteriormente (*causal que sobrevive de forma soterrada, en el artículo 16 del actual Reglamento, ligado al tema de la suspensión del periodo de prueba*).
- c) El caso de los trabajadores que hayan pactado expresamente con su empleador dicha exoneración.
- d) El caso de los trabajadores que se encuentren vinculados a través de contratos sujetos a modalidad, salvo que se prevea de manera expresa lo contrario (*causal desterrada de la normativa laboral vigente, conforme se verifica del artículo 75 del Decreto Supremo N° 003-97 TR*).

Seguidamente, nos abocaremos a revisar el grado de pertinencia y necesidad del retorno de estas causales. Veamos:

4.3.1. Respetto del ingreso por concurso y los contratos sujetos a modalidad (posición en contra)

La idoneidad como fundamento jurídico del periodo de prueba, nos parece el término más correcto (conforme se sustentará mas adelante), debido a que la comprobación que busca el empleador en este periodo, no termina en el ámbito de la capacidad profesional, sino que abarca también aquellas cualidades personales que tienen incidencia en el ámbito laboral. La sociabilidad con los compañeros de trabajo, la disciplina, la diligencia y receptividad de las directrices, son algunos de los aspectos del ámbito personal que no pueden ser apreciados, ni mucho menos evaluados en un examen de conocimientos o una entrevista personal, como filtros de un ingreso por concurso⁵¹. Entonces, a partir de estas premisas, debemos discrepar con aquellas posiciones que establecen que los ingresantes por concurso o aquellos que tienen una reconocida trayectoria en una materia, deben ser exonerados del periodo de prueba⁵². Es claro, que estas posiciones únicamente relievan o toman en cuenta, el ámbito de la aptitud profesional, más no el ámbito personal relacionado con el trabajo.

⁵¹ **SERKOVIC GONZALES, Germán**. Ob. Cit. Pág. 8. Refiere este autor, que el concurso y la evaluación de sus resultados pueden determinar, con un alto grado de certeza, que el trabajador cuenta con las capacidades, el conocimiento y la experiencia para desempeñar el puesto ofrecido, pero poco o nada dicen sobre otras calificaciones subjetivas igualmente importantes para la correcta interrelación laboral como lo son su nivel de sociabilidad, puntualidad, organización, adaptabilidad a la labor en equipo, entre otras.

⁵² Cfr. **VASQUEZ CHUQUIPIONDO, Giovanna del Carmen**. Ob. Cit. Pág. 70

Por otro lado, consideramos que esta exigencia debe ser similar tanto para aquel trabajador que se vincula a plazo indeterminado o a plazo fijo⁵³, tal como lo exige actualmente la normativa laboral vigente⁵⁴. La necesidad de probanza de la idoneidad, no está relacionada con el plazo de duración de su vínculo laboral. En efecto, salvo el aspecto de la duración, en ambas formas de contratación se realizará la misma labor, lo cual justifica ver el desempeño tanto del ámbito profesional como personal. Además, no debe perderse de vista que una eventual renovación sucesiva de los contratos modales con arreglo a ley, también podrá culminar con su conversión a una de naturaleza indeterminada o permanente. La particularidad que si se deberá respetar es que la contratación a plazo fijo, sea establecida con determinados parámetros acorde con su naturaleza temporal, de forma tal que no se convierta en un instrumento de abuso del periodo de prueba⁵⁵. Este tema será tratado en el capítulo relacionado con los límites a la aplicación del periodo de prueba.

4.3.2. Respetto del reingreso al mismo empleador y al mismo puesto de trabajo y el pacto de exoneración entre ambas partes (posición a favor)

Si nuestra posición es apostar por la aplicación del periodo de prueba en todos los casos de vinculación laboral, es con el objetivo de que el empleador compruebe la idoneidad del trabajador en el campo de la experimentación misma. Al ser esto así, debemos coincidir con la posición

⁵³ **ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia.** “Derecho del Trabajo”. Civitas Ediciones. Vigésimo Quinta Edición. Madrid. España. 2008. Pág. 322.

⁵⁴ El artículo 75 del Decreto Supremo N° 003-97 TR establece expresamente que en los contratos sujetos a modalidad rige el periodo de prueba legal o convencional.

⁵⁵ **ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia.** Ibídem. En este punto discrepamos con los autores, cuando validan el establecimiento de un periodo de prueba con similar duración al contrato modal, porque es perfectamente ajustado a derecho. Sin entrar a profundizar en el tema, dejamos sentado que no todo cumplimiento riguroso de la ley, está exento de incurrir en abuso del derecho.

que cuestiona someter a prueba a un trabajador que reingresa a la misma empresa para desarrollar el mismo puesto de trabajo⁵⁶. Resultaría un verdadero despropósito someter a una nueva evaluación de idoneidad a alguien que ya cumplió con demostrarlo en una oportunidad anterior⁵⁷. Ese mismo sentido, se puede interpretar de nuestra normativa laboral vigente. En efecto, si bien el artículo 16 del reglamento del decreto, alude a la suma de los periodos laborados en cada oportunidad de reingreso hasta completar el periodo de prueba establecido por ley, ello nos permite colegir en vía de interpretación, que, si se lograra completar el periodo de prueba exigido por ley, por ejemplo, en el primer ingreso, automáticamente deberá operar la exoneración para los siguientes periodos de reingreso en el mismo puesto. Esto no ocurrirá así, cuando los reingresos sean para asumir cargos notoria y cualitativamente distintos. Compartimos, además, el criterio de que un reingreso no puede producirse después de un largo periodo de retiro de la empresa. Resultaría comprensible que se reclame un nuevo periodo de prueba, si el lapso de retiro de la empresa es de tal duración, que genere dudas respecto de la idoneidad mostrada en el ingreso anterior, motivadas en un eventual desfase en los conocimientos del reingresante o una variación sustancial del funcionamiento interno de la empresa⁵⁸. Por

⁵⁶ **ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia.** *Ibíd.* Los autores señalan que se debería tener por no puesto el pacto de prueba, si el trabajador ha desempeñado antes las mismas funciones “en la (misma) empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.

⁵⁷ **PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel.** “Derecho del Trabajo”. Editorial Universitaria Ramón Areces. Décimo séptima edición. Julio 2009. Madrid. España. Pág. 587. Señalan los autores que no cabe someter a periodo de prueba a un trabajador que ya haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.

⁵⁸ **MARTÍN VALVERDE, Antonio.** *Ob. Cit.* Pág. 164. El autor señala que la única hipótesis en que una renovación del periodo de prueba puede tener sentido en la segunda relación laboral es que se haya producido un paréntesis largo entre los dos contratos que pueda hacer presumir una variación notable, o bien en la aptitud profesional del trabajador o bien en la propia organización productiva.

ello, consideramos razonable el lapso máximo de tres años de diferencia que establece la legislación vigente⁵⁹.

El pacto de exoneración del periodo de prueba que alcancen las partes, también va en consonancia con nuestra posición, ya que, conforme lo hemos precisado anteriormente, más allá de cualquier causal de exoneración que prevea o no la normativa vigente, nada puede impedir que las partes acuerden estipular de manera expresa la exoneración del periodo de prueba. Tal como refiere Gómez Valdez, son las partes, finalmente, las únicas depositarias de cuanto acontezca durante la secuela del contrato mismo. Es por tal razón, que se derogó el artículo 44 del texto original del Decreto Legislativo N° 728, que enumeraba una serie de causas de exoneración del periodo de prueba. Las partes recuperan la iniciativa y libertad contractual superando de este modo, la normatividad positiva, lo cual es perfectamente lícito⁶⁰. Lo que habría que acotar, sin embargo, es que, dentro de ese ámbito dual de decisión, el que tiene mayor preeminencia es el empleador, por ser el detentatario del periodo de prueba. Por tanto, si el empleador no aceptase aplicar el periodo de exoneración, resultaría irrelevante para cambiar esa realidad, que el trabajador tenga todo el interés y disposición sobre el mismo⁶¹. Y bajo esta misma línea de criterio, si el empleador decidiera exonerar del periodo de prueba únicamente a un grupo de trabajadores, ello no implicaría arbitrariedad ni violación de normas, porque, conforme lo ratifica la jurisprudencia de vieja data, es finalmente un derecho de la empresa⁶².

⁵⁹ Similar criterio se recoge también en el artículo 95.3 del postergado Proyecto de Ley General del Trabajo.

⁶⁰ **GOMEZ VALDEZ, Francisco. “Derecho del Trabajo. Relaciones individuales del trabajo”.** 2da. Edición Actualizada. Mayo 2010. Editorial San Marcos. Lima – Perú. Pág. 121.

⁶¹ No incidimos mayormente en el supuesto contrario, ya que resulta improbable el escenario donde el empleador tenga la voluntad de aplicar la exoneración y el trabajador no lo acepte.

⁶² **DE LA TORRE UGARTE LUNA, Carlos A. “Jurisprudencia del Trabajo”.** Ob. Cit. Pág. 244.

5. La acumulación del periodo de prueba

La acumulación es uno de los aspectos del periodo de prueba, que - a diferencia de la exoneración - si se encuentra previsto de manera expresa en la normativa laboral vigente, particularmente, en el artículo 16 del reglamento recogido en el Decreto Supremo N° 001-96 TR. A partir de esta previsión normativa, resulta claro que la legislación laboral reclama un cumplimiento efectivo del periodo de prueba para efectos de computar el cumplimiento del plazo respectivo. En efecto, como bien lo señala Martín Valverde⁶³ y lo ratifica la jurisprudencia de antigua data⁶⁴, el periodo de prueba supone necesariamente una prestación efectiva de servicios. Esta exigencia va en consonancia, además, con la propia naturaleza del periodo de prueba que es básicamente evaluatoria, y es sólo con el trabajo efectivo que el empleador podrá determinar la conveniencia de seguir con el vínculo, en atención con las aptitudes del trabajador⁶⁵. Sin embargo, esta prestación efectiva de servicios, no siempre podrá tener un desarrollo continuo e ininterrumpido, sino que, por el contrario, puede afrontar circunstancias que interrumpan esta secuencia, generando que el cómputo del periodo de prueba, corra también la misma suerte. Nuestra normativa laboral prevé algunas circunstancias particulares.

5.1 En la suspensión del contrato de trabajo o reingreso del trabajador

Cfr. Resolución del Tribunal del Trabajo del 26 de Enero de 1989. Exp. 625-89 CD.

⁶³ MARTÍN VALVERDE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 257.

⁶⁴ DE LA TORRE UGARTE LUNA, Carlos A. "Jurisprudencia del Trabajo". Ob. Cit. Pág. 242. R.T.T. 18.5.88 Exp. 530-87-REP. Señala esta jurisprudencia del Tribunal de Trabajo que: "No es computable en el periodo de prueba los días de ausencia del trabajador del centro laboral, pues el fin de dicho periodo es evaluar rendimiento y capacidad del trabajador".

⁶⁵ Cfr. SERKOVIC GONZALES, Germán. Ob. Cit. Pág. 8.

Habiendo quedado establecido que el periodo de prueba se desarrolla al interior del contrato de trabajo (específicamente en su etapa inicial), es claro que, hablar de periodo de prueba es aludir - en estricto – al desarrollo de dicho contrato. Si esto es así, las vicisitudes que afronte el contrato de trabajo en este tramo inicial, afectarán directamente el desarrollo regular del periodo de prueba.

Una de esas vicisitudes o imponderables lo constituyen aquellos hechos o presupuestos fácticos que paralizan temporalmente la relación de trabajo. Frente a estas eventualidades, opera la figura de la suspensión laboral, que busca salvaguardar la continuidad del contrato de trabajo, evitando la ruptura definitiva del vínculo contractual, ante el acaecimiento de un hecho suficiente y justificante que impide, por un tiempo determinado, la prestación de servicios laborales del trabajador. En suma, lo que va a hacer, es que el contrato sufra una interrupción pasajera sin afectar su subsistencia esencial⁶⁶. Si esta es la finalidad de la suspensión del contrato de trabajo, igual suerte deberá correr, el aludido tramo inicial llamado periodo de prueba⁶⁷. Sin embargo, es necesario precisar que este lapso de interrupción a que alude el artículo 16 del reglamento, está referido únicamente a las relaciones jurídicas con un solo vínculo contractual. Por tanto, un trabajador de plazo indeterminado que afronta un corte o interrupción en el desarrollo de su periodo de prueba, determina que su prestación aun no haya terminado de ser evaluada⁶⁸.

⁶⁶ Cfr. **TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge**. “Derecho Individual del Trabajo”. Editorial Gaceta Jurídica. Primera Edición. Diciembre 2011. Lima. Perú. Pág. 379. El autor define la suspensión laboral, citando a Mario Pasco Cosmópolis.

⁶⁷ **MARTÍN VALVERDE, Antonio**. Ob. Cit. Pág. 258. El autor señala que tanto la doctrina española como extranjera se inclinan por considerar como causas de suspensión del periodo de prueba a las causas de suspensión del contrato de trabajo.

⁶⁸ Cfr. **ARCE ORTIZ, Elmer**. Ob. Cit. Pág. 238.

Así las cosas, se ratifica entonces que, durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo, se suspende también el cómputo del periodo de prueba hasta que se reanuden nuevamente los servicios, en cuyo caso, se sumarán los días trabajados hasta que se complete el periodo legal o el extendido convencionalmente en los casos permitidos⁶⁹.

Por otro lado, es preciso señalar también, que la normativa laboral no hace mayor distingo respecto a cuál de las causales de suspensión del contrato de trabajo, originaría la suspensión del periodo de prueba. Por tanto, estas causales de suspensión deberán comprender todo el abanico de posibilidades que incluyen tanto las suspensiones perfectas como las imperfectas⁷⁰.

Ratificamos entonces que, lo que deberá ocurrir, será que los periodos menores de prueba que se hayan cumplido en cada periodo de interrupción, deberán acumularse hasta alcanzar el mínimo legal o convencionalmente previsto. Sin embargo, la norma es clara al establecer dos excepciones a la acumulación de estos periodos parciales de prueba. El primero, cuando el reingreso se produce después de tres años de producido el cese y el segundo, cuando se trata del reingreso a un puesto notoria y cualitativamente distinto al ocupado anteriormente⁷¹. Ambas circunstancias se justifican, ya que sitúan al trabajador, prácticamente, en un nuevo comienzo. En un caso, por el excesivo lapso de interrupción, que puede haber enervado la aptitud mostrada en el periodo anterior; y en el otro, por asunción de funciones distintas a las que fueron materia de prueba.

⁶⁹ Cfr. **SERKOVIC GONZALES, Germán**. Ibidem.

⁷⁰ Cfr. **PACHECO ZERGA, Luz**. Ob. Cit. Pág. 358. La autora refiere que resulta de aplicación todas las causales y tipos de suspensión previstas en los artículos 11 y 12 del Decreto Supremo N° 003-97 TR.

⁷¹ **Soluciones Laborales. “Proyecto de Ley General del Trabajo”**. Ob. Cit. Pág. 25. El artículo 94.2 de este proyecto, contempla también estas dos excepciones a la acumulación por causal de reingreso del trabajador.

Finalmente, nos ubicamos en el siguiente escenario: El trabajador decide retirarse voluntariamente de la empresa cuando se encontraba aun en el periodo de prueba. Al cabo de unos meses decide retornar y es admitido por la empresa. ¿Se deberá establecer un nuevo periodo de prueba o se podrá invocar la figura de la acumulación? Martín Valverde, Rodríguez – Sañudo y García Murcia⁷², señalan que sería lícito establecer un nuevo periodo de prueba en un contrato de trabajo posterior. Sin embargo, no queda claro, si lo que pretenden es que se empiece de nuevo el cómputo del periodo de prueba o que se retome el cálculo restante en el nuevo contrato a suscribir. Manteniendo la coherencia con todo lo señalado, nos inclinamos por la opción más favorable al trabajador, en el sentido de acumular el periodo alcanzado en el contrato anterior con el que resta completar en el vigente. Esto, siempre que se trate de un nuevo reentre al mismo puesto de trabajo y no se haya excedido el plazo de tres años que prevé la normativa laboral.

5.2 En la renovación sucesiva de contratos temporales

Los contratos bajo modalidad o llamados de plazo fijo, se encuentran sujetos también a un periodo de prueba, sea legal o convencional⁷³. Esta previsión normativa determina entonces, de manera expresa, que los contratos de naturaleza temporal, renovación periódica o de plazo fijo, se encuentran sujetos al periodo de prueba previsto en el artículo 10 del decreto. Además de ello, deja en claro que les resulta aplicable tanto el plazo de tres meses como regla general, como el de seis y doce meses según se trate de trabajadores de confianza o de dirección. Puesto así las

⁷² MARTIN VALVERDE, Antonio; RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCIA MURCIA, Joaquín. Ob. Cit. Pág. 513.

⁷³ Decreto Supremo N° 003-97 TR

Artículo 75.- En los contratos sujetos a modalidad rige el periodo de prueba legal o convencional, previsto en la ley.

cosas, no se observa mayor inconveniente. En efecto, si la contratación modal se prevé por un periodo mayor al periodo de prueba, por ejemplo, en un contrato de seis meses para un trabajo no calificado, en cuyo caso, se aplicará estrictamente el periodo de prueba de tres meses.

Pese a lo antes señalado, existen supuestos que podrían generar confusiones en la aplicación del periodo de prueba en los contratos modales. Veamos. La praxis común en la contratación temporal, es que, a un primer contrato, le sucedan nuevas renovaciones temporales. Frente a esta realidad, el artículo 84 del reglamento, establece expresamente que, en este tipo de renovaciones contractuales, el periodo de prueba “(...) *solo podrá establecerse en el contrato primigenio, salvo que se trate del desempeño de una labor notoria y cualitativamente distinta a la desempeñada previamente*”. Sin embargo, aparecen aquí algunas interrogantes: ¿Qué ocurriría si el contrato primigenio es por menos de tres meses? ¿Se dará por cumplido el periodo de prueba, ya que el reglamento impide establecer uno nuevo, en las posteriores renovaciones? Es claro que una respuesta afirmativa, implicaría enervar los plazos ya previstos por la ley (léase el artículo 10 del decreto). Entendemos, además, que el reglamento no puede establecer previsiones pasando por encima de la norma que reglamenta. Compartiendo el criterio del profesor Arce, debemos señalar, que, al producirse una antinomia como la señalada, debe primar la ley por encima del reglamento⁷⁴. Esto nos lleva a determinar entonces, que frente al caso antes señalado - salvo que se trate de una labor notoria y cualitativamente diferente - deberá acumularse el periodo alcanzado en el contrato primigenio con el restante que se terminará de cumplir en la subsiguiente renovación, hasta alcanzar el periodo de prueba legal o convencional que corresponda.

⁷⁴ Cfr. ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. Cit. Pág. 239.

Otro supuesto de relevancia, sería el de una contratación temporal de tres meses, a cuyo término se extingue el vínculo laboral sin mayor consecuencia, porque técnicamente se cumplió el periodo general de prueba⁷⁵, pero – en estricto - no se superó el mismo. Ello ocurriría únicamente si se continuara laborando al día siguiente⁷⁶. Si bien esto no es ilegal ni contrario a derecho⁷⁷, si muestra visos de un ejercicio abusivo del derecho, que será materia de análisis en el tercer capítulo, cuando se aborde las limitaciones al periodo de prueba. Sin perjuicio de ello, podemos precisar que, frente a este supuesto, en caso se produzca una nueva contratación al mismo puesto, por el mismo empleador y en un intervalo menor de tres años, debe operar la figura de la acumulación y determinarse la superación del periodo de prueba, con la consiguiente protección que dicha condición otorga.

Finalmente, debemos precisar que el derecho del empleador a prescindir de los servicios del trabajador en periodo de prueba, no se supedita al cumplimiento integral de este periodo. Dicha medida puede ocurrir al comienzo de la prestación de servicios, luego de la primera interrupción o talvés, de alguna subsiguiente. En suma, las interrupciones al cómputo del periodo de prueba a que hemos hecho alusión, no deberían interrumpir el ejercicio válido y regular (ejercer el derecho al retorno de cada interrupción y dentro de la prestación efectiva del servicio), de la facultad extintiva que

⁷⁵ **PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel.** Ob. Cit. Pág. 587. Señalan los autores que la temporalidad de un contrato no impide el periodo de prueba, incluso aunque coincida exactamente.

⁷⁶ **PACHECO ZERGA, Luz.** Ob. Cit. Pág. 359. Señala la autora, que la protección contra el despido arbitrario se adquiere pasado un día de los tres meses, ya que la ley dice que se alcanza este derecho al término de los tres meses.

⁷⁷ **PACHECO ZERGA, Luz.** Ob. Cit. *Ibíd.*

se le reconoce al empleador en este periodo⁷⁸. Sin embargo, debemos ratificar que dicho ejercicio extintivo será válido, siempre que tenga como causa, la falta de idoneidad del trabajador, como elemento determinante de la no superación del periodo de prueba.

6. Formalidades y efectos del periodo de prueba

6.1 La exigua formalidad del periodo de prueba: Exigencia parcial de la celebración por escrito

En lo que corresponde a las formalidades para la celebración del periodo de prueba, nuestra legislación vigente muestra una exigencia relativa o parcial. En efecto, a diferencia de la legislación española, que es especialmente exigente con la formalidad de la celebración expresa o escritural,⁷⁹ la nuestra exige esta formalidad únicamente para la ampliación del periodo de prueba (párrafo final del artículo 10 del decreto). Al ser esto así, tenemos que en lo que se refiere al periodo de prueba general de tres meses, no hay mayor exigencia de previsión escrita en el contrato de trabajo.

Esta regulación con exigencia parcial de nuestra legislación laboral⁸⁰, abre dos escenarios: a) Para el trabajador: Quien no podría alegar exoneración del periodo de prueba general (tres meses) si el vínculo laboral no se ha

⁷⁸ **ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, CAMPS RUIZ, Luis Miguel, LÓPEZ GANDÍA, Juan y SALA FRANCO, Tomas.** Ob. Cit. Pág. 122. Señalan los autores que las interrupciones del cómputo del periodo de prueba no impiden el ejercicio de desistimiento del empresario.

⁷⁹ **CRUZ VILLALÓN, Jesús.** Ob. Cit. Pág. 128, **ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia.** Ob. Cit. Pág. 319 y **BALLESTER PASTOR, María Amparo.** Ob. Cit. Pág. 32. Los autores resaltan que esta exigencia no deja margen alguno para las formas presuntivas de celebración del pacto de periodo de prueba, sino que reclama su formalización necesariamente por escrito. La misma llega al punto de convertirse en un requisito ad solemnitatem de validez del pacto de prueba. Su ausencia determina automáticamente la inexistencia del periodo de prueba.

⁸⁰ Aun más, el Proyecto de Ley General de Trabajo, en sus dos artículos (94 y 95), ha retirado completamente la exigencia de la forma escrita.

celebrado por escrito. Por tanto, deberá cumplir dicha exigencia legal, salvo que el empleador disponga su exención; b) Para el empleador: Quien no podrá exigir el cumplimiento del periodo de prueba más allá de los tres meses (ampliación a seis o doce meses, según se trate de trabajador de confianza o dirección), si no lo ha previsto expresamente en el contrato de trabajo.

A partir de lo señalado, consideramos que si bien la normativa laboral prevé el derecho de las partes de vincularse contractualmente en forma verbal o escrita⁸¹, ello no debiera ser óbice para que el periodo de prueba general (al igual como ocurre con el periodo de ampliación) y su eventual exoneración, sean recogidas por escrito, tan igual como lo exige la legislación española. “Se trata de asegurar que efectivamente el trabajador conoce desde el principio de la relación, la especial circunstancia por la que atravesará ésta durante un tiempo determinado y la única forma de garantizar ese conocimiento es que claramente se consigne tal voluntad en un contrato que ha sido aceptado por el empleado”⁸². En nuestro país, con una población laboral mediana o escasamente informada, se evitarían muchas confusiones respecto de su alcance, ampliación, fecha de inicio y término o un inesperado repliegue malintencionado del empleador respecto de su disposición inicial de exonerar al trabajador de dicho periodo⁸³. Al tratarse de una institución relacionada con la extinción del vínculo laboral, se

⁸¹ Artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-97 TR

⁸² **ASQUERINO LAMPARERO, María José. “El periodo de prueba en los contratos de trabajo”** Tesis doctoral. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla. 2015. Pág. 72. Consulta: 25 de Mayo del 2016 .

Página

web:

<https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/34788/El%20per%C3%ADodo%20de%20prueba.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁸³ Por ello es que, con acertado criterio, el acotado Proyecto de Ley General de Trabajo, exige en su artículo 95.1, un pacto expreso de exoneración del periodo de prueba.

evitaría que una irregular aplicación afecte a la parte más débil de la relación laboral, obligándola a transitar los predios judiciales. Es mas, en consonancia con la exigencia de reglas claras, nos adherimos a la propuesta de establecer un registro de trabajadores en periodo de prueba o de los despidos efectuados en este periodo, que permitan controlar la posible existencia de empleadores que abusen de la inestabilidad que produce este periodo⁸⁴.

6.2 Sobre los efectos del periodo de prueba

En este acápite, lo que se pretende, es explicar las consecuencias que trae la institución del periodo de prueba, durante su transcurso y luego de superado esta etapa de evaluación. Nuestra normativa laboral vigente (artículo 10 de la LPCL), únicamente hace alusión al efecto central de su aplicación: la protección contra el despido arbitrario, luego de superado este periodo. Sin embargo, de la mano con este efecto central, se reconocen otros derechos que regularmente son percibidos por el trabajador de planta, sea durante el periodo de prueba o luego de superado el mismo.

6.2.1 Durante el periodo de prueba

El principal efecto favorable a resaltar durante el transcurso del periodo de prueba, es que el trabajador incurso en esta etapa, tiene un trato igualitario respecto a los derechos y beneficios que se otorga a un trabajador de planta o permanente. El principal efecto desfavorable a resaltar en esta etapa (acorde con la normativa laboral vigente), es la desprotección contra un eventual despido arbitrario (criterio que no compartimos y que sustentaremos líneas más adelante). Así las cosas, tendrá derecho entonces, a los diversos conceptos que reconoce la ley, como son la Compensación por Tiempo de Servicios, vacaciones y gratificaciones

⁸⁴ **ACKERMAN, Mario Eduardo.** “Tratado de Derecho del Trabajo”. Rubinzal – Culzoni Editores. 2008. Buenos Aires. Argentina. Pág. 298.

truncas luego de cumplido un mes de servicios, etc. Incluso puede gozar de los derechos colectivos, pero con la restricción que le da su condición de trabajador a prueba.

Respecto de las vacaciones, se tiene que los días laborados ingresan al cómputo del récord vacacional del primer año de servicios para los efectos de otorgarse este derecho en el periodo de goce o disfrute. De igual forma, al cesar el vínculo laboral durante este periodo de prueba, corresponderá el pago del récord vacacional trunco siempre que se haya alcanzado por lo menos un mes de servicios⁸⁵.

Respecto de las gratificaciones, se tiene que, si el trabajador cesa durante el periodo de prueba, tendrá derecho a la gratificación proporcional, siempre que hubiera laborado por lo menos un mes, a razón de un sexto del monto total de la gratificación semestral, como meses completos haya laborado⁸⁶.

Respecto de la Compensación por Tiempo de Servicios, el tratamiento es similar a cualquier trabajador de planta, ya que se dispone su otorgamiento a partir de un mes de labor cumplida. Por tanto, percibirá este concepto si labora un mes o más días de servicios. En este caso, percibirá el cálculo proporcional por los meses y días laborados⁸⁷.

Respecto al ejercicio de los derechos colectivos, debe señalarse que el periodo de prueba no limita al trabajador el ejercicio de la libertad sindical. Esta incluye también sus tres manifestaciones esenciales (sindicación,

⁸⁵ El Artículo 23 del Decreto Supremo N° 012-92 TR Reglamento del Decreto Legislativo N° 713. Establece que procede el abono del récord trunco vacacional, luego que el trabajador acredite un mes de servicios a su empleador.

⁸⁶ Artículo 7 de la Ley N° 27735. Plantea la exigencia de haber laborado como mínimo un mes en el semestre respectivo y establece el derecho a percibir la gratificación proporcional, pero, por meses (no días) laborados.

⁸⁷ Artículo 2 del Decreto Supremo N° 001-97 TR. Establece que este concepto se devenga desde el primer de iniciado el vínculo laboral. Cumplido este requisito, toda fracción se computa por treintavos.

negociación colectiva y huelga). Este es el criterio que se desprende de la ley de relaciones colectivas vigente⁸⁸, cuando en su artículo 12 reconoce expresamente que “los trabajadores podrán afiliarse a un sindicato durante el periodo de prueba (...)”. Sin embargo, este derecho de adscripción no es pleno, ya que, al encontrarse en una etapa de sujeción a prueba, continuará incurriendo en el efecto de desprotección contra el despido arbitrario que rige este periodo. Así lo hace saber el párrafo siguiente del artículo en comento, cuando señala que el derecho de afiliación se ejerce “(...) sin menoscabo de los derechos y obligaciones que durante dicho periodo les corresponde ejercer a las partes respecto a la relación laboral”. Por lo tanto, si bien se le permite ejercer sus derechos sindicales, nada obsta para que, durante este periodo, pueda ser despedido de forma arbitraria. Es por ello que, si bien la Constitución⁸⁹ y la ley se lo faculta en su calidad de trabajador, sería importante repensar que tan ventajoso resultaría para el trabajador ejercer este derecho de afiliación a un sindicato durante la etapa de prueba, ya que, al encontrarse desprotegido de un eventual despido arbitrario, podría ser pasible de esta medida, amparado en el argumento de ineptitud y no superación de las expectativas generadas en el empleador, al inicio del vínculo contractual.

Respecto al derecho de renuncia o retiro voluntario, el trabajador podrá realizarlo tan igual como en la etapa posterior al periodo de prueba, con la única salvedad que no tendrá que informarlo con los treinta días de anticipación que exige la ley⁹⁰ de manera ordinaria. Lo que en buena cuenta se ejerce es el derecho a una renuncia intempestiva, amparada por la ley⁹¹.

⁸⁸ Decreto Supremo N° 010-2003 TR Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas.

⁸⁹ Artículo 28 de la Constitución Política del Estado de 1993.

⁹⁰ Artículo 18 del Decreto Supremo N° 003-97 TR.

⁹¹ **CORTEZ CARCELÉN, Juan Carlos.** “Temas sobre la regulación de la renuncia en el Perú”. AA.VV. Artículo contenido en la obra “**Trabajo y Seguridad Social. Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez**”.

Por lo demás, en esta etapa de prueba se preservan también los derechos de acceder a la Asignación Familiar en caso de tener hijos menores, a la Seguridad Social, la inscripción en un Sistema Pensionario y recibir un certificado de trabajo, como corresponde a un trabajador regular. Lo que debe quedar claro, es que el periodo de prueba no es causa justificante para denegar o cercenar los derechos de los trabajadores e incumplir las obligaciones que emergen de un contrato de trabajo.

6.2.2 Después de superado el periodo de prueba

El efecto principal que por antonomasia prevé la ley, es a no ser despedido de forma arbitraria. Al ser esto así, cuando el trabajador supera satisfactoriamente el periodo de prueba general (tres meses) o el ampliatorio de seis o doce meses, en el caso de trabajadores de confianza o de dirección, lo que deberá ocurrir es que dicho trabajador no podrá ser despedido sino por causa expresamente prevista en la ley⁹².

Esta previsión normativa de dar protección contra el despido arbitrario, va en consonancia con lo que prevé nuestra normatividad constitucional vigente⁹³, que a diferencia de lo que preveía la carta fundamental anterior⁹⁴, otorgaba el derecho a la estabilidad laboral y, por consiguiente, el derecho a reclamar una eventual reposición en el puesto de trabajo y el pago de las sumas caídas. Con la protección contra el despido arbitrario, al trabajador solamente se le brinda la posibilidad de indemnizarlo, salvo el caso del despido nulo y el fraudulento, en los que sí es procedente la reposición en

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editora Jurídica Grijley EIRL. 2008. Lima. Perú. Pág. 328.

⁹² El Proyecto de Ley General de Trabajo, establece en su artículo 94.4 el derecho a no ser despedido sin causa justificada. Ob. Cit. Pág. 25.

⁹³ Artículo 27 de la Constitución 1993.

⁹⁴ Artículo 48 de la Constitución de 1979.

el trabajo⁹⁵. A ello habría que agregar el despido incausado, que también conlleva efecto restitutorio. En tal sentido, si operase un despido arbitrario luego de superado el periodo de prueba, lo que corresponderá será el pago de una indemnización equivalente a una remuneración y media por cada mes y días laborados en el caso de un contrato de plazo indeterminado y de una remuneración y media por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, al tratarse de un contrato de plazo fijo⁹⁶. Ambos tendrán como tope las doce remuneraciones. En cambio, si se operase los llamados despidos inconstitucionales (nulo, incausado y fraudulento, acorde con la nueva tipología de despido del TC), lo que deberá imponerse será la reposición, si así lo pretende el trabajador afectado.

Por otro lado, al superarse el periodo de prueba y adquirir el trabajador permanencia en el trabajo (entendida como protección contra el despido arbitrario), otro efecto que habrá de producirse, es que el tiempo servido en calidad de prueba, le será sumado a su récord de servicios, para los derechos y beneficios a que diera lugar⁹⁷. Al producirse una consolidación del contrato, se retrotraerá el cómputo de la antigüedad, tomando como fecha de ingreso al trabajo, el del inicio del cómputo del periodo de prueba⁹⁸.

Finalmente, otro efecto que recoge la doctrina comparada, es el de la imposibilidad de alegar ineptitud del trabajador, luego de cumplido el periodo de prueba. Sin embargo, esta imposibilidad debe estar referida a la ineptitud que existió con anterioridad al periodo de prueba (ineptitud

⁹⁵ Cfr. **GOMEZ VALDEZ, Francisco**. Ob. Cit. Págs. 122 a 123.

⁹⁶ Artículo 76 del Decreto Supremo N° 003-97 TR.

⁹⁷ **ALONSO GARCÍA, Manuel**. Ob. Cit. Págs. 464 a 465.

⁹⁸ **CARRO IGELMO, Alberto José**. "Curso de Derecho del Trabajo". BOSCH Casa Editorial S.A. 1ra. Edición. 1985. Barcelona – España. Págs. 262.

originaria)⁹⁹. Como lo señala De Val Tena, en el caso de la ineptitud originaria, el desconocimiento por el empleador será difícilmente excusable, porque no la constató pese a contar con el instrumento más idóneo, como es el periodo de prueba¹⁰⁰. Si la ineptitud fuese sobreviniente al periodo de prueba, lo que corresponderá será recurrir al trámite de un despido justificado, relacionado con la capacidad del trabajador, conforme lo faculta la normativa laboral vigente¹⁰¹.

7. El periodo de prueba en los contratos temporales

La legislación laboral vigente en nuestro país establece que en los contratos sujetos a modalidad (léase temporales o de plazo fijo), también resulta de aplicación el periodo de prueba, tanto legal como convencional¹⁰². A su vez, al reglamentarse este precepto, se hace la precisión que este periodo de prueba en el contrato modal, sólo será aplicable al primer contrato, salvo que se trate de una labor notoria y cualitativamente distinta a la desempeñada previamente¹⁰³. Es decir que, si se renueva o prorroga el contrato, el trabajador ya no debe cumplir con el periodo de prueba¹⁰⁴. Revisamos a continuación las particularidades en la aplicación del periodo de prueba, al interior de la relación laboral de naturaleza temporal o de plazo fijo.

⁹⁹ MARTIN VALVERDE, Antonio; RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCIA MURCIA, Joaquín. Ob. Cit. 516. Los autores señalan que esta exigencia es congruente con la naturaleza y finalidad del periodo de prueba.

¹⁰⁰ DE VAL TENA, Ángel Luis. Ob. Cit. Pág. 188.

¹⁰¹ Artículo 23 del Decreto Supremo N° 003-97 TR.

¹⁰² Artículo 75 del Decreto Supremo N° 003-97 TR, establece que en los contratos sujetos a modalidad rige el periodo de prueba legal o convencional previsto en la presente ley.

¹⁰³ Artículo 84 del Decreto Supremo N° 001-96 TR, Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo.

¹⁰⁴ OBREGÓN SEVILLANO, Tulio M. "El periodo de prueba". Revista Actualidad Empresarial. N° 82. 1ra. Quincena. Marzo 2005. Área Laboral. V-1. Lima. Perú.

7.1 La igualdad de plazo del contrato temporal con el periodo de prueba

Como sabemos, la normativa laboral ofrece una variedad de contratos temporales que pueden ser utilizados de acuerdo a la necesidad empresarial¹⁰⁵. Sabemos, además, que la celebración de un contrato modal, no impide la inclusión de un periodo de prueba, en primer lugar, porque así lo exige la normativa laboral antes señalada y lo ratifica la diversa doctrina estudiada¹⁰⁶; y, segundo, porque nos adscribimos al criterio de que toda relación laboral, sea temporal o permanente debe conceder al empresario la posibilidad de escoger al elemento idóneo para el desempeño en el puesto de trabajo. Por lo tanto, como lo señala Camps Ruiz¹⁰⁷: “(...) el carácter temporal de la contratación no excluye la posibilidad de estipular el sometimiento de la misma a un pacto de prueba”.

Respecto de la inclusión de un periodo de prueba en la contratación temporal o de plazo fijo, el autor español Cruz Villalón¹⁰⁸ asume una posición medianamente radical sobre el tema (cuestiona la igualdad de plazo, pero reconoce que existen algunos convenios colectivos que acuerdan plazos con dicha coincidencia). Así señala que:

De principio es absurdo que la duración del periodo sea casi coincidente con el de la totalidad del contrato, aunque sin descartar que en ciertas ocasiones pueda aceptarse que la

¹⁰⁵ Artículos 54, 55 y 56 del Decreto Supremo N° 0003-97 TR.

¹⁰⁶ PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. “Derecho del Trabajo”. Ob. Cit. Pág. 587; CRUZ VILLALÓN, Jesús. Ob. Cit. Pág. 130; ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, CAMPS RUIZ, Luis Miguel, LÓPEZ GANDÍA, Juan y SALA FRANCO, Tomas. Ob. Cit. Pág. 124; ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. Ob. Cit. Pág. 322

¹⁰⁷ CAMPS RUIZ, Luis Miguel. “La contratación laboral temporal”. Tirant Lo Blanch. Colección Laboral N° 22. Valencia. España. 1995. Pág. 136.

¹⁰⁸ CRUZ VILLALÓN, Jesús. Ob. Cit. Pág. 130.

duración del periodo de prueba pueda llegar a ser coincidente con la duración del total del contrato.

En esta misma línea de criterio, Juan López Gandía¹⁰⁹ complementa la idea, adicionando, que: “Podría, sin embargo, exigirse para evitar el abuso que su duración no sea cercana a la del contrato”.

Un sector de la doctrina considera que el error nace del esquema de la legislación laboral vigente, que no toma en cuenta que el periodo de prueba es característico del contrato de trabajo de duración indefinida o larga¹¹⁰. Consideran que el periodo de prueba está configurado como una medida de apoyo al empleador, quien reclama un periodo de comprobación de aptitudes y cualidades, antes de incorporar de manera permanente a un trabajador. Si se acepta la validez de esta posición, diríamos que prima facie, dicho riesgo de permanencia estaría en la contratación indeterminada (o permanente) y no en la contratación temporal, ya que, en ésta última, al terminarse el plazo de vinculación temporal, bien podría decidirse no renovar dicho vínculo, depurando de esta manera y en forma regular, al elemento que no cubrió sus expectativas. Sin embargo, no encontramos solidez a esta posición, ya que, si el sustento es la temporalidad y la posibilidad de no renovar el vínculo a su término, también podría pensarse de manera contraria y negativa, que un empleador interesado en sacar la mayor ventaja posible, podría mantenerlo en la empresa y días antes de cumplir los cinco años, retirarlo de la empresa, a fin de evitar su pase a indeterminado, resguardándose en el argumento de que era un mal trabajador. Por tanto, además de ser un disuasivo para estas malas prácticas, consideramos necesario tener un plazo máximo ya previsto de antemano, para extinguir el vínculo por falta de idoneidad. Ratificamos

¹⁰⁹ ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, CAMPS RUIZ, Luis Miguel, LÓPEZ GANDÍA, Juan y SALA FRANCO, Tomas. Ob. Cit. Pág. 124

¹¹⁰ ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. Ob. Cit. Pág. 322.

entonces, la importancia de depurar al elemento inidóneo, aun cuando su vinculación sea temporal.

En lo que si estamos de acuerdo es que el “riesgo” de permanencia entre una u otra forma de contratación no es similar; por lo tanto, lo adecuado sería que al trabajador de plazo fijo no se le aplique el mismo plazo del periodo de prueba que se aplica al trabajador que es contratado a plazo indeterminado. Lo ideal sería que se adopte un factor de medición en proporción al tiempo que habrá de durar el contrato temporal. Arce Ortiz, propone que para los contratos temporales que tienen fechas fijas y concretas de término se debería aplicar como factor de medición un porcentaje de 15% y para aquellos que no los tuvieran (servicio específico o suplencia), se debería mantener el establecimiento de topes fijos, pero por rangos (01 año: 01 mes; entre 01 y 02 años: 02 meses; y más de 03 años: 03 meses)¹¹¹.

Nuestra posición se orientaría mas por la aplicación de un único factor de medición que sería el de una cuarta parte del plazo estipulado (que debe ser menor a un año), conforme se plantea en el Proyecto de la Ley General del Trabajo¹¹². Abona a dicha propuesta, el hecho que si bien existen contratos que no tienen fecha fija de término, también es verdad que, en la práctica la contratación temporal se produce a través de sucesivas renovaciones que siempre tienen un periodo de duración¹¹³. La propuesta sería que dicho factor de medición se aplique al plazo estipulado en el primer contrato temporal celebrado, prohibiéndose su inclusión en las renovaciones posteriores. Sin embargo, si estuviéramos frente al caso, en

¹¹¹ ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. Cit. Pág. 237.

¹¹² Soluciones Laborales. “Proyecto de Ley General del Trabajo”. Artículo 94.3. Pág. 25

¹¹³ No olvidemos que además, así lo exige el artículo 72 del Decreto Supremo N° 003-97 TR, estableciendo como uno de los requisitos de validez de los contratos modales, (además de la causalidad, la celebración por escrito y por triplicado) consignar en forma expresa su duración.

que el empleador dispusiera firmar un contrato a plazo indeterminado luego del vencimiento de un contrato de plazo fijo, lo adecuado sería que dicho periodo de contratación temporal, forme parte del periodo de prueba del segundo contrato¹¹⁴. Lógicamente, siempre que entre una y otra forma de contratación, medie una labor cualitativamente similar.

Ahora, también es verdad, que la propuesta de establecer un periodo de prueba menor para el caso de los contratos temporales, debe pasar por una modificación legislativa, ya que la ley vigente no hace distinción en la duración de aquel, con el que corresponde al plazo general¹¹⁵. Esta propuesta de modificación, no resulta desmesurada, si se toma en cuenta que ya existe antecedente de la voluntad mostrada por el legislador peruano de aplicar periodos menores de prueba con relación al plazo general. Así tenemos, el periodo de prueba que se proponía en la Ley N° 30288, conocida como la “Ley Pulpín”, donde se planteaba un contrato temporal con duración máxima de tres años, una contratación inicial de 01 año y 60 días de periodo de prueba¹¹⁶.

Finalmente, coincidiendo con López Gandía (citado en la parte inicial de este acápite), consideramos que la falta de una adecuada regulación de este aspecto, si puede generar situaciones de abuso como el hecho de contratar temporalmente por menos de tres meses, con lo cual el trabajador deberá pasarse todo el tiempo de su vinculación laboral en periodo de

¹¹⁴ **DE LA TORRE UGARTE LUNA, Carlos A. Ob. Cit.** Pág. 242. La Resolución del Tribunal del Trabajo, de fecha 14.9.90, recaído en el Exp. N° 324-90-CD hace este planteamiento señalando que: *“Si el actor fue contratado a plazo indefinido luego del vencimiento de su contrato a plazo fijo, el periodo de prueba laborado a plazo fijo forma parte del periodo de prueba del segundo contrato”*.

¹¹⁵ **Cfr. CRUZ VILLALÓN, Jesús. Ob. Cit.** Pág. 129. El autor señala que la legislación española establece periodo de prueba con criterios de generalidad, sin establecer distinción con la contratación temporal, por tanto, no es permitido distinguir donde la ley no distingue.

¹¹⁶ **Ley N° 30288.-**

Artículo 8.- El contrato laboral juvenil debe celebrarse en forma escrita, a plazo determinado de por lo menos un (1) año, con un periodo de prueba de sesenta (60) días calendario.

prueba, tal como lo hace notar Arce Ortiz¹¹⁷. O en el más dramático de los casos, si la duración del vínculo es de tres meses, al término del mismo, el trabajador habría alcanzado el derecho a protección contra el despido arbitrario, pero ya no tendría vínculo laboral porque concluyó el plazo temporal acordado. Por tanto, no es cosa menor, que se repiense en las particularidades de la contratación temporal, y se calibre un periodo de prueba acorde con su naturaleza temporal y definida. Por lo pronto ya hay voces en la doctrina y en los intentos de renovación legislativa que hemos revisado, que dan cuenta de su factibilidad.

7.2 El periodo de prueba en la renovación de los contratos temporales

Como bien lo señala López Gandía, otro supuesto de irregularidad que podría presentarse en el periodo de prueba de los contratos temporales, es que el empleador use este mismo puesto de trabajo temporal para realizar una contratación en cadena de distintos trabajadores, resolviendo sus contratos antes de la llegada del término del periodo de prueba¹¹⁸. Esta forma de accionar, que el citado autor tipifica como conducta fraudulenta, elude la normativa laboral vigente, que prohíbe aplicar periodo de prueba en renovaciones sucesivas de un mismo trabajador, pero nada señala, respecto de las sucesivas contrataciones de diversos trabajadores para el mismo puesto. Este es un ejemplo de irregularidad que respalda la posición que esgrimiremos mas adelante, respecto a que toda extinción del vínculo laboral durante el periodo de prueba, debería estar realmente justificado en una causa de falta de idoneidad para el puesto.

Por lo demás, si seguimos la línea de criterio señalada en el acápite anterior, diríamos que, si un trabajador es contratado mediante un contrato

¹¹⁷ ARCE ORTIZ, Elmer. Ídem.

¹¹⁸ ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, CAMPS RUIZ, Luis Miguel, LÓPEZ GANDÍA, Juan y SALA FRANCO, Tomas “Compendio de Derecho del Trabajo. Ob. Cit. Pág. 124.

modal de 06 meses de duración, el periodo de prueba aplicable deberá ser de 01 mes y medio (una cuarta parte del plazo estipulado). Al terminar dicho contrato primigenio y firmar nuevas renovaciones, lo que se estaría produciendo, según lo señala Arce Ortiz¹¹⁹, serían varios contratos sucesivos en los que el empleador ya habría cumplido con la evaluación en el contrato inicial y se dispone a ratificar su idoneidad, estableciendo una recontractación. Por lo tanto, no debería sumar un nuevo periodo de prueba de 01 mes y medio hasta alcanzar el plazo general de prueba de tres meses. Se debería asumir, como lo señala este autor¹²⁰, que, al disponerse su renovación de contrato, se ha producido en estricto “una renovación de la confianza empresarial en su trabajador”.

Es importante resaltar también, que para cumplir la regla de excepción del acotado artículo 84 del Reglamento (Decreto Supremo N° 001-96 TR), deberá preverse que las labores a realizar en las contrataciones sucesivas sean realmente notorias y cualitativamente distintas. Ello implicará, según lo precisa Arce Ortiz, que deberá tratarse de un cambio de labores con entidad suficiente y sostenible en el tiempo, mas no de la asunción de responsabilidades puntuales, eventuales o accesorias¹²¹.

Finalmente, una trasgresión de lo preceptuado en el acotado artículo 84 del reglamento, estableciendo reiterados periodos de prueba en las contrataciones sucesivas, significaría la aplicación abusiva de esta institución, pese a que las partes ya tienen un conocimiento recíproco suficiente.¹²² Por lo tanto, frente al afán impositivo de volver a someter a periodo de prueba, el desempeño de las mismas funciones ya realizadas

¹¹⁹ Cfr. ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. Cit. Pág. 238.

¹²⁰ ARCE ORTIZ, Elmer. Ibídem.

¹²¹ ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. Cit. Pág. 239.

¹²² Cfr. CAMPS RUIZ, Luis Miguel. Ob. Cit. Pág. 136.

anteriormente, debiera merecer una sanción, que el autor citado plantea como nulidad¹²³.

Hasta acá, hemos revisado todo el entramado correspondiente al marco general del periodo de prueba. Su revisión nos ha permitido adentrarnos al estudio preliminar de esta institución, conociendo aquellos tópicos que son compartidos tanto en la normatividad laboral como en la doctrina. A partir de esta base, nos abocamos en el siguiente capítulo, a efectuar una revisión de aquellos aspectos, cuyos alcances merecen ser analizados de forma más detenida, a fin de permitimos encontrar algunas respuestas acerca de la aplicación regular del periodo de prueba.



¹²³ Cfr. CAMPS RUIZ, Luis Miguel. *Ibíd.*

CAPÍTULO II

NATURALEZA JURÍDICA, FUNDAMENTO JURÍDICO Y FINALIDAD DEL PERIODO DE PRUEBA

1. Naturaleza jurídica del periodo de prueba

La doctrina ha asumido diversas posiciones que han tratado de explicar la naturaleza jurídica del periodo de prueba. Lo que haremos será revisarlas e incluiremos, además, una revisión de la naturaleza extintiva de este periodo de evaluación. Pasamos a realizar entonces una revisión de las mismas.

1.1 Posiciones doctrinarias acerca de la naturaleza jurídica del periodo de prueba

El autor español Pérez Botija, considera que el periodo de prueba, trae consigo, entre otros problemas jurídicos, el relacionado con la determinación de su naturaleza. Señala este autor, que, en el tratamiento de este problema jurídico, algunos autores lo califican como precontrato, otros como contrato preliminar o preparatorio, otros de condición suspensiva y otros, por último, de condición resolutoria¹²⁴. El autor español Carro Igelmo, en esta misma orientación, resume como las principales posiciones respecto a la naturaleza del periodo de prueba, las siguientes: **a) se trata de un precontrato**, ya que aun no ha surgido el verdadero contrato de trabajo, sino que nos hallamos ante un periodo precontractual, con un régimen jurídico propio y específico; **b) constituye un contrato con condición suspensiva**, ya que el contrato nace desde el primer momento, pero se encuentra sometido a una condición suspensiva negativa. Si durante su vigencia no se produce una declaración de voluntad extintiva, el contrato pasa a producir sus efectos plenos, que están pendientes en tanto

¹²⁴ PÉREZ BOTIJA, Eugenio. "Curso de Derecho del Trabajo". Editorial TECNOS S.A. Sexta Edición. 1960. Madrid - España. Pág. 146.

no finalice tal periodo; **c) se trata de una condición resolutoria**, ya que el contrato nace desde el primer momento, pero sometido a una condición resolutoria positiva. Sobrevenida tal declaración de voluntad la relación se extingue¹²⁵.

Cabanellas¹²⁶ plantea de forma didáctica, una diversidad de teorías, describiéndolas del modo siguiente:

- a) **La del contrato autónomo**, por el cual se afirma que la prueba constituye un contrato con existencia propia. Por más que se considere un vínculo de prueba y otro definitivo, no por ello se confunden uno y otro contrato, pues se trata de dos vínculos con diferente objeto.
- b) **La del contrato preliminar o precontrato**, por la cual una o ambas partes se comprometen a celebrar posteriormente otro contrato, el llamado principal. No hay dos contratos sino un solo vínculo, situación mas de destacar, si se considera que la antigüedad del trabajador es una sola, por quedar absorbido prácticamente el segundo contrato por el primero; al que se le atribuiría en realidad, dentro de esta tesis, un simple carácter provisional.
- c) **La de un contrato de trabajo especial**, por su objeto de experiencia o ensayo. Señala el autor, que esta tesis parte de una conclusión cierta, si se admite la existencia autónoma de un contrato de trabajo a prueba; pero se desvirtúa si se acepta solamente un solo periodo, plazo o pacto de prueba en el contrato de trabajo, común como condición para el trabajo general y para los especiales.
- d) **La de un contrato de duración determinada**, fundándose en que se halla limitado de antemano por las partes contratantes. Este criterio se desvirtúa debido a que ese plazo puede reducirse a un lapso menor que

¹²⁵ CARRO IGELMO, Alberto José. Ob. Cit. Págs. 260 – 261.

¹²⁶ CABANELLAS, Guillermo. Ob. Cit. Págs. 489 a 490.

el autorizado por ley. Puede ser rescindido tan pronto como una de las partes estime suficiente la prueba.

- e) **La de un contrato condicional del trabajo**, siendo esta “la más seguida por los autores y divide a los laboristas en dos grupos: los que estiman la condición suspensiva y los que la interpretan como resolutoria”¹²⁷. Se cuestiona la primera ya que:

*De tales condiciones depende el nacimiento de una obligación y en el periodo de prueba existen prestaciones recíprocas sin duda alguna. Por ello parece más sólida la consideración de una condición resolutoria del contrato laboral, ya que a la índole de éstas corresponde subordinar a un hecho futuro o incierto, la resolución de un derecho adquirido al iniciar el vínculo jurídico. Condición resolutoria es aquella de la que depende la extinción de la obligación. El hecho futuro e incierto consiste en que la prestación de servicios no satisfaga a la parte patronal o en que el trabajador no estime ventajosas en razón a la labor, las condiciones ofrecidas*¹²⁸.

Este criterio se ratifica con lo señalado por Ludovico Barassi, citado por Mario de la Cueva, cuando precisa que:

La condición resolutoria consiste en la facultad del empresario de decidir sobre la aptitud del trabajador, de tal manera que, si la decisión negativa se produce, se tiene por

¹²⁷ CABANELLAS, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 490.

¹²⁸ CABANELLAS, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 490.

*realizada la condición y por disuelta la relación de trabajo*¹²⁹.

Mientras la condición está pendiente, los efectos de la obligación son los mismos que si dicha condición no se hubiera establecido; y si transcurrido el periodo de prueba el trabajador prosigue prestando sus servicios, los derechos adquiridos quedan irrevocablemente firmes, como si nunca hubiera habido condición.

1.2 Acerca de la naturaleza extintiva del periodo de prueba: ¿Desistimiento Unilateral o Despido?

En la legislación española (léase Estatuto de los Trabajadores, artículo 14.2), se hace referencia al modo como se extingue el vínculo laboral en el periodo de prueba, aludiendo al término desistimiento mas no al despido. A partir de ello, autores como Ballester Pastor¹³⁰ y el propio Cruz Villalón señalan también, que no se trata propiamente de un despido, sino de un desistimiento. Refiere este último autor que:

“La ley elude intencionadamente utilizar el término “despido” al establecer esta facultad resolutoria, precisamente porque no lo es, sino que se trata de un desistimiento en el sentido técnico del término. Mientras que en el despido es imprescindible la concurrencia y la alegación de una causa de las legalmente tasadas que justifique la decisión extintiva, durante el periodo de prueba basta con la exteriorización

¹²⁹ DE LA CUEVA, Mario. “Derecho Mexicano del Trabajo”. Editorial Porrúa S.A. 8va. Edición. 1964. Tomo I. México. Pág. 767.

¹³⁰ BALLESTER PASTOR, María Amparo. Ob. Cit. Pág. 63. Refiere esta autora, que la extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba, no sustentada en motivo discriminatorio o atentatorio de derechos fundamentales, constituye “desistimiento” (...) y no despido.

*del deseo empresarial de no continuidad de la relación laboral. (...)*¹³¹. - El resaltado es nuestro -.

Otros autores como Ignacio Albiol Montesinos, Luis Miguel Camps Ruiz, Juan López Gandía y Tomás Sala Franco, ratifican esta posición discrepante señalando que la extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba no equivale a despido sino a extinción del contrato de trabajo por causa válidamente consignada en el contrato de trabajo. Enfatizan además, que el desistimiento debe realizarse mientras transcurre el periodo de prueba, a lo largo del mismo sin que necesariamente haya que esperar a que finalice.¹³² Palomeque López y Álvarez de la Rosa¹³³ lo llaman decisión extintiva y se apartan también del concepto despido. Señalan estos autores que:

“Es, por principio, una decisión extintiva que no precisa ser justificada no guarda relación alguna con el despido del trabajador y de ahí que no necesite ni motivos ni carta”.

“Existe por consiguiente un solo límite a la decisión extintiva del empresario (y, en su caso del trabajador) un único argumento que puede generar su ineffectividad: que se funde o esté motivada en razones discriminatorias o que vulnere derechos fundamentales (...)”

Carro Igelmo por su parte, hablando de la naturaleza del periodo de prueba, señala que se trata de un contrato de trabajo sometido a condición

¹³¹ CRUZ VILLALÓN, Jesús. Ob. Cit. Pág. 126.

¹³² ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, CAMPS RUIZ, Luis Miguel, LÓPEZ GANDÍA, Juan y SALA FRANCO, Tomas “Compendio de Derecho del Trabajo. Ob. Cit. Pág. 122.

¹³³ PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. Ob. Cit. Pág. 587.

resolutoria: el desistimiento. Si no se produce, el contrato produce plenos efectos¹³⁴. Alonso Olea y Casas Baamonde señalan a su vez, que el desistimiento, como sinónimo de resolución que usa el artículo 14.2 del ET puede producirse en cualquier momento mientras el periodo de prueba esté transcurriendo. Precisan, además, que uno de los aspectos de la naturaleza del periodo de prueba, es que el contrato puede ser resuelto durante este periodo por instancia de cualquiera de las partes, señalando que aquí se encuentra la esencia del periodo de prueba, como tiempo inicial de la duración del contrato durante el cual ambas partes pueden resolverlo libremente¹³⁵. Cruz Villalón opina que el término del periodo de prueba sin que el empleador haya ejercido sus facultades resolutorias, trae como consecuencia la conclusión de la facultad empresarial de desistimiento y, con él, la exigencia de causalidad para la resolución unilateral del contrato por parte del empleador¹³⁶.

Los autores españoles de más reciente aparición como Gallego Moya¹³⁷ y Fernández Márquez, también evidencian su adhesión a esta posición, señalando este último, que el empresario puede desistirse de la relación de trabajo con fundamento en tal periodo de prueba, pero que es necesario

¹³⁴ CARRO IGELMO, Alberto José. Ob. Cit. Pág. 261.

¹³⁵ ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. Ob. Cit. Pág. 320 y 321.

¹³⁶ CRUZ VILLALÓN, Jesús. Ob. Cit. Pág. 131.

¹³⁷ Cfr. GALLEGO MOYA, Fermín. “Aspectos esenciales del periodo de prueba: Formalización, Duración y Extinción (Transformación y Tendencias de una institución clásica)”. Tesis para el grado de doctor. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia. 2015. Páginas 85 a 86 y 341 a 347. Consulta: 10 de abril del 2017. Ver enlace web en:

<https://digitum.um.es/jspui/bitstream/10201/46980/1/TESIS%20Fermin%20Gallego%20Moya.pdf>

que ello se haga dentro del periodo máximo de tiempo permitido al efecto¹³⁸.

Sin embargo, Martín Valverde, es el que clarifica el panorama, al señalar en primer lugar que la naturaleza jurídica del desistimiento del contrato de trabajo a prueba, tienen en la jurisprudencia y la doctrina posiciones contrapuestas: Una que afirma su calificación como despido y otra que la niega. Precizando, además, que la primera es la posición más generalizada y habitual¹³⁹. Señala además este autor, que los que reclaman este acto extintivo como desistimiento, sostienen que el desistimiento es un acto que se conecta, no a la facultad empresarial de despedir, sino al pacto extintivo adicionado al contenido del contrato, en el momento de su celebración, por la voluntad de las partes¹⁴⁰. Seguidamente se aboca a desentrañar el problema, partiendo de la revisión de dos conceptos de despido: un concepto restrictivo y un concepto más amplio. En el primero, ubica el concepto de despido que reduce a la terminación del contrato de trabajo por voluntad del empleador, en base a un incumplimiento del trabajador y la segunda, como una extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario, o lo que viene a ser lo mismo el “acto unilateral del empleador que tiene por efecto constitutivo la extinción para el futuro de la

¹³⁸ Cfr. **FERNANDEZ MÁRQUEZ, Oscar**. “La situación legal de desempleo”. Ediciones de la Universidad de Oviedo. Oviedo (Asturias). España. 2005. Pág. 142. El autor, haciendo alusión a la situación legal de desempleo señala que si lo que el empresario estuviera haciendo realmente fuera despedir al trabajador por una causa disciplinaria, y no desistir invocando el periodo de prueba, la situación legal de desempleo solo podría reconocerse previa impugnación y tras la obtención de la sentencia o resolución correspondiente. Consulta: 05 de junio del 2017. Consulta web: https://books.google.com.pe/books?id=VYBfqde_ovgC&pg=PA142&lpg=PA142&dq=desistimiento+en+el+periodo+de+prueba&source=bl&ots=-rWtyw-KR1&sig=kynKuqwiBvxVNRyf4AHBQcLN5uE&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiCxLCD-pfQAhUS8mMKHskmBY84ChDoAQgI#v=onepage&q=desistimiento%20en%20el%20periodo%20de%20prueba&f=false

¹³⁹ **MARTÍN VALVERDE, Antonio**. Ob. Cit. Pág. 267.

¹⁴⁰ Cfr. **MARTIN VALVERDE Antonio**. Ob. Cit. Pág. 268. El autor cita esta afirmación que pertenece a M. Alonso Olea (“El Despido”. Inst. Est. Pol. Madrid. 1958, págs. 24 y 25), al cual incluye en el grupo de los que integran la posición que niega que el desistimiento tenga naturaleza de despido.

relación de trabajo¹⁴¹. A partir de ello determina que, en la primera definición de alcance restringido, el cese por resultado negativo de la prueba no será un supuesto de despido: el trabajador que no demuestra aptitud o que no se adapta al trabajo contratado no está incurriendo en el incumplimiento contractual que, según el código civil, justifica la resolución. Por el contrario, estima que la segunda definición de despido si encuadra con los datos del supuesto de hecho materia de análisis. En efecto, sostiene el autor, que: En el desistimiento del contrato a prueba hay una extinción unilateral por voluntad del empleador que da por terminada para el futuro la relación de trabajo.

Sobre la base de lo antes precisado, Martín Valverde se adscribe a la conceptualización amplia del despido, por dos razones: **La primera**, la existencia del interés común – el interés a la conservación del puesto de trabajo – que juega como elemento aglutinante de todas las formas de extinción del trabajo por voluntad del empleador. A partir de este elemento unificador, destaca una línea de regulación unitaria que gira en torno a dos ejes: la necesidad de una causa o motivo de cierta gravedad para que dicha extinción esté jurídicamente justificada y la exigencia de garantías formales que tamicen los actos extintivos y faciliten la defensa procesal de los mismos¹⁴². **La segunda**, la inadecuación de la definición restrictiva del despido a la categoría civil de la resolución. El propio concepto del código civil de resolución como “pérdida de los derechos ya adquiridos” en virtud de un vínculo obligacional, no se ajusta a la eficacia exclusivamente hacia el futuro del acto de despido¹⁴³. Este interesante análisis le permite al autor encuadrar al despido dentro de la categoría general de desistimiento o receso unilateral de los contratos duraderos¹⁴⁴. En buena cuenta, el

¹⁴¹ Cfr. MARTIN VALVERDE Antonio. Ob. Cit. Pág. 269.

¹⁴² Cfr. MARTIN VALVERDE Antonio. Ob. Cit. Pág. 271 y 272.

¹⁴³ Cfr. MARTIN VALVERDE Antonio. Ob. Cit. Pág. 272.

¹⁴⁴ Cfr. MARTIN VALVERDE Antonio. Ob. Cit. Pág. Ibídem.

desistimiento es la categoría general en la que hay que incluir a los distintos tipos de despido¹⁴⁵. Señala el autor que, si el despido es la denominación específica del desistimiento empresarial del contrato de trabajo, no parece posible no calificar como tal al desistimiento durante el periodo de prueba¹⁴⁶. Y respecto a la posible objeción de que el desistimiento del contrato a prueba ya esté previsto en el tenor del contrato, no elimina la calificación de despido, ya que su propia existencia es una prueba adicional de la vis atractiva del concepto de despido y de la artificiosidad de una calificación diferente en casos, como el del periodo de prueba, en que la ruptura de la relación, prevista o no en el momento de la celebración del contrato, obedece a un hecho – el resultado insatisfactorio del experimento – sobrevenido en el curso del mismo, y que frustra expectativas de continuación del vínculo laboral¹⁴⁷.

1.3 Asumiendo posición frente a las diversas posiciones recogidas

A partir de las clasificaciones reseñadas, y partiendo de la particularidad del tratamiento del periodo de prueba en nuestro país¹⁴⁸, podemos señalar que nos encontramos ante un periodo de prueba legal y, (al menos en teoría), convencional en lo que corresponde a su ampliación. Asimismo, se incluye dentro de un único contrato que es el que da inicio a la relación laboral. Por ello, el transitar por esta etapa inicial de prueba, le permite al trabajador gozar desde el primer día, de todos los beneficios que prevé la legislación del país¹⁴⁹. Por ello, no puede considerarse un pre contrato o un contrato preliminar porque desde el inicio de la relación laboral, todos los elementos

¹⁴⁵ Cfr. **MARTÍN VALVERDE, Antonio**. Ob. Cit. Pág. 278.

¹⁴⁶ Cfr. **MARTIN VALVERDE Antonio**. Ob. Cit. Pág. 273.

¹⁴⁷ Cfr. **MARTIN VALVERDE Antonio**. Ob. Cit. Pág. 273 y 274.

¹⁴⁸ **ALONSO GARCÍA, Manuel**. Ob. Cit. Pág. 459. Este autor refiere que la naturaleza del periodo de prueba exige una caracterización que debe hacerse en función de cada caso y con vistas a la regulación positiva establecida por el ordenamiento jurídico positivo de que se trate.

¹⁴⁹ **PACHECO ZERGA, Luz**. Ob. Cit. pág. 360.

sustanciales del contrato de trabajo se manifiestan plenamente¹⁵⁰. Se trata, en suma, de la existencia de un solo y único contrato que otorga los mismos derechos y beneficios (a excepción de la protección contra el despido arbitrario).

Siguiendo esta misma línea de análisis, nos adscribimos a la existencia de un contrato con condición suspensiva parcial porque, como ya se indicó, desde el inicio del periodo de prueba, empiezan a regir todas las obligaciones y derechos que emergen de un contrato de trabajo, salvo el derecho a la vocación de permanencia en el puesto de trabajo. Debemos tener en cuenta, además, que aceptar plenamente esta teoría, implicaría desconocer al periodo de prueba, como parte del récord de servicios del trabajador, condicionando el cómputo de este récord, a la superación de este periodo, lo cual no se ajusta a la realidad. Ahora bien, respecto de la naturaleza de un contrato de trabajo con condición resolutoria, consideramos que es el que más consistencia alcanza; sin embargo, habría que precisar que el hecho futuro e incierto del que se hace depender la resolución del contrato de trabajo, como lo señala Cabanellas, debe ser que la prestación de servicios no satisfaga a la parte patronal o que el trabajador no estime ventajosas¹⁵¹.

Finalmente, respecto a la naturaleza extintiva del periodo de prueba, nos adherimos a la posición de Martín Valverde que determina dicha facultad extintiva como un despido, sostenido en la causa válida de falta de idoneidad del trabajador. Criterio que, además, como lo precisa este autor, constituye el más amplio y generalizado en la doctrina y la jurisprudencia¹⁵² y es el que, a todas luces, ha acogido el legislador peruano, conforme es de verse del tenor del artículo 10 de la LPCL. Ratificamos, sin embargo, que

¹⁵⁰ GOMEZ VALDEZ, Francisco. Ob. Cit. Pág. 124.

¹⁵¹ CABANELLAS, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 490.

¹⁵² Cfr. MARTÍN VALVERDE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 267.

este despido deberá ser causalizado en el resultado insatisfactorio de la prueba (conforme se analizará líneas más adelante), ya que la finalidad que se persiguió al flexibilizar la rigidez en las formalidades del despido, no fue para que el empleador pudiera despedir a placer en esta etapa, si no para que lo destinara a una real y efectiva evaluación de capacidades. Hacemos la precisión entonces, que donde se aluda al desistimiento en el periodo de prueba, deberá entenderse propiamente como despido, en respuesta a la no superación de la etapa evaluatoria.

2. Fundamento jurídico del periodo de prueba

Luego de determinarse la naturaleza jurídica del periodo de prueba, como uno de previsión legal y convencional, que se despliega en la parte inicial de un único contrato principal, donde el trabajador puede gozar desde el primer día de todos los beneficios que prevé la legislación laboral, a excepción del despido (por ser su naturaleza extintiva) que opera válidamente ante el resulta insatisfactorio de dicha evaluación, corresponde ahora, revisar en que se fundamenta jurídicamente el periodo de prueba, es decir, conocer la razón o motivo que llevó al legislador a incluirlo en los alcances de la normativa laboral.

Iniciamos con una revisión semántica de esta acepción, lo cual nos lleva a entender al fundamento, como el principio o la base de una cosa¹⁵³. Llevando el significado de este término al ámbito jurídico, nos encontraremos con una acepción destinada a encontrar la razón o motivo de la inclusión de una institución en el ordenamiento jurídico. En tal sentido, reiteramos que lo pretendido con el tratamiento de este acápite, es

¹⁵³ PEQUEÑO LAROUSSE ILUSTRADO. Ediciones LAROUSSE. 1981. París – Francia. Pág. 487.

encontrar la causa, razón o motivo que lleva al legislador, a incluir en la normativa laboral, la institución del periodo de prueba¹⁵⁴. Veamos.

2.1. El periodo de prueba como contrapeso a la restricción de la facultad extintiva del empleador

En primer término, es importante ratificar que el periodo de prueba en cuanto regulación especial de la fase inicial de la relación de trabajo, sólo tiene sentido cuando existe restricciones a la facultad de extinción unilateral del contrato¹⁵⁵. Por tanto, si nos encontrásemos en un escenario de total libertad para despedir sin restricciones, no habría mayor necesidad de regular un periodo de prueba¹⁵⁶. Sin embargo, este escenario no es tal, ya que el ámbito de protección del trabajador frente a la extinción libre e incondicional del empleador, se plasma ampliamente en la normativa laboral del país, cubriendo aspectos como la presunción de indeterminación (art. 4 del Decreto Supremo N° 003-97 TR, en adelante, el decreto), la desnaturalización del contrato modal (art. 77 del decreto), el despido por causa justa (art. 22 y siguientes del decreto), entre otros. A ello se aúna, la ampliación del ámbito de protección frente al despido, creado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano (despido incausado y fraudulento).

Este amplio margen de protección nos reconduce en la actualidad, a una estabilidad en el empleo, (que la doctrina española denomina como el

¹⁵⁴ **MARTÍN VALVERDE, Antonio.** Ob. Cit. Pág. 145. El autor refiere que la fundamentación de un instituto consiste en identificar el interés o intereses que está encargado de satisfacer de acuerdo con su estructura normativa y con el marco general del ordenamiento en que se inserta. Asimismo acota, que el estudio del fundamento apunta a la finalidad tipificadora o definitoria de una determinada institución.

¹⁵⁵ **MARTÍN VALVERDE, Antonio.** Ob. Cit. Pág. 69.

¹⁵⁶ Cfr. **ASQUERINO LAMPARERO, María José.** Ob. Cit. Pág. 66.

principio de conservación del negocio¹⁵⁷), en el que, además, el trabajador - a diferencia del empleador - tiene el derecho a dimitir de su vínculo laboral, sin que el empleador pueda hacer nada por evitarlo¹⁵⁸. Bastará únicamente con cumplir la formalidad previa de presentar su renuncia con treinta días de anticipación o en su defecto ser exonerado del mismo (art. 18 del decreto), para lograr desvincularse de la empresa, sin mayores consecuencias de ninguna índole. Dicho sea de paso, este es otro de los argumentos, por los cuales cuestionamos la utilidad del periodo de prueba a favor del trabajador.

Es en este escenario que “de alguna manera, el periodo de prueba surge como contrapeso a las limitaciones de las facultades extintivas empresariales y a la imposibilidad de celebrar contratos temporales que no respondieran a verdaderas necesidades coyunturales empresariales”¹⁵⁹. En este sentido, resulta pertinente, lo señalado por Rafael Caldera:

Si el legislador ha establecido medidas de protección que hacen difícil la terminación potestativa de la relación de trabajo y la condicionan al pago de ciertas indemnizaciones, ha creído también prudente liberar de tales obligaciones a las partes (especialmente al patrono, que es el más obligado en caso de terminación de la relación de trabajo) dentro de ciertas condiciones que al mismo tiempo harán más fácil la creación de nuevas situaciones de empleo, porque el empleador hallará

¹⁵⁷ **ASQUERINO LAMPARERO, María José. Ob. Cit.** Pág. 52. Señala la autora española, que el principio de conservación del negocio responde a los intereses del trabajador y es la plasmación de la garantía que tiene éste para asegurarse su sustento económico, e incluso, su estabilidad personal.

¹⁵⁸ **CRUZ VILLALÓN, Jesús. “Compendio de Derecho del Trabajo”.** Ob. Cit. Pág. 126. Destaca este autor, que esa facultad de desistimiento la ostenta el trabajador durante toda la vigencia del contrato, haya o no, periodo de prueba, a través de su libertad de dimisión. De este modo, para el trabajador, el periodo de prueba no añade poder adicional al que siempre tiene; mientras que si lo añade en beneficio del empleador pues durante el periodo de prueba se suspenden las garantías laborales habituales de protección frente al despido para reforzar la estabilidad en el empleo.

¹⁵⁹ Cfr. **ASQUERINO LAMPARERO, María José.** Ídem. Pág. 66.

menos arriesgada la concesión de una colocación si se autoriza un periodo inicial de tanteo¹⁶⁰.

2.2. El periodo de prueba como instituto de defensa del empleador: La preeminencia del unilateralismo

Ahora bien, si hemos determinado que el periodo de prueba se incuba en un ordenamiento jurídico restrictivo del despido unilateral, debemos ratificar también - a despecho de quienes defienden la posición bilateralista del periodo de prueba - que su existencia descansa esencialmente en la unilateralidad de esta institución. Vale decir, que encuentra su justificación en la defensa de los intereses del empresario. Es por ello, que Rodríguez Piñero lo califica como una prerrogativa unilateral, de exclusivo beneficio empresarial¹⁶¹. Por tanto, afirmar la tesis de que el periodo de prueba sirve al trabajador, para comprobar la satisfacción de su interés contractual de forma simétrica a lo que ocurre con el empleador peca, entre otras cosas, de excesiva abstracción¹⁶². Es verdad, como señala Asquerino Lamparero que “ambas partes contractuales (trabajador y empresario) tienen interés en conocer en qué consistirá la prestación de servicios, pero desde el punto de vista de la extinción contractual a quien aprovecha la institución es al empresario”¹⁶³. Esto se explica porque el trabajador, a diferencia del empleador, tiene menores obstáculos o amenazas de apremios indemnizatorios si decide extinguir el vínculo laboral. Las limitaciones legales del desistimiento ad nutum son limitaciones de la facultad empresarial de despido, y no de la facultad de dimisión del trabajador¹⁶⁴.

¹⁶⁰ CALDERA, Rafael. Ob. Cit. Pág. 318.

¹⁶¹ RODRIGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “Naturaleza jurídica del periodo de prueba”. “Estudios de homenaje a Jordana de Pozas”, III, Madrid, 1961. Pág. 103 ss., obra citada por BALLESTER PASTOR, María Amparo. “El periodo de prueba”. Edit. Tirant Lo Blanch. 1995. Valencia. España. Pág. 12.

¹⁶² MARTÍN VALVERDE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 143.

¹⁶³ ASQUERINO LAMPARERO, María José. Ob. Cit. Pág. 62. Consulta: 25 de mayo del 2016.

¹⁶⁴ MARTÍN VALVERDE, Antonio. Ibídem.

Además, las propuestas de instauración del periodo de prueba vienen siempre de medios empresariales, y su aparición normativa surge como réplica a las limitaciones del despido ad nutum¹⁶⁵. A partir de estos elementos, se advierte entonces la preeminencia de la unilateralidad del periodo de prueba, el cual se caracteriza por ser un instituto de defensa de los intereses del empresario¹⁶⁶.

2.3. El fundamento o razón de ser del periodo de prueba

Habiendo precisado en los puntos precedentes, que el periodo de prueba busca contrapesar el recorte de la facultad extintiva del empleador y, con ello, asentar su mayor alcance preceptivo hacia el unilateralismo o defensa del empleador, en este punto, corresponde ahondar un poco más en su fundamentación, a fin de entender la razón de ser de su inclusión en la normativa laboral.

En tal sentido, es necesario señalar que el dar inicio a una relación laboral, sea de corte temporal o indeterminado, debiera suponer para el contratante (empleador) la vinculación con un trabajador, que va a desarrollar sus funciones a cabalidad y cumplirá con las expectativas cifradas en su contratación. Sin embargo, esta esperanza ideal no siempre logrará ser así. Puede acontecer que los pergaminos académicos de la que venía precedido el contratado, no tuvieran correlato con su desempeño efectivo en el puesto asignado. O en su caso que, teniendo la solvencia académica y mostrando habilidades prácticas en el desempeño del puesto; sin embargo, no tiene la capacidad de integrarse a la organización empresarial, no le gusta trabajar en equipo o carece de disposición para acatar las órdenes o disposiciones que se le imparte. Situaciones como las descritas, son, entre otras, las que llevan a afirmar que resulta harto complicado para

¹⁶⁵ MARTÍN VALVERDE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 144.

¹⁶⁶ Cfr. MARTÍN VALVERDE, Antonio. Ibídem.

el empleador lograr una adecuada contratación de personal, incluso habiéndolo sometido a un proceso previo de selección.

Martín Valverde, considera que la probanza de la aptitud¹⁶⁷ será el fundamento del periodo de prueba, siempre que, aunado a ello, tampoco resulten eficaces la diligencia in contrahendo y la anulación por error. Por el primero, entiende el deber del empresario a conocer las facultades y peculiaridades del trabajador¹⁶⁸ y por el segundo, la posibilidad de anular el contrato de trabajo en sede judicial, alegando error sobre la aptitud del trabajador¹⁶⁹. Este mismo autor, determina que la diligencia in contrahendo en funciones laborales de elevada cualificación, o en organizaciones productivas en las que la relativización de la aptitud ha alcanzado un cierto grado de intensidad, las verificaciones precontractuales pueden, en efecto, resultar insuficientes o muy costosas para la empresa¹⁷⁰. Otro supuesto que muestra la insuficiencia de este aspecto, es la de aquellos trabajadores en los que la puesta a punto de la misma requiere un proceso complementario ad hoc de formación o training profesional¹⁷¹. Considera este autor, que, en tales casos, la evaluación a priori de la aptitud carece de valor predictivo, ya que muchos de sus ingredientes han de ser adquiridos con posterioridad, en el curso de la fase inicial de la relación de trabajo. Por tanto, concluye que en todos estos casos y en otros posibles, aun después de haber aplicado la medida exigible de diligencia in contrahendo, el pronóstico sobre

¹⁶⁷ **MARTÍN VALVERDE, Antonio.** Este autor entiende que el contrato de trabajo no es un contrato fiduciario (relacionado con la confianza) y por tanto no existe posibilidad de fundamentar el periodo de prueba en dicha característica (Ob. Cit. 120); acepta el *intuitus personae* siempre que esta se reduzca a las cualidades relacionadas con el trabajo (Ob. Cit. 124) y desterrando los rasgos personales relacionados con la conducta privada del trabajador (Ob. Cit. 123). Por lo tanto, concluye que el concepto de aptitud debe ser configurado con suficiente elasticidad para abarcar tanto las condiciones técnicas del trabajador como aquellas cualidades personales que incidan directamente en el desempeño de ciertos puestos o funciones laborales – iniciativa – adaptabilidad – sociabilidad – etc. (Ob. Cit. 131).

¹⁶⁸ **MARTÍN VALVERDE, Antonio.** Ob. Cit. Págs. 124 y 132.

¹⁶⁹ **MARTÍN VALVERDE, Antonio.** Ob. Cit. Pág. 134.

¹⁷⁰ **MARTÍN VALVERDE, Antonio.** Ob. Cit. Pág. 137.

¹⁷¹ **MARTÍN VALVERDE, Antonio.** *Ibidem*.

la aptitud sigue siendo incierto, y tiene sentido, por tanto, una fase experimental de la relación de trabajo¹⁷². Respecto de la vía de anulación del contrato, cuestiona también su falta de operatividad como correctivo a posteriori del error sobre la aptitud del trabajador¹⁷³. Resalta que tiene una escasísima utilización, ya que la preferencia es optar por un desistimiento y no la anulación, aun cuando esto signifique eventuales indemnizaciones¹⁷⁴. Ni en los supuestos de error , ni en los demás casos de vicio en el consentimiento o de falta de requisitos esenciales en los sujetos, el objeto o en la causa, se suele apelar a la decisión de los tribunales: el trabajador porque no lo necesita, ya que la dimisión no tiene, salvo el preaviso, ningún tipo de traba legal; el empleador porque, en tanto y en cuanto el acto de despido sea inmediatamente ejecutivo, este camino le resulta más cómodo y rentable que el planteamiento contencioso de la cuestión¹⁷⁵.

Llegados a este punto, debemos coincidir entonces, con el importante análisis que realiza Martín Valverde respecto a lo insuficiente que resulta en el ámbito precontractual, conocer las facultades y peculiaridades del trabajador. Aun cuando pudiera tomarse recaudo de realizar filtros para el requisito de admisión, recoger información de los postulantes y formular exámenes de admisión, esto no evitaría desconocer aspectos personales del aspirante que pudieran manifestarse negativamente en el desarrollo mismo de la actividad laboral. Por tanto, como señala Cruz Villalón, debemos concluir que “las condiciones reales y el rendimiento efectivo de una persona difícilmente se pueden constatar previamente a la celebración

¹⁷² MARTÍN VALVERDE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 140.

¹⁷³ MARTÍN VALVERDE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 133.

¹⁷⁴ MARTÍN VALVERDE, Antonio. *Ibíd.*

¹⁷⁵ MARTÍN VALVERDE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 133 y 134.

del contrato, sea por medio de la realización de pruebas teórico – prácticas sea a través de entrevistas personales”¹⁷⁶.

Sin embargo, se debe reiterar, conforme lo precisa este autor, que la inclusión de este aspecto personal no debe significar la indagación de la esfera privada del trabajador. Está vedada cualquier experimentación que afecte el derecho a la intimidad y dignidad del trabajador¹⁷⁷. De igual modo, la realidad descrita en el tratamiento judicial de un eventual pedido de anulación del contrato de trabajo por una causal de error o vicio en el consentimiento, es un aspecto de vigente actualidad en nuestro país. Es una realidad harto conocida que transitar por la vía del proceso judicial resulta una empresa larga, aun cuando se haya puesto en vigencia una nueva propuesta de proceso laboral con preeminencia de la oralidad¹⁷⁸. La nueva norma procesal laboral vigente, se distorsiona en su objetivo de celeridad, por los innegables factores de excesiva carga procesal y carencia de recursos humanos y materiales. A la luz de esta realidad, aunado a la innegable complejidad para la acreditación de los hechos que respalden la pretensión¹⁷⁹, y haciendo un análisis de costo beneficio, consideramos que, para el empleador de la actualidad, también le será más útil, contar con esta opción, que le permita prescindir de un vínculo, generado de un desacierto en la contratación.

Sin embargo, no coincidimos con Martín Valverde, cuando deslinda el aspecto personal en el tratamiento del periodo de prueba¹⁸⁰. Consideramos

¹⁷⁶ **CRUZ VILLALÓN, Jesús.** “Problemas prácticos del periodo de prueba”. Revista Política Social. N° 148. Octubre 1985. España. Pág. 199.

¹⁷⁷ **CRUZ VILLALÓN, Jesús.** Ob. Cit. Pág. 201.

¹⁷⁸ Con la vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo – Ley 29497, que rigen en diversas ciudades del país, particularmente en Lima Centro, desde noviembre del 2012.

¹⁷⁹ **DE VAL TENA, Ángel Luis.** Ob. Cit. Pág. 29

¹⁸⁰ Cfr. **MARTÍN VALVERDE, Antonio.** Ob. Cit. Pág. 149. Refiere el autor que la función manifiesta principal del periodo de prueba es la verificación de la aptitud del trabajador mediante la experimentación de la

que el periodo de prueba debe incluir la verificación de las cualidades profesionales, pero también las personales, siempre que incidan en el desarrollo del trabajo asignado (sociabilidad, disciplina, instrucción, diligencia, rendimiento, corrección, apariencia, raciocinio, receptividad de las directrices, etc.¹⁸¹). Por ello, coincidiendo con Barreiro González, más que hablar de aptitud, debiéramos hablar de idoneidad del trabajador, que incluye tanto los aspectos de la actitud y la aptitud, los cuales tienen directa incidencia en el trabajo a desarrollar¹⁸². Por lo tanto, las razones que fundamentan esta figura jurídica se encuentran en la necesidad de conocer, al inicio de la relación laboral, las aptitudes profesionales y las cualidades del trabajador para el puesto de trabajo que va a desempeñar¹⁸³. Y si a ello le sumamos, que la verificación de este aspecto, en la fase precontractual, es harto complicado, debemos concluir en la necesidad de recurrir a la institución materia de estudio, en todos los tipos de trabajo que sean materia de admisión.

En resumen, el periodo de prueba encuentra su fundamentación en la necesidad del empleador de conocer adecuadamente la idoneidad del trabajador. Hablar de idoneidad, implica abarcar un ámbito mayor a la aptitud, llegando a cubrir el aspecto personal, siempre que tenga incidencia

relación de trabajo. A partir de ello precisa que las condiciones personales del trabajador deben quedar fuera del objeto del periodo de prueba. La finalidad no es, según indica, comprobar que ciertos rasgos de su personalidad como el temperamento, carácter, creencias, actitudes, ideología, actividad política, sindical, etc agradan o no al empleador.

¹⁸¹ **ASQUERINO LAMPARERO, María José.** Ob. Cit. 57.

¹⁸² Cfr. **BARREIRO GONZÁLEZ, G. "El periodo de prueba"**. En: BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), Comentarios a las leyes laborales. El estatuto de los trabajadores. EDERSA. Tomo IV. 1983. Madrid. España. Pág. 25 y 26.

¹⁸³ **APARICIO ALDANA, Rebeca Karina. "El periodo de prueba, la carga de la prueba y la tutela jurídica de los trabajadores. Análisis de la STC Exp. N° 02456-2012-PA/TC"**. AA.VV. En: Diálogo con la jurisprudencia N° 175. Gaceta Jurídica. Lima Perú. Abril 2013. Pág. 30. La autora invoca los alcances de la STS de 23 de Octubre del 2008, fundamento jurídico 2 (RTC 2008/6970). Vide además, STSJ Canarias 23 diciembre 2005 (AS 2006/586).

en el desarrollo de la relación laboral. Este conocimiento adecuado, requiere transitar necesariamente por una fase de experimentación, ya que las etapas precontractuales de evaluación teórica o de entrevista no resultan del todo eficaces. A ello se aúna también, la ineficacia y lentitud de una eventual impugnación de validez del contrato en la vía judicial. Hablamos entonces de la etapa inicial del vínculo laboral, que permitirá conocer en el puesto mismo, tanto la aptitud como la actitud del trabajador en el desempeño de sus labores, permitiéndole este margen de tiempo, ejercer el derecho al despido unilateral sin verse envuelto en eventuales sanciones indemnizatorias.

3. Finalidad del periodo de prueba

3.1 Precisando la finalidad u objeto del periodo de prueba

Luego de determinar que el fundamento jurídico del periodo de prueba estriba en la necesidad de conocer adecuadamente la idoneidad del trabajador, corresponde revisar ahora, cual es la finalidad de esta institución. En este objetivo, reparamos nuevamente en la mezquindad de la legislación y la doctrina nacional, debiendo apoyarnos en la legislación y doctrina española, que es la que la aborda con mayor amplitud.

Así tenemos que al revisar el acotado artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores de España (actualizado, de acuerdo al Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de dicha Ley), encontramos en su tercer párrafo que el legislador español impone la siguiente obligación a las partes durante el periodo de prueba: “el empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba”.

A partir de esta previsión - que se mantiene inalterable desde la vigencia del ET - Martín Valverde señala que la finalidad del periodo de prueba es

precisamente: “la experimentación “sobre el terreno” de la relación de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes”¹⁸⁴. Precisa, además, que esta finalidad busca verificar que el desenvolvimiento de la misma corresponde a los intereses (jurídicamente protegidos) de las partes en el contrato de trabajo¹⁸⁵. Y enfatiza en que dicho experimento, se efectúa una vez perfeccionado el contrato y no en las negociaciones preliminares del mismo¹⁸⁶, lo cual va en correlato con la posición que hemos asumido precedentemente, respecto a la naturaleza del periodo de prueba, de formar parte del contrato de trabajo, ubicándose en la parte inicial del mismo. Ballester Pastor, reconoce también que “(...) la finalidad del periodo de prueba, manifestada en múltiples sentencias, es la constatación de las habilidades personales”¹⁸⁷. Por su parte Rodríguez-Piñero Royo señala que “la finalidad del periodo de prueba es la de advertir in situ, la capacitación y aptitud profesional de los trabajadores y su adecuación para el puesto de trabajo y la organización productiva, librando al empleador de la carga que conlleva un proceso de despido”¹⁸⁸.

Como puede advertirse entonces, la doctrina española asemeja la finalidad con el objeto del periodo de prueba (acepciones que, por lo demás, tienen relación de sinonimia), para permitirnos entender que si el fundamento jurídico del periodo de prueba, es la necesidad de conocer adecuadamente la idoneidad del trabajador, la finalidad satisface dicha necesidad, al

¹⁸⁴ **MARTÍN VALVERDE, Antonio.** Ob. Cit. Pág. 13; concepto reiterado en **MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCIA MURCIA, Joaquín.** Ob. Cit. Pág. 513.

¹⁸⁵ **MARTÍN VALVERDE, Antonio.** Ob. Cit. Pág. 14.

¹⁸⁶ **MARTÍN VALVERDE, Antonio.** Ob. Cit. Pág. 14.

¹⁸⁷ **BALLESTER PASTOR, María Amparo.** Ob. Cit. Pág. 56.

¹⁸⁸ **RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel.** “El periodo de prueba (artículo 14)”. Civitas. Revista Española de Derecho al Trabajo. N° 100. Año 2000. Págs. 466.

señalarle el ámbito donde deberá dirigir el lente evaluador a fin de determinar si el trabajador a prueba alcanza o no las exigencias requeridas.

Al ser esto así, consideramos necesario desarrollar con más amplitud los términos “experimentación sobre el terreno de la relación laboral” o “realización de las experiencias”, (términos que se asocian con la de prestación efectiva de servicios), ya que resulta trascendente, a fin de escudriñar y darle claridad a la finalidad que persigue este instituto bajo estudio.

3.2. La experimentación sobre el terreno de la relación de trabajo o prestación efectiva de servicios en el periodo de prueba

En el objetivo de reafirmar que la experimentación sobre el terreno de la relación de trabajo (o llamada también prestación efectiva de servicios) se constituye en la finalidad u objeto del periodo de prueba, sumaremos una serie de elementos que permiten mostrarlo, además, como un elemento esencial del periodo de prueba. Para ello, haremos una nueva revisión de las definiciones recogidas, verificaremos su inclusión en la normativa española y pasaremos revista a las diversas definiciones que se recogen en la doctrina y jurisprudencia comparada, sobre la denominada “realización de las experiencias”, concluyendo con el tamiz respectivo en el ámbito constitucional.

3.2.1. Una nueva revisión de las definiciones del periodo de prueba

Al efectuar esta revisión, encontramos que el denominador común, y es que se trata de una institución que se caracteriza por ser una etapa inicial del contrato de trabajo, **de naturaleza experimental**, orientada a la **constatación** y el conocimiento recíproco. Asimismo, permite **apreciar en el mismo puesto de trabajo** (no en la etapa pre contractual de exámenes y

entrevistas) la idoneidad del trabajador, lo cual comprende su desempeño y aptitud profesional, así como las cualidades personales relacionadas con el trabajo, que le permitirán convivir y adaptarse al colectivo humano de la empresa, desarrollando adecuadamente y en armonía sus labores¹⁸⁹. Es por ello, que autores como el español Calvo Gallego, apoyado en la definición que brindan autores de viejo cuño, señala que el periodo de prueba constituye la última fase del proceso de selección y **comprobación** del candidato¹⁹⁰. – *los resaltados son del autor* -

Como puede verse del extracto o resumen de las definiciones revisadas, el periodo de prueba tiene elementos que lo caracterizan, como la experimentación, el conocimiento recíproco y la necesidad de constatación. Al ser esto así, lo primero que se puede determinar, es que ninguno de dichos elementos podría concretarse, si el trabajador no ingresa al seno de la organización empresarial y da inicio a las labores materia del contrato. Y es que, cuando se alude a una etapa inicial de experimentación y conocimiento recíproco, se está haciendo referencia directa a la necesidad de verificar el desempeño laboral del trabajador en prueba. Sea para la observación de su aptitud profesional o para verificar sus cualidades personales de relevancia para el puesto de trabajo (como la capacidad de trabajo en equipo, integración al grupo, iniciativa, pro actividad, entre otros) siempre será necesario que el trabajador se encuentre prestando de forma efectiva sus labores. Bajo esta premisa, el retiro de un trabajador apenas al instante de haber ingresado a la empresa, puede tener cualquier móvil o

¹⁸⁹ La definición que hemos amalgamado en este punto, nace de los conceptos vertidos por los siguientes autores en nuestro primer capítulo: **CABANELLAS, Guillermo**. Ob. Cit. Pág. 487; **ALONSO GARCÍA, Manuel**. Ob. Cit. Pág. 459; **MARTIN VALVERDE, Antonio**. Ob. Cit. Pág. 13; **MARTIN VALVERDE, Antonio; RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCIA MURCIA, Joaquín**. Ob. Cit. Pág. 513; **BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos**. Ob. Cit. pág. 126; **PACHECO ZERGA, Luz**. Ob. Cit. pág. 352.

¹⁹⁰ **CALVO GALLEGO, Francisco Javier**. “**Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica. Derechos Fundamentales y Organización de Tendencia**”. Consejo Económico y Social. Colección Estudios N° 17. Madrid. España. 1995. Pág. 213. El autor hace esta afirmación, apoyándose en las definiciones de autores, como Rodríguez Piñero, Martín Valverde, Barreiro Gonzales, Durán López y Montoya Melgar.

justificación, menos, el haber alcanzado una evaluación desfavorable en el periodo de prueba. Ratificamos entonces que, si el empleador no transita previamente por la etapa de experimentación y conocimiento del trabajador, tampoco podrá alcanzar el objetivo de constatar la idoneidad de éste (lo cual incluye, como ya se dijo, las cualidades personales, pero relacionadas con el desarrollo de las labores) para el puesto de trabajo, tal como lo reclaman las diversas definiciones estudiadas.

3.2.2. El concepto de prestación efectiva de servicios en la legislación española

Como ya lo habíamos adelantado, el artículo 14.1 del Estatuto de los trabajadores de España, recoge la prestación efectiva de servicios bajo el concepto denominado “realización de las experiencias” o llamado también “deber de experimento”. Este artículo, en su parte pertinente, señala lo siguiente:

Artículo 14.- Período de prueba. -

1. (...)

El empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyen el objeto del periodo de prueba

Al revisar a que alude este concepto (realización de las experiencias), recogido de la legislación española, logramos advertir que es de similar significado al de prestación efectiva de servicios, tal como lo reconoce la propia doctrina española. En efecto, tal como lo señala Martín Valverde:

El deber de experimento puede ser definido como aquel que vincula a ambas partes del contrato durante la fase probatoria a realizar (por parte del trabajador) y a facilitar y consentir (por parte del empleador) la prestación de servicios de forma que pueda verificarse la aptitud y la

*adaptación del trabajador al trabajo contratado.*¹⁹¹ – *El resaltado y subrayado es nuestro -.*

Por lo tanto, podemos colegir que:

Prestación efectiva de servicios = deber de experimento (realizar las experiencias)

Ahora bien, luego de dejar establecida la similitud de los conceptos “prestación efectiva de servicios” con el “deber de experimento” (o realización de las experiencias), también es necesario señalar que si bien estos conceptos no se encuentran recogidos de manera expresa en la legislación laboral peruana; sin embargo, como señala la autora peruana Pacheco Zerga, si es posible deducir su regulación tácita, a partir de la previsión que realiza nuestra normatividad vigente cuando permite ampliar el plazo de periodo de prueba, en atención a los posibles periodos de adaptación.¹⁹² Lo que la autora en mención nos hace notar – en criterio que compartimos - es que la legislación laboral peruana está evidenciando su interés por privilegiar la verificación in situ de la idoneidad para el puesto de trabajo, a partir del otorgamiento de un plazo adicional para seguir viendo su desempeño (o prestación de servicios) y capacidad de respuesta o adaptación al puesto de dirección o de confianza. No tendría ningún sentido establecer un plazo adicional para otros fines que no fueren seguir comprobando el desempeño o adaptación, en un puesto de mayor responsabilidad. Por tanto, a partir de esta previsión normativa laboral, consideramos que también se evidencia, la asociación que hace el

¹⁹¹ MARTIN VALVERDE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 217.

¹⁹² Cfr. PACHECO ZERGA, Luz. Ob. Cit. Pág. 357. Este criterio también es expuesto por el autor español Cfr. FERNANDEZ MÁRQUEZ, Oscar. “El periodo de prueba en el contrato de Trabajo”. Editorial Tirant Lo Blanch. 226 Colección Laboral. Valencia España. 2014. Pág. 23. Este autor señala para el caso español, que el carácter esencial de la experimentación en el periodo de prueba, se evidenciaría en los topes máximos de duración del periodo de prueba según la cualificación del trabajador, que responde sin duda a la idea de que la experimentación requerirá más tiempo cuando se vaya a desempeñar tareas complejas.

legislador peruano del periodo de prueba con la prestación efectiva de servicios.

Otro fundamento que se debe tomar en cuenta, es que, si bien la legislación laboral vigente (léase artículo 10 LPCL) establece que el único derecho que tiene restringido el trabajador a prueba es la protección contra el despido arbitrario, queda claro que todos los demás, le corresponden plenamente. Si esto es así, el derecho a la ocupación efectiva también debe formar parte de este listado de derechos. Ahora, si bien este derecho no se encuentra recogido expresamente, ello no quiere decir que no exista, máxime si está reconocido por la doctrina¹⁹³ y también la jurisprudencia laboral del país¹⁹⁴. Por lo tanto, si el trabajador accede a una relación laboral, desde el primer día tiene pleno derecho a que se le asignen las labores a realizar, máxime si éstas van a ser el factor de medición de su idoneidad que se encuentra a prueba. A mayor abundamiento respecto de esta posición, debemos señalar que, en la jurisprudencia laboral de vieja data, existen ya criterios que evidencian que el periodo de prueba es uno de prestación efectiva de servicios¹⁹⁵.

¹⁹³ Vid. **NEVES MUJICA, Javier**. “Introducción al Derecho del Trabajo”. Fondo Editorial PUCP. Segunda Edición. Febrero 2012. Págs. 37 y 38; **ARCE ORTIZ, Elmer**. “Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y Deficiencias”. Ob. Cit. Págs. 405 y 406. **BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos**. “El Derecho al Trabajo en la futura Constitución”. Artículo contenido en Revista Derecho PUCP. N° 56. 2003. Págs. 809 y ss. Los autores coinciden en que el deber del empresario no se agota con el pago de la remuneración, si no que está obligado a proporcionar al trabajador, todos los medios necesarios que permitan materializar la prestación efectiva de servicios.

¹⁹⁴ Vid. **CAS. LAB. N° 3034-2012 LIMA, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema**. 16 de noviembre del 2012. Causa seguida por María Felícita Quintana Anglas contra el Ministerio de Agricultura. La Sala Suprema determinó que la no asignación de labores crea un sentimiento de insatisfacción a nivel laboral que afecta el adecuado equilibrio emocional del trabajador, constituyendo una afectación a la dignidad.

¹⁹⁵ **DE LA TORRE UGARTE LUNA, Carlos A.** Ob. Cit. Pág. 242. En la Resolución del Tribunal del Trabajo de fecha 26.1.88, recaído en el Exp. N° 230-87-S-REP, se establece que “El descanso médico gozando dentro del periodo de prueba no puede reputarse como de trabajo efectivo, pues dicho periodo supone prestación efectiva de servicio, no corriendo el término cuando el contrato está suspendido”. El resaltado es nuestro.

3.2.3. La prestación efectiva de servicios en la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada

Pasamos a revisar ahora, el tratamiento que se le da en la doctrina y jurisprudencia comparada, al concepto realización de las experiencias o deber de experimento (o prestación efectiva de servicios). El catedrático de la Universidad de Roma, **Francesco Santoro-Passarelli** señala que la realización del experimento constituye objeto de obligación y consecuentemente de derecho de cada una de las partes. Precisa que el empresario y el trabajador están respectivamente obligados a consentir y a hacer el experimento que forma objeto del pacto de prueba. Sólo a continuación de este experimento, corresponderá a cada una de las partes el derecho de desistimiento¹⁹⁶. Un criterio similar al anterior, es concebido por **Manual Alonso García** quien afirma categóricamente que “(...) no cabría la resolución del contrato con anterioridad a la iniciación de la prueba, sin haber realizado ésta”. Lo que significa para este autor que:

La realización de la prueba, es decir, la prestación de servicios en que la prueba consiste (...) constituye un derecho del sujeto prestador del trabajo, y una obligación por parte del acreedor o empresario, que habrá de facilitar los medios necesarios para hacer posible la realización de la prueba en cuestión¹⁹⁷.

Por su parte **De Val Tena** señala que con el periodo de prueba lo que se pretende es “el conocimiento recíproco en orden a valorar las aptitudes personales y profesionales de cada uno (empleador y trabajador) para

¹⁹⁶ **SANTORO-PASSARELLI, Francesco**. “Nociones de Derecho del Trabajo”. Estudios de trabajo y previsión. Instituto de Estudios Políticos. 14ava. Edición Italiana (traducida por Fernando Suárez González). Madrid – España. 1963.

¹⁹⁷ **ALONSO GARCÍA, Manuel**. Ob. Cit. Pág. 461.

decidir la subsistencia o no del vínculo tras **la experimentación in situ** de las obligaciones asumidas”¹⁹⁸ – el resaltado es nuestro –.

La autora española **Josefa Romeral Hernández**, señala a su vez que:

*La experimentación de las capacidades y aptitudes del trabajador para el desempeño de la actividad laboral que va a desempeñar, es el elemento esencial de la configuración jurídica de la prueba, por cuanto constituye la razón misma de su existencia. Sobre esta base, en principio, el deber de experimentación es un requisito que surge con la celebración del pacto de prueba y que supondría la obligación del empleador de comprobar las aptitudes del trabajador para el puesto de trabajo asignado, y del que se haría depender la validez del periodo de prueba*¹⁹⁹.

Antonio Martín Valverde señala que “el empleador debe permitir la ocupación del puesto, sin la cual no es posible la verificación de la aptitud y la adaptación para el trabajo contratado, y de otro, el trabajador no podrá alegar la superación del periodo de prueba si no es mediante la prestación efectiva de sus servicios”²⁰⁰. Este autor, profundiza aun más esta exigencia, al señalar que “el empleador no podrá interrumpir la experimentación de la relación de trabajo antes de adquirir elementos de juicio suficientes sobre la idoneidad del trabajador”²⁰¹. Fernández Márquez, Barreiro González y Torollo González, afianzan esta posición, señalando que:

¹⁹⁸ Cfr. **DE VAL TENA, Ángel Luis**. Ob. Cit. Pág. 9.

¹⁹⁹ **ROMERAL HERNANDEZ, Josefa**. “Límite temporal del periodo de prueba tras las reformas laborales”. XXV Jornades catalanes de Dret Social Barcelona 20 y 21 de febrero 2014. Pág. 13. Véase en el sgte. enlace web: [file:///C:/Users/Alex/Downloads/JOSEFA.ROMERAL%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Alex/Downloads/JOSEFA.ROMERAL%20(1).pdf)

²⁰⁰ **MARTÍN VALVERDE, Antonio**. Ob. Cit. Pág. 218

²⁰¹ Cfr. **MARTÍN VALVERDE, Antonio**. Ídem.

*En buena lógica, si el periodo de prueba tiene por objeto la verificación de las cualidades del trabajador, el cese del trabajador durante el transcurso del mismo sólo debería producirse cuando la experimentación hubiera producido resultados negativos: sólo ante la advertencia de la falta de valía del trabajador en el desempeño efectivo de las tareas requeridas podría el empresario prescindir lícitamente del trabajador*²⁰².

Consideramos que, a partir de lo expuesto por estos connotados autores, queda claramente evidenciada sus posiciones respecto a que el conocimiento de la idoneidad del trabajador, se sustenta ineludiblemente en los elementos de juicio que recoge del terreno de la experimentación misma, no de las subjetividades o del comportamiento veleidoso del empleador. Es por ello que, en ésta misma línea de análisis, el autor español **Juan López Gandía**, sentencia que, si el motivo de la extinción del vínculo laboral es totalmente ajeno a la experimentación, ha de entenderse que el móvil es ilegítimo por fraudulento²⁰³. **Alonso Olea y Casas Baamonde** señalan al respecto, que “el objeto del periodo de prueba es, entre otros, la demostración de que el trabajador tiene, en efecto, la aptitud que dice tener, no cabe expirado el periodo, un despido por ineptitud, puesta que ésta pudo y debió ser constatada mediante la “realización de las experiencias” que el ET exige”²⁰⁴.

²⁰² **FERNANDEZ MÁRQUEZ, Oscar**. “El periodo de prueba en el contrato de Trabajo”. Ob. Cit. Pág. 24. El autor, alude a la experimentación en el periodo de prueba, apoyándose en lo señalado por **G. BARREIRO GONZALEZ**. “El periodo de prueba”. Ob. Cit. Pág. 79 y ss y **F.J. TOROLLO GONZALEZ**. “Extinción del contrato en periodo de prueba”. Estudios sobre el Despido. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, Madrid. 1996-. Pág. 347.

²⁰³ **ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, CAMPS RUIZ, Luis Miguel, LÓPEZ GANDÍA, Juan y SALA FRANCO, Tomas**. Ob. Cit. pág. 123

²⁰⁴ **ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia**. Ob. Cit. Pág. 320.

En igual sentido, **Alemán Páez**, considera que el periodo de prueba:

Requiere el desenvolvimiento material del trabajo contratado para que ambas partes extraigan unos elementos de convicción elemental, sin cuya constatación resulta inocuo fundamentar los mecanismos resolutorios que habilita su dispositivo jurídico, de ahí la exigencia de este deber práctico de base instrumental y sentido último funcionalizante²⁰⁵.

Finalmente, otro autor de más reciente data como el español **Fernández Márquez**, refiere que “forma parte de la esencia del periodo de prueba la experimentación y verificación de las cualidades del trabajador, lo que en buena lógica debería traducirse en vincular el cese de los trabajadores afectados al resultado negativo de los ensayos”²⁰⁶.

A nivel jurisprudencial, la **Corte Constitucional de Colombia**, ha asumido un criterio que data desde el año 2004, a partir de una sentencia emitida por el Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño (sentencia T-978), donde se ratifica en la posición sostenida por los autores antes mencionados. Esta Corte Constitucional señala lo siguiente:

*La terminación unilateral del contrato de trabajo durante la vigencia del periodo de prueba por parte del empleador, si bien es una facultad discrecional, no puede ser entendida como una licencia para la arbitrariedad, sino que, en contrario, debe fundarse, de acuerdo con las normas legales que regulan la materia, en **la comprobación cierta de la falta de aptitudes suficientes por parte del trabajador para el***

²⁰⁵ **ALEMÁN PAEZ, Francisco**. “Curso de Derecho del Trabajo I. La Relación Individual del Trabajo”. Editorial TECNOS. Madrid. España. 2011. Pág. 396.

²⁰⁶ **FERNANDEZ MÁRQUEZ, Oscar**. “El periodo de prueba en el contrato de Trabajo”. Ob. Cit. Pág. 22.

desempeño de la labor encomendada²⁰⁷ – el resaltado y cursiva es nuestro -

En nuestro país, se ha emitido una sentencia de reciente data, donde se pone en evidencia el primer atisbo de la posición que empieza a asumir la Corte Suprema, respecto de la prestación efectiva de servicios como finalidad del periodo de prueba. Así podemos verificar que la **Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema**, ha señalado en la Casación Laboral N° 5252-2014 LIMA, que:

*Décimo Segundo: Sobre el particular, se colige que el periodo de prueba tiene por finalidad comprobar si efectivamente el trabajador puede asumir el cargo asignado por el empleador, de acuerdo a sus aptitudes y lineamientos; en consecuencia, la evaluación se realizará entre otros aspectos **sobre la base de los resultados de las tareas encomendadas***²⁰⁸ – la cursiva y resaltado es nuestro -

El Tribunal Constitucional Peruano también ha relevado la importancia de evaluar el desempeño del trabajador, al indicar que “el periodo de prueba es el lapso durante el cual el empleador **evalúa el desempeño del trabajador en un determinado puesto de trabajo**; su duración es de tres meses, a

²⁰⁷ **Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Exp. T-863069.** Acción de Tutela interpuesta por Nhora Yarima Prado Tristancho contra Banco Colpatría Red Multibanca Colpatría S.A. Punto 5 del acápite Consideraciones y Fundamentos. Sentencia T-978. 08 de octubre del 2004. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Consulta: 05 de junio del 2017. Enlace de internet: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-978-04.htm>

²⁰⁸ **CASACIÓN LABORAL N° 5252-2014 LIMA, de fecha 19 de mayo del 2016.** Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Eduardo Guillén Loayza contra la Contraloría General de la República sobre Reposición. Fundamento Décimo Segundo.

cuyo término el trabajador alcanza el derecho a la protección contra el despido arbitrario²⁰⁹. – el resaltado es nuestro -

3.2.4. Un elemento adicional: El tamiz constitucional

Un elemento adicional que nos sirve de apoyo, sería el tamiz constitucional. Para ello, formulamos la siguiente interrogante: Despedir al trabajador en periodo de prueba, sin haberle permitido iniciar la prestación efectiva de sus servicios ¿se condice con el respeto del derecho al trabajo y la dignidad del trabajador? No olvidemos que, conforme a la naturaleza jurídica del periodo de prueba que hemos revisado, el trabajador en prueba, es un trabajador que ya tiene vínculo laboral y ostenta un contrato de trabajo (sea verbal o escrito) en plena vigencia; por lo tanto, cuenta con acceso a todos los derechos que se le reconoce a cualquier trabajador de planta que ya superó dicha etapa.

Esto quiere decir entonces, que el trabajador a prueba goza de todos los derechos y beneficios que le asisten a cualquier trabajador. Todos, menos la protección al despido arbitrario. Pero ¿Cuál de los supuestos de despido arbitrario? ¿el incausado (ad nutum) o el que invoca causa aun cuando no se demuestra? Porque, también se debe tener presente, que en el país rige una nueva tipología del despido establecida por el TC (Exp. 1124-2001 AA/TC, caso telefónica y caso Llanos Huasco) donde el despido arbitrario incausado deviene inconstitucional en cualquier etapa de la relación laboral, habiéndose sancionado así, por ser lesivo al derecho fundamental al trabajo (véase el acápite 1.2 del capítulo III). Por lo tanto, si sostenemos que el despido de un trabajador a prueba se ejecuta sin haberse prestado

²⁰⁹ STC Exp. N° 1057-2002 AA/TC. Marco Antonio Lovera Chauca contra Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins sobre Proceso de Amparo. Fundamento 2.

servicios de manera efectiva²¹⁰, estaríamos ante un despido sin apoyo causal en el periodo de prueba, y - salvo que invoque otro tipo de causa (factible de probanza o no) - podría ser encuadrado dentro de la tipología del despido arbitrario incausado, sancionable con la inconstitucionalidad que establece el TC.

Por otro lado, también debemos tener presente que el derecho al trabajo es un derecho fundamental, (reconocido como tal, por la doctrina autorizada²¹¹, la Corte Suprema de Justicia del país²¹² y el propio Tribunal Constitucional²¹³), y como tal, goza del mismo nivel de protección que la Constitución atribuye a todos los derechos fundamentales²¹⁴. Como lo

²¹⁰ Conducta que tampoco se condice con el principio de interdicción a la arbitrariedad, que prohíbe precisamente el uso arbitrario del poder dentro del Estado y del Derecho (referencia conceptual tomada de Marcial Rubio Correa, en: **RUBIO CORREA, Marcial Antonio. "La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional"**. Fondo Editorial PUCP. 3ra. Edición aumentada. Febrero 2017. Lima Perú. Pág. 164.

²¹¹ Vid. **CASTILLO CORDOVA, Luis. "Derecho al Trabajo y proceso de Amparo"**. Palestra Editores. 1ra. Edición. Lima. Perú. Mayo 2017. Págs. 70 a 74; **BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos "El despido en el derecho laboral peruano"**. Ob. Cit. Pág. 381 y 382; **LANDA ARROYO, César. "Los Derechos Fundamentales"**. Fondo Editorial PUCP. 1ra. Edición. Marzo 2017. Lima Perú. Págs. 147 - 152; **VIDAL SALAZAR, Michael. "Los derechos laborales como fundamentales frente a la globalización y la flexibilización laboral"**. Revista Pensamiento Constitucional. Revista de la Maestría de Derecho Constitucional de la PUCP. AA.VV. Fondo Editorial PUCP. Año XII. N° 12. Abril 2007. Pág. 466 y 467.

²¹² **CAS. LAB. N° 16953-2013 JUNIN, de fecha 12 de Setiembre del 2014**, Leonidas Jesús Chávez Avilés contra MIBANCO sobre Despido Incausado por aplicación incorrecta de la ampliación del periodo de prueba. En el fundamento 4.2, la **Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente**, invoca el artículo 23 de la CPE, precisando que dicho tenor permite deducir el reconocimiento del derecho al trabajo como un derecho fundamental, por tanto, de protección constitucional.

²¹³ **EXP. N° 08261-2013 PA/TC**, la Sala 1 del Tribunal Constitucional, reconoce en el fundamento 7, que si bien: "el trabajo es un derecho fundamental, (...) ello no implica que incluya el derecho a la estabilidad laboral absoluta. En realidad, su contenido debe ser determinado a partir de una revisión conjunta de todos los principios referidos a los derechos fundamentales y al régimen constitucional económico".

²¹⁴ **BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo"**. Fondo Editorial PUCP. 2da. Edición aumentada. Febrero 2016. Lima. Perú. Pág. 79. El autor hace esta afirmación, apoyándose en los alcances de la STC 1124-2001 AA/TC, del 11 de julio del 2001.

precisa Rubio Correa, el Tribunal Constitucional ha establecido jurisprudencialmente que la Constitución contiene un principio tuitivo del trabajo, esto es, que ha adoptado el principio de protección del trabajador dentro de la relación laboral con el empleador. Si bien no se trata de una protección ilimitada (como todo derecho fundamental), sí se trata de considerarlo la parte más débil de la relación y, por lo tanto, de darle una protección especial dentro de los márgenes que la Constitución y las demás normas permiten²¹⁵. Ahora bien, si el periodo de prueba, fue creado para otorgarle al empleador un filtro de idoneidad en la captación del elemento humano de su empresa, esa prerrogativa que se incluye dentro de los parámetros organizativos que concede la libertad de empresa, no puede significar el ejercicio lesivo de cualquier derecho fundamental, pues la constitución, a tenor de su artículo 103 no ampara el abuso del derecho²¹⁶. Por tanto, nos encontramos frente a un poder de dirección que no es omnímodo si no que se sujeta a límites que provienen de su propio contenido funcional, como del hecho de que el trabajador es igualmente titular de derechos fundamentales que deben ser respetados²¹⁷.

Otro aspecto, no menos importante, es que el derecho al trabajo, como derecho fundamental, lleva inmanente el elemento irreductible que caracteriza a todo derecho de tal naturaleza: la dignidad, que se constituye en “el valor jurídico supremo dentro del orden constitucional”²¹⁸, o como lo llama Pérez Luño: “el punto de referencia de todas las facultades que se

²¹⁵ Cfr. RUBIO CORREA, Marcial Antonio. “La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional”. Ob. Cit. Pág. 367.

²¹⁶ Cfr. LANDA ARROYO, César. “Los Derechos Fundamentales”. Ob. Cit. Pág. 131.

²¹⁷ Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo”. Ob. Cit. Pág. 101.

²¹⁸ LANDA ARROYO, César “La dignidad de la persona humana”, citando a Von Much. En cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Nº 7. Julio – Diciembre. México 2002. Pág. 10.

dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona”²¹⁹. Es por tal razón, que se ubica como abanderada del cuerpo normativo constitucional, integrando el tenor del artículo 1, como fin supremo de la sociedad y el Estado, junto a la defensa de la persona humana. De Lama Laura relievra su importancia, señalando que se constituye en “la raíz o generatriz de derechos en tanto que, a partir de ella, todas las disposiciones fundamentales se van desarrollando. Si se le dejara de atribuir a la persona esta consideración, los derechos fundamentales no serían más que meras declaraciones vacías, completamente desprovistas de valor ontológico y vinculante”²²⁰. Es por ello que el Tribunal Constitucional Peruano, pondera la trascendencia de este principio derecho, señalando que:

*La dignidad humana constituye un mínimum invulnerable que debe ser respetado en toda limitación o restricción que se imponga al ejercicio o disfrute de los derechos fundamentales. De ese modo, la dignidad actúa como un límite a los límites y como una frontera insalvable para el legislador, a fin de evitar un estado de indignidad*²²¹.

Además, deja en claro la verdadera finalidad del artículo 23 de la CPE 1993, señalando que:

Lo que se está prohibiendo con el artículo 23 es la cosificación del trabajador o, lo que es lo mismo, su tratamiento como objeto y el desprecio de su condición de ser humano (...). Esta protección especial de la dignidad del

²¹⁹ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. “Derechos Humanos: Estado de Derecho y Constitución”. Editorial TECNOS. Madrid España. 1984. Pág. 97.

²²⁰ Cfr. DE LAMA LAURA, Manuel. “El ius resistentiae frente al deber de obediencia. Una visión sustantiva y procesal”. Tesis de Maestría de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. PUCP. Lima Perú. 2012. Pág. 14.

²²¹ STC Exp. N° 0020-2012 PI/TC. 16 de abril del 204. Demanda de Inconstitucionalidad presentada por 25% de Congresistas de la República contra el primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944 Ley de Reforma Magisterial. Fundamento Jurídico 77.

*trabajador encuentra su justificación en la implicación personal del trabajador en la actividad laboral y en la realización misma de la actividad laboral como un espacio para desarrollar sus proyectos y planes de vida, pero además en la posición de sujeción del trabajador frente al empleador y en la posición propicia de éste frente a aquél, para causar lesiones a la dignidad personal*²²². - cursiva, resaltado y subrayado es nuestro -

Por lo tanto, debe quedar claro que el derecho al trabajo, en tanto derecho fundamental, debe ser respetado por el empleador, en primer lugar, por tener dicha naturaleza y, como tal, la propia Constitución le pone límite a su poder de dirección; pero, además, porque amén de ser un derecho fundamental, lleva consigo de manera consustancial el principio derecho de la dignidad, cuyo respeto cobra una exigencia mucho mayor al tratarse del trabajador como parte débil de la relación laboral. Si esto es así, el sometimiento del trabajador en periodo de prueba, únicamente a las decisiones provenientes del fuero subjetivo del empleador, sin el menor respaldo en una prestación efectiva de funciones que permitan calibrar objetivamente su idoneidad, significaría mellar la autoestima del trabajador como persona con naturales aspiraciones y expectativas, sometiéndolo a un trato indignante y trastocando el derecho del trabajo, como rama del derecho que fue creada precisamente para superar el desequilibrio existente entre ambas partes de la relación de trabajo.

El respeto a la dignidad del trabajador es innegociable en cualquier etapa de la relación laboral, ya que está de por medio intereses superiores que se relacionan con valores fundamentales y permiten la coexistencia de respeto entre los seres humanos. Haber soslayado este aspecto, dándole a una previsión legal como el periodo de prueba, mayor preponderancia que el respeto al valor dignidad y el derecho fundamental al trabajo previstas en el

²²² STC Exp. N° 0020-2012 PI/TC. Fundamento Jurídico 79.

marco constitucional, en aras de coadyuvar a la reclamada libertad de empresa, ha permitido extender cada vez más, esa “zona franca de impunidad” donde el empleador ha caído en la tentación del fraude y el abuso del derecho, llegando incluso a apoyarse en diversos argumentos para respaldar su aparente derecho a despedir con total libertad sin dar cuenta de causa alguna. Definitivamente, dicha conducta empresarial, no se condice con los fines que persigue esta rama del derecho, ni mucho menos con el fundamento del periodo de prueba. Muy por el contrario, lo que hace es trastocarlo, con el aval de nuevas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales²²³ que van apareciendo y fuerzan sus alcances hacia un incomprensible e insustentable objetivo de sobredimensionar el poder de dirección del empleador. Por todo ello, consideramos que la posición que concibe el periodo de prueba, sin el presupuesto de la prestación efectiva de servicios, tampoco supera el tamiz de respeto al marco constitucional.

Finalmente, y en mérito a lo antes expuesto, ratificamos que la prestación efectiva de servicios o llamado también “experimentación sobre el terreno de la relación de trabajo”, se constituye en la finalidad u objeto del periodo de prueba, tal como lo destacan la legislación y doctrina comparada que se ha recogido ampliamente.

3.3 Sobre los aspectos materia de evaluación por parte del empleador y el trabajador

²²³ Una nueva muestra de las incomprensibles interpretaciones forzadas, la encontramos en la sentencia del Tribunal Constitucional Español quien justifica la facultad extintiva del empresario durante el periodo de prueba, apoyándose en que se encontraría legitimado a usar “determinadas facultades de extinción del contrato de trabajo integradas en sus poderes de gestión de la empresa”. Con ello verificar la idoneidad del trabajador como finalidad del periodo de prueba es reemplazado por el objetivo de verificar si el puesto de trabajo le resulta o no rentable, cambiándose prueba de idoneidad por prueba de rentabilidad o utilidad económica del puesto. Cfr. **Sentencia del Tribunal Constitucional de España 119/2014, de 16 de julio del 2014**. Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra la Ley 3/2012, de 6 de julio del 2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Consulta: 9 de junio del 2017. <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24058> (Tribunal Constitucional de España. Buscador de Jurisprudencia Constitucional). Véase el fundamento 3.c) del voto ganador.

Cerramos este ámbito de nuestro estudio, recogiendo algunos elementos que serán materia de evaluación tanto por el empleador como por el trabajador. En esta búsqueda, encontramos a autores como Alonso Olea y Casas Baamonde, quienes proponen que los aspectos que podrá constatar el empleador respecto del trabajador serán, entre otros, los siguientes:

- Motivación para el trabajo
- Un mínimo de aptitud
- Capacidad de ajustarse a reglas
- Capacidad de obtener un rendimiento con ciertos niveles mínimos de cantidad y calidad.
- Apariencia personal adecuada según costumbre
- Relación apropiada con los superiores y compañeros de trabajo
- Capacidad de concentración y aislamiento en el trabajo²²⁴

A su vez, aun cuando debemos ratificar nuestra posición respecto de la carencia de utilidad²²⁵ y aplicación práctica, los aspectos que podrá constatar el trabajador respecto del empleador serán, entre otros:

- Los beneficios que obtendrá de consolidar la relación laboral con la entidad
- Si el ambiente laboral es el adecuado para él y si se le va a permitir desarrollarse profesional, personal y socialmente con sus compañeros de trabajo

²²⁴ ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. Ob. Cit. Pág. 321.

²²⁵ CORTEZ CARCELÉN, Juan Carlos. Ibídem. El autor señala que, si bien la evaluación es de ambas partes, en los hechos, dado que el empleo es un bien escaso, la evaluación recaerá principalmente sobre el trabajador.

- Si la remuneración ofrecida justifica las labores que deberá realizar y el tiempo de trabajo que deberá dedicarles
- La posibilidad de realizar más de una labor para más de un empleador²²⁶

Por su parte, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, en la acotada Casación Laboral N° 5252-2014 LIMA, apoyándose en la propuesta que realiza Rodríguez Piñero, señala que una adecuada evaluación debe tener en cuenta lo siguiente²²⁷:

- i) La capacidad del trabajador para los cambios tecnológicos
- ii) Las posibilidades de desarrollo profesional
- iii) El grado de iniciativa para resolver situaciones imprevistas, y
- iv) Las relaciones con el resto del personal o con sus clientes que faciliten unas relaciones cordiales entre los mismos, etc.

A partir de los elementos de medición propuestos, debemos ratificar que la demostración de la aptitud o idoneidad como objeto del periodo de prueba, va ligado directamente con la realización de las actividades, compromisos o experiencias que permitirán constatarla. Discrepamos con los autores que señalan que el hecho de que “durante la prueba no solo se valoren aspectos profesionales sino también aquellos que entran en la esfera personal (...) ha sido uno de los argumentos judiciales para establecer que

²²⁶ VASQUEZ CHUQUIPIONDO, Giovanna del Carmen. Ob. Cit. Pág. 69.

²²⁷ CASACIÓN LABORAL N° 5252-2014 LIMA, de fecha 19 de Mayo del 2016. Fundamentos Décimo Primero.

no existe obligación de acometer el experimento”²²⁸. A la luz de lo analizado, aceptar esta tesis sería, en primer lugar, desconocer la propia esencia y finalidad del periodo de prueba; y segundo, porque los únicos aspectos personales que pueden ser incluidos como factor de evaluación, son únicamente aquellos relacionados con el desempeño del trabajo, los cuales son objetivamente evaluables al verse contrastados en el desempeño mismo de las labores. Así por ejemplo, si hablamos de motivación, no aludimos al estado de ánimo que muestra en su vida personal o familiar sino a la motivación para con su trabajo y ello es factible de corroborar a partir del interés que muestra al momento de desplegar sus esfuerzos en el trabajo encomendado. Ciertamente es, que este elemento no es susceptible de una medición por niveles o grados; pero también lo es, que difícilmente pase desapercibido ante los ojos de un jefe inmediato mínimamente acucioso y diligente, que advierta el desánimo o la falta de disposición que muestra un subordinado. Esta situación, recogida en el informe respectivo, con la descripción de los detalles del comportamiento, bien puede servir como prueba objetiva de medición. Si esto es factible con dicho elemento, mas lo será todavía con elementos como mínima aptitud, capacidad de ajustarse a la reglas, rendimiento en ciertos niveles, apariencia personal o relación con los superiores, con el personal o los clientes, que son elementos que pueden ser advertidos con más claridad y permitirán al evaluador calibrar objetivamente la idoneidad del trabajador a prueba.

²²⁸ ASQUERINO LAMPARERO, María José. Ob. Cit. 225.

CAPÍTULO III

LOS LÍMITES EN LA APLICACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA

SUB CAPÍTULO III.1

LÍMITE GENERAL EN LA APLICACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA

1. La causalización del despido en el periodo de prueba

Un amplio sector de la doctrina laboral, tanto nacional como extranjera, siempre ha asumido que el periodo de prueba constituye ese lapso inicial de la relación laboral, caracterizado por una libérrima actuación del empleador, donde puede despedir al trabajador en prueba, sin necesidad de causalizar dicha medida, salvo los casos excepcionales de discriminación y trasgresión a los derechos fundamentales del trabajador. Al ser esto así, pasaremos a revisar algunos fundamentos recogidos de la doctrina autorizada, el ámbito constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano, que enervan esta posición tan arraigada. Veamos.

1.1. Posición doctrinaria sobre la causalización del despido en el periodo de prueba

La cuestión que se plantea en este punto es si este despido durante el periodo de prueba es o no un despido causal, esto es “*si ha de estar fundado en un motivo suficiente o si basta para su justificación la sola voluntad (nutus arbitrarium merum) del empleador*”²²⁹. Sobre el particular, Martín Valverde refiere que la solución a esta interrogante hace necesario tomar en cuenta la interpretación sistemática, que permita avizorar la compatibilidad o incompatibilidad de un despido per arbitrarium merum durante el periodo de prueba con el marco general de la regulación del contrato de trabajo. Si ello

²²⁹ Cfr. MARTÍN VALVERDE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 275.

no es concluyente será necesario, una labor interpretativa según el criterio del fundamento y las funciones del periodo de prueba²³⁰. Y en ese objetivo, el autor se apoya en dos datos de interpretación sistemática favorable: el reconocimiento del deber de experimento y la normativa sobre la igualdad de trato que se recoge en la OIT (que, para el caso peruano, sería el referido al Convenio N° 111) sobre discriminación (empleo y ocupación)²³¹.

Adentrándose en este análisis, Martín Valverde, señala que: “Si se obliga al empleador a efectuar las experiencias objeto de la prueba, no parece muy coherente consentirle una valoración incontrolable de las mismas. De manera similar, tampoco resultaría efectiva la protección antidiscriminatoria en el momento del ingreso en la empresa, si se deja abierta la brecha del despido per arbitrium merum a lo largo de la fase probatoria”²³². A partir de ello, lo que hace es cuestionar la doctrina que defiende un despido sin causa en el periodo de prueba (despido per arbitrium merum), rebatiendo los dos argumentos en que se respalda dicha posición. El primer argumento, refiere que el despido sin causa en el periodo de prueba, se sustenta en la naturaleza fiduciaria (del latín fiduciarius, basado en la confianza entre las partes²³³) del contrato de trabajo; y segundo, en la supuesta imposibilidad de sustituir al empleador en la valoración de la aptitud y la adaptación de los trabajadores de nuevo ingreso. El primero lo cuestiona porque, el contrato de trabajo **no es un contrato fiduciario** y la confianza recíproca no es una exigencia del funcionamiento de la relación de trabajo, sino un planteamiento normativo o una tesis doctrinal. A ello acotaríamos que si se pudiera dar validez al factor confianza, sería

²³⁰ Cfr. MARTÍN VALVERDE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 276.

²³¹ Cfr. GALLEGO MOYA, Fermín. Ob. Cit. pág. 370. Este autor comparte y ratifica este mismo criterio expuesto por Martín Valverde.

²³² Cfr. MARTÍN VALVERDE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 276 y 277.

²³³ Diccionario de la Real Academia Española. Enlace web: <http://dle.rae.es/?id=HrkYcl4>

únicamente, si se sustenta en un elemento objetivo de verificación y validación de las aptitudes, no en uno que nace netamente del ámbito subjetivo; y el segundo argumento que rebate Martín Valverde, lo sustenta en que el control del juicio del empleador sobre la aptitud y la adaptación del trabajador de nuevo ingreso es técnicamente viable, habida cuenta de la **mensurabilidad** de las cualidades y aptitudes profesionales²³⁴. Pero, además, este autor²³⁵, cuestiona la interpretación particular de la doctrina jurisdiccional señalando que el elemento fiduciario de los contratos de trabajo que pretendía justificar la descausalización del periodo de prueba, nunca fue incluido como parte de las argumentaciones jurisdiccionales. Es por ello que descarta la presencia de este elemento, concluyendo en su análisis, la inclusión de elementos de sesgo político que prefieren “salvaguardar a ultranza la prerrogativa empresarial de seleccionar, desde todos los puntos de vista, los trabajadores de la plantilla, aun a costa de transigir con las prácticas abusivas del periodo de prueba”. Recalca además que “la orientación “pro empresario” de la doctrina jurisdiccional sobre el periodo de prueba ha estado condicionada por una serie de factores sociales y culturales a los que no era fácil sustraerse”. Todo ello aunado a la coincidencia de un movimiento obrero más abocado a otros puntos reivindicativos, descuidando este aspecto y el avance de:

Los medios patronales que han conseguido destilar sabiamente una doctrina sobre el periodo de prueba en la que éste aparece como una necesidad “técnica” para la buena marcha de la producción, de larga tradición histórica, y que sólo puede funcionar adecuadamente si se permite al

²³⁴ Cfr. MARTIN VALVERDE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 279 (Véase el punto 41 de su obra).

²³⁵ Cfr. MARTIN VALVERDE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 300 a 303.

*empleador ser el único juez de sus intereses durante el mismo*²³⁶.

Esta posición esgrimida por Martín Valverde, nos entrega entonces, dos argumentos esenciales que desbaratan la posición contraria a la causalidad. **Primero: Reivindica la importancia que siempre debió tener la realización de las experiencias**, ya que constituye el objeto o finalidad del periodo de prueba, frente a lo cual, deviene en un total contrasentido, exigir normativamente la realización de las experiencias (o prestación efectiva de servicios), para finalmente dejar librado a la “mera subjetividad” el destino de la evaluación del trabajador. Este criterio, que defienden autores como Ballester Pastor²³⁷ o Cruz Villalón²³⁸, apoyado en las disímiles posiciones de la jurisprudencia, es el que ha permitido abrirle espacio al abuso y el fraude, ya que, frente a dicho margen de permisión, el empleador puede sin problema alguno dejar que el supuesto evaluado cumpla todo el periodo legal permitido y luego, alegar “convenientemente” - aun cuando no fuese cierto - que el trabajador “no superó las expectativas”. **Segundo, Reafirma** el criterio que expusieramos en líneas precedentes, respecto a **que los elementos de medición en el ámbito personal son aquellos que están directamente relacionados con el desempeño mismo del trabajo**, y por lo tanto son plenamente mensurables (léase pasibles de ser medidos).

²³⁶ MARTIN VALVERDE, Antonio. Ob. Cit. Ibídem.

²³⁷ BALLESTER PASTOR, María Amparo. Ob. Cit. Pág. 49.

²³⁸ ASQUERINO LAMPARERO, María José. Ob. Cit. Pág. 226. La autora cita a CRUZ VILLALÓN, J. en su obra “Problemas prácticos del periodo de prueba”. Revista Política Social. Núm. 148. España. Octubre 1985. Pág. 202. Debemos resaltar sin embargo, que este autor, en su obra del año 2009 “Compendio del Derecho del Trabajo”, obra ya citada en este trabajo, en la pág. 130, al abordar este tema de la realización de las prácticas que constituyen el objeto del periodo de prueba, ya no incorpora este comentario.

Por todo ello, Martín Valverde concluye en la tesis de la causalidad del despido por ser la más satisfactoria y porque además, le pone coto a las frecuentes utilizaciones desviadas del instituto²³⁹, las cuales, según precisa el autor, están referidas a las arbitrariedades patronales en los despidos de trabajadores a prueba, lo cual ha llevado a sistemas jurídicos como Italia y Francia a determinar que el despido insatisfactorio de la prueba es un despido causal, acudiendo incluso en el caso francés, a adoptar instrumentos típicos como el abuso del derecho y el fraude a la ley²⁴⁰. En esta línea de análisis, y atendiendo al fundamento jurídico y las funciones manifiestas del periodo de prueba, la causa específica del despido durante este periodo, no puede ser otra que la falta de aptitud y/o adaptación del trabajador al trabajo contratado. Esta falta de aptitud o adaptación puede consistir, acota el autor, en una realización defectuosa de la prestación de trabajo o en una disminución cuantitativa del rendimiento promedio de otros trabajadores de idéntica o equivalente calificación en la misma situación de prueba²⁴¹.

1.2. La nueva tipología de despido que esgrime el TC: Otro elemento que abona a favor de la causalización del periodo de prueba

Además de la posición doctrinaria recogida precedentemente, que abona con suficiencia respecto a la posición de causalizar el periodo de prueba, creemos que la realidad de nuestro país, nos entrega otro elemento a tomar en cuenta: La tipología del despido que nace de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

²³⁹ Cfr. MARTIN VALVERDE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 279 y 280.

²⁴⁰ MARTIN VALVERDE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 280 y 281.

²⁴¹ MARTIN VALVERDE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 282.

Comencemos por recordar que el artículo 10 del Decreto Supremo N° 003-97 TR, establece, en efecto, que el derecho que otorga la superación del periodo de prueba, es la protección contra el despido arbitrario. Esto quiere decir, a partir de una interpretación de dicho precepto normativo, que el vínculo laboral durante el periodo de prueba, se extingue como consecuencia de un despido.

Además, de la norma invocada, se advierte, que regiría una suerte de desprotección contra el despido arbitrario durante el periodo de prueba. El único supuesto en el que se podría aceptar una excepción a dicha desprotección, sería incurrir en un despido discriminatorio o vulneratorio de derechos fundamentales. En buena cuenta, ese supuesto de excepción que rompe con la “hegemonía arbitraria” del empleador durante el periodo de prueba, sería el despido nulo recogido en el artículo 29 de la LPCL, donde el empleador si estará obligado a justificar y desvirtuar que el despido no se produjo bajo dichos supuestos.

A partir de ello, es importante recordar que el despido arbitrario alcanza tal nominación en dos supuestos claramente establecidos: bien por no haberse expresado causa alguna o por no haber logrado acreditarla judicialmente²⁴². Sin embargo, tal como se recuerda, el propio TC a través de su sentencia recaída en el Exp. N° 1124-2001 AA/TC (llamado también Caso Telefónica), le reconoció un mayor grado de lesividad a aquel despido arbitrario sin expresión de causa alguna, recogido en el segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL, elevando al nivel de inconstitucional dicha forma de extinción y reclamando su afectación de nulidad. Esto quiere decir que, en nuestro país, el organismo jurisdiccional habría distinguido entre el despido meramente arbitrario (en el que no se comprueba la causa alegada) y el radicalmente arbitrario (en el que ni siquiera se invoca), confiriéndole a éste,

²⁴² Artículo 34, segundo párrafo del Decreto Supremo N° 003-97 TR.

los efectos del despido nulo de nuestra Ley de Productividad y Competitividad Laboral²⁴³.

En esta línea de análisis, podemos determinar entonces, que si al despido arbitrario sin expresión de causa (signado como despido incausado por el TC), se le imprimió un grado mayor de lesividad que el despido meramente arbitrario, insertándolo en el ámbito de los despidos inconstitucionales afectados de nulidad, tanto mayor será para el despido fraudulento, es decir, aquel despido también sin causa, pero en el que se simula la existencia de la misma, para evitar justamente su análisis en la vía del amparo²⁴⁴. Por lo tanto, se ubicará con mayor razón en el ámbito de los despidos inconstitucionales que reclaman una sanción de nulidad, ya que se trata de despidos superlativamente más gravosos que un despido sin expresión de causa²⁴⁵.

En tal sentido, si este es el escenario actual para el despido arbitrario, consideramos que los alcances del artículo 10 de la LPCL también deben ser interpretados acorde con la nueva corriente jurisprudencial del TC ya que este periodo de evaluación también forma parte de la relación de trabajo (en su fase inicial) y no puede quedar exenta de dicha afectación inconstitucional. Entonces, si la medida extintiva que acontece dentro del periodo de prueba constituye despido, dicha medida (como despido que es) también debe ser causalizado, de lo contrario, contravendría los alcances de la nueva tipología de despido establecida en el país.

²⁴³ **NEVES MUJICA, Javier.** “Sentencia del Tribunal Constitucional: Caso Telefónica”. Artículo contenido en la Revista Análisis Laboral. AA.VV. Lima. Perú. Octubre. 2002. Pág. 14.

²⁴⁴ Cfr. **VINATEA RECOBA, Luis.** “Las formas de tutela procesal del despido a partir de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”. AA.VV. En: “Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica”. Editora GRIJLEY. 1ra. Edición. Lima. Perú. 2009. Pág. 543.

²⁴⁵ Cfr. **VINATEA RECOBA, Luis.** Ob. Cit. Pág. 550. Para mayor precisión, véase el pie de página 25.

Pero, además, si esta tipología de despido (incausado y fraudulento), ha pasado a constituirse en despidos de mayor lesividad, adscribiéndose a los alcances de un despido nulo, lo que debe corresponder también, es que, frente a su eventual comisión durante el periodo de prueba, se les confiera la misma facultad restrictiva que impone el despido nulo al accionar del empleador. Esto quiere decir, que al igual como acontece frente al despido discriminatorio o vulnerador de derechos fundamentales, frente a un despido incausado o fraudulento: el empleador también deberá tener el imperativo de exponer la causa que motivó la salida del trabajador durante el periodo de prueba. Ello nos lleva finalmente, a reforzar la tesis de la causalidad del despido en el periodo de prueba, que ya la doctrina autorizada la ha sustentado con amplia solvencia.

1.3. El nuevo escenario del despido en el periodo de prueba: La evaluación como regla

1.3.1. El escenario actual del periodo de prueba

Llegados a este estadio, y luego de revisada la diversa doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, podemos determinar que, en la actualidad, se asume de forma pacífica, que el periodo de prueba es la etapa inicial de la relación laboral, de especial inestabilidad²⁴⁶, destinada a la evaluación de la idoneidad del trabajador (aptitud para el puesto asignado más cualidades personales relacionadas con el desempeño en el referido

²⁴⁶ Vide **CABANELLAS, Guillermo**. *Ibídem*. Recordemos que el autor, lo define como una fase preliminar, de **especial inestabilidad** e índole experimental; **CALDERA, Rafael**. *Ibídem*. El autor señala que se trata de un periodo limitado de experimentación durante el cual las partes tienen tiempo para conocerse y ver **si les conviene consolidar el contrato** en forma definitiva; **BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos**. *Ibídem*. El autor nacional, destaca igualmente que el periodo de prueba hace posible que ambas partes se conozcan mutuamente y, sobre todo, valoren las condiciones generales – personales, profesionales y las propias del medio en que debe realizar el servicio – antes de otorgar a dicha relación, **un grado mayor de permanencia y seguridad**.

puesto de trabajo)²⁴⁷. Sin embargo, y de manera contradictoria, a pesar que se acepta que estamos frente a una etapa de evaluación para elegir al elemento mas idóneo, se asume casi mayoritariamente, que durante el periodo de prueba se puede despedir al trabajador incluso sin evaluación y sin brindar razón alguna de dicha decisión. El artículo 10 de la LPCL, es entendido como la licencia para despedir a diestra y siniestra en nombre de un mal entendido periodo de prueba. Se despide apenas al ingresar, se despide el primer día de labores sin haber ejercido labor alguna, se despide el último día del plazo de prueba sin haberse realizado evaluación alguna y, se utiliza este periodo como mecanismo de presión, para sobre exigir al temeroso evaluado, un rendimiento mayor y diferente a los demás, que pasa incluso por quedarse más horas de forma “voluntaria”.

A partir de ello, lo que pretendemos es rescatar la esencia del periodo de prueba, retornando a los orígenes de esta institución que se fundamenta jurídicamente en la necesidad del empleador de conocer adecuadamente la idoneidad del trabajador. Reivindicar su aparición como aquel filtro necesario que reclamó el empleador, como parte de una etapa de evaluación en la fase inicial de la relación laboral, antes de sumarlo como trabajador de planta con vocación de permanencia.

Hemos determinado también que la alusión a la idoneidad, implica abarcar un ámbito mayor a la aptitud o la adaptación al puesto, llegando a cubrir el aspecto personal, pero siempre que tenga incidencia en el desarrollo de la relación laboral²⁴⁸. Y en lo que corresponde a la finalidad de esta institución, encontramos que es el correlato de su fundamento jurídico, precisando que

²⁴⁷ Vide Capítulo I, acápite 1 definición del periodo de prueba, específicamente la conclusión arribada en el último párrafo (Págs. 8 y 9).

²⁴⁸ Vide Capítulo II acápite 2.3 relacionado con el fundamento o razón de ser del periodo de prueba (Págs. 66 a 71).

aquella, implica la constatación de esa idoneidad en el campo mismo de la relación de trabajo²⁴⁹.

Entonces ¿en qué aspecto del periodo de prueba, se empiezan a bifurcar los criterios? Cuando se aborda el tema de la causalización del despido en el periodo de prueba. El criterio que asume un amplio sector de la doctrina es que la medida extintiva en el periodo de prueba es libre y descausalizado, salvo cuando se incurre en causal de vulneración de los derechos fundamentales o actos de discriminación. Cuando se incurre en estos dos supuestos de grave afectación a los derechos constitucionales del trabajador, el empleador pierde esa facultad libérrima y se ve obligado a desvirtuar el supuesto acto vulnerador que se le atribuye, debiendo señalar la causa que motivó la salida del trabajador en este periodo evaluativo. Hasta aquí, tenemos, en síntesis, el escenario actual que rige en materia de periodo de prueba. Un escenario que tiene como común denominador: la ausencia de una real y efectiva evaluación de la capacidad y adaptación al puesto de trabajo.

1.3.2. Los nuevos aspectos que allanan el camino de un nuevo escenario del despido en el periodo de prueba

Sobre la base del escenario descrito, pasamos a exponer una serie de aspectos que respaldan nuestra posición acerca de repensar la situación actual del periodo de prueba (particularmente en el aspecto de la causalización del despido durante dicho periodo). Veamos.

El primer aspecto que respalda esta iniciativa, lo encontramos en la autorizada doctrina extranjera²⁵⁰, que establece que la medida extintiva que

²⁴⁹ Vide Capítulo II acápite 3.1 relacionado con la finalidad del periodo de prueba (Págs. 70 a 72).

²⁵⁰ Vide el acápite 1.1 del subcapítulo III.1 del capítulo III (págs. 86 a 90). Se recoge la posición de MARTÍN VALVERDE, Antonio, sobre el despido causalizado en el periodo de prueba.

ocurre en el periodo es un despido causalizado. Ahora bien, lo que es necesario precisar, es que cuando se alude al despido ocurrido durante el periodo de prueba, no se está haciendo referencia a aquel despido que se produce luego de superada la etapa evaluativa (al cual llamaremos despido ordinario). No se está aludiendo a ese tipo de despido que se encuadra dentro de la acepción restringida que, según Plá Rodríguez, obedece a “sólo la resolución del contrato por voluntad unilateral del empleador debido a la falta grave imputable al trabajador”²⁵¹. No. A lo que se alude en este caso, es al tipo de despido que se encuadra dentro de la acepción amplia de despido referido a “toda forma de terminación imputable al empleador”²⁵². Esa es la razón, además, por la cual Martín Valverde, encuadra a este tipo de despido en el periodo de prueba, dentro de un género más amplio llamado “facultad de desistimiento del empleador”, el cual se origina por la decisión del empleador de extinguir el vínculo laboral, al comprobar que el trabajador no cubre las expectativas que se había cifrado respecto de la idoneidad del evaluado. Hablamos entonces de un despido extraordinario, con características distintas (un despido que se origina en la evaluación negativa del trabajador, y al ser así, debe continuar erigiéndose como la etapa de inestabilidad que lo caracteriza, sin la exigencia del procedimiento de despido que corresponde a la etapa ordinaria) al ordinario que se produce luego de superado el periodo de prueba.

En cuanto a la doctrina nacional, coincidimos parcialmente con aquella posición, que señala que en el periodo de prueba no existe un despido *ad nutum*, sino que el resultado negativo de las capacidades del trabajador, es

²⁵¹ **BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos.** Ob. Cit. Pág. 49. El autor cita a PLA RODRÍGUEZ, Américo. “La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador y la seguridad de los ingresos de los trabajadores afectados. Informe General presentado al X Congreso Internacional de Derecho del Trabajo”. En Actualidad Laboral. Pág. 101.

²⁵² **BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos.** Ibídem. El autor cita a PLA RODRÍGUEZ, Américo. Ob. Cit. Pág. 101.

el que actúa como causa legal del despido durante este plazo²⁵³. En lo que no podemos coincidir es que, a partir de dicha premisa, se pretenda entender que opera una especie de “presunción implícita”, según la cual toda extinción producida durante el periodo de prueba obedecería a una causa legítima, como es la constatación de la ineptitud técnica del trabajador²⁵⁴. Asumir una presunción de esta naturaleza no tiene correlato con la realidad, ya que un mínimo contraste con hechos concretos nos permitiría advertir que existen diversos casos reales, donde lo último que se le aplicó al trabajador, fue una evaluación de sus capacidades, siendo despedido por diversas razones que pueden pasar por una mera antipatía con el evaluado (subjetivo) o la búsqueda de aprovechamiento o ventaja ya premeditada. Y en un escenario como ese, brindarle al trasgresor una presunción a su favor (acentuando aun más el desequilibrio entre las partes), no hace más que alentar y afianzar las irregularidades ya señaladas. Otro mínimo esbozo en el ámbito nacional, lo encontramos en la opinión de Toyama Miyagusuku quien al comentar un emblemático caso comentó que: “Existe daño si el empleador no explica el motivo del cese al trabajador, en periodo de prueba, si le incentivó a renunciar a otra empresa”. Además, según el autor, “se debe considerar lo difícil que puede ser la recolocación del trabajador para otro empleo, pues al desconocer los motivos del cese, alegando un periodo de prueba, puede dañar la imagen del trabajador y truncar así su proyecto de desarrollo profesional”²⁵⁵. En este caso puntual, advertimos que el autor en mención, acepta para el caso

²⁵³ Cfr. **APARICIO ALDANA, Rebeca Karina**. “Una revisión del concepto de periodo de prueba frente a la nueva doctrina del Tribunal Constitucional”. Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLIX (2016) 137-162 / ISSN: 1133-3677. Pág. 149.

²⁵⁴ Cfr. **BALLESTER PASTOR, María Amparo**. Ob. Cit. Pág. 56; **RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel**. Ob. Cit. Págs. 477 a 478.

²⁵⁵ **Diario Gestión. Edición del Miércoles 07 de Octubre del 2015**. Sección Economía. Pág. 10. El autor comenta la **Casación Laboral N° 7095-2014 LIMA**, donde el trabajador fue incentivado a renunciar a otra empresa y luego despedido en su nueva empleador por no haber superado el periodo de prueba.

en concreto, la necesidad explicar el motivo del cese ocurrido durante el periodo de prueba, debido a que fue incentivado a renunciar de otra empresa, con lo cual se le daña su imagen de trabajador y su proyecto de desarrollo profesional. Lo que rescatamos de esta opinión, es que aun cuando se aluda al daño a la imagen y a la proyección profesional, reconoce también que, en un caso particular como este, durante el periodo de prueba es factible producir un daño, al no señalarse los motivos del cese.

Un segundo aspecto, que abona a favor de nuestra posición, lo encontramos en la nueva tipología de despido establecida por el TC. Conforme lo hemos señalado precedentemente²⁵⁶, en la actualidad, un despido sin sustentarse en causa alguna (ad nutum), ingresaría al ámbito del tipo de despido establecido por el TC como despido incausado. Lo que se debe tener presente entonces, es que la referida sentencia del TC (caso Telefónica), ha venido a restablecer el principio de causalidad, en virtud del cual, aquel que se produzca sin invocación de un motivo previsto por la ley ha considerarse contrario al derecho al trabajo y, por ello mismo, viciado de inconstitucionalidad²⁵⁷. El máximo intérprete de la Constitución declaró la prevalencia de la causalidad en el despido, buscando su aplicación efectiva a lo largo de todo el contrato de trabajo, lo cual incluye también, el periodo inicial del mismo destinado al periodo de prueba. Ello, guarda coherencia con el grado de lesividad constitucional que le ha venido a imprimir al despido nutum, al punto que devendría contradictorio si se pretendiese relativizar dicha gravedad por el hecho de cometerse durante dicho periodo de evaluación. A partir de esta nueva tipología creada por el TC, nos encontramos entonces, frente a un despido que va a contar con el mismo

²⁵⁶ Véase punto 1.2 de este sub capítulo III.1 , Capítulo III (Págs. 96 a 99).

²⁵⁷ Cfr. **BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “El Derecho al Trabajo y el Despido Arbitrario. A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional”**. AA.VV. Artículo contenido en IUS et VERITAS N° 25. Lima. Perú. Noviembre. 2002. Pág. 279.

efecto gravoso del despido nulo: la pérdida por parte del empleador de esa “omnipotencia extintiva” que siempre se le asignó durante el periodo de prueba. Si aceptáramos la posibilidad de despedir sin causa alguna, atentaría directamente contra el derecho al trabajo, siendo, además, contrario al principio de causalidad²⁵⁸. Si lo que se pretende es avanzar en la dirección señalada por el TC Peruano, que antepone en el país, la causalización al despido nutum, “la simple voluntad resolutoria del empleador no basta para dar lugar al despido. Para que éste exista, es necesario que la misma se encuentre fundamentada en la presencia efectiva de una circunstancia obstativa de la continuidad del vínculo, que sea estimada por el ordenamiento como idónea para ponerle fin”²⁵⁹. Esa circunstancia obstativa idealmente válida para el tema que nos ocupa, deberá ser la falta de idoneidad del trabajador en prueba.

Un tercer aspecto, lo encontramos en los primeros atisbos que muestra la jurisprudencia nacional, al determinar que el despido en el periodo de prueba, debe ser el resultado de una evaluación negativa de la idoneidad del trabajador. La Corte Suprema establece que:

La finalidad del periodo de prueba consiste en probar las cualidades del trabajador, resultando lógico concluir que la resolución del contrato, durante dicho periodo, solo debería operar en el supuesto de que tales cualidades no se ajusten a las exigencias que el empleador tiene establecidas para el puesto o que las pruebas propuestas

²⁵⁸ Cfr. VIDAL SALAZAR, Michael. “Libertad Sindical, derecho al trabajo y estabilidad laboral en los últimos días. Acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional”. AA.VV. Artículo contenido en la Revista Derecho y Sociedad. N°. 19. Lima. Perú. Diciembre 2002. Pág. 223.

²⁵⁹ SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. “El derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución Peruana, en Trabajo y Constitución. Cultural Cuzco Editores. Lima Perú. 1989. Pág. 123.

*por la empresa no hayan sido superadas por el trabajador*²⁶⁰.

– cursiva y resaltado es nuestro -

Reafirmando dicho criterio, un fallo posterior señaló que:

*El periodo de prueba tiene por finalidad comprobar si efectivamente el trabajador puede asumir el cargo asignado por el empleador, de acuerdo a sus aptitudes y lineamientos; en consecuencia, **la evaluación se realizará sobre la base los resultados de las tareas encomendadas***²⁶¹. – cursiva y resaltado es nuestro -

Por su parte, el Tribunal Constitucional fundamenta la validez del despido en periodo de prueba, entre otros argumentos, debido a que “no habiéndose cumplido con las expectativas, la parte demandada decidió finalizar la relación laboral con la demandante”²⁶². Posición tibia, plasmada en la frase “no cumplimiento de las expectativas” pero que muestra un atisbo de reconocimiento a la naturaleza evaluativa del periodo de prueba.

Un cuarto aspecto, lo ubicamos en el plano mismo de la realidad. Ese aspecto lo constituye la evaluación que actualmente vienen realizando diversas entidades durante el periodo de prueba, a sus trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Estas evaluaciones son realizadas de manera regular y previsoras, y no necesariamente, frente a la acusación de trato discriminatorio o vulnerador de derechos fundamentales. Algunos de esos casos lo encontramos en la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, el Hospital Edgardo Rebagliati Martíns, la Contraloría General de

²⁶⁰ **CASACIÓN LABORAL N° 7095-2014 LIMA, del 17 de junio del 2015.** Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema. (fundamento décimo segundo).

²⁶¹ **CASACIÓN LABORAL N° 5252-2014 LIMA, del 19 de mayo del 2016.** Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema. (fundamento décimo segundo).

²⁶² **STC EXP. N° 02982-2012 AA/TC, del 24 de mayo del 2013.** (fundamento 3.3.2).

la República y el Ministerio Público. **En el caso de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur**²⁶³, luego de cubrir por concurso público diversas plazas vacantes del régimen laboral de la actividad privada, la jefatura de personal entrega cada fin de mes (de los tres que comprende el periodo de prueba), un sobre lacrado a los jefes inmediatos superiores (jueces o jefes administrativos) conteniendo un formato con diversos factores relacionados con la aptitud profesional y la adaptación del servidor (conocimiento del trabajo, calidad del trabajo, manejo de máquinas y equipos, trato al usuario) cualidades personales relacionadas con el puesto (trabajo en equipo, identificación con los objetivos de la institución, confidencialidad, iniciativa y creatividad) y el aspecto disciplinario (asistencia y puntualidad, sanciones). El jefe inmediato debe marcar dichos ítems, a través de una evaluación que va en orden gradual desde no satisface ninguna expectativa, satisface mínimamente las expectativas, aceptable de acuerdo a las expectativas y supera las expectativas, los cuales merecen una puntuación respectiva y determina la calificación final del evaluado. Consigna además otro acápite donde se le permite un margen para evaluar objetivamente si tiene potencial de crecimiento y puede mejorar, con lo cual, el jefe inmediato puede opinar por la renovación del contrato. Estos resultados son canalizados a través de la administración y jefatura de personal quienes determinan la no renovación del contrato, luego de los tres meses de prueba²⁶⁴. **En el caso del Hospital Edgardo Rebagliati Martíns**, a través del área de la Procuraduría Pública de ESSALUD sale a juicio, en el proceso laboral entablado por un profesional médico que fue contratado a plazo indeterminado, con un periodo de prueba de tres meses. La

²⁶³ **Hoja de Evaluación de Desempeño Laboral año 2017 – Corte Superior de Lima Sur.** Área de Administración de Personal.

²⁶⁴ **Corte Superior de Justicia de Lima Sur.** Presidencia del Dr. Pedro Cartolín Pastor periodo 2012-2013. Evaluación aplicada a los servidores jurisdiccionales ingresantes por concurso público para cubrir diversos puestos jurisdiccionales y administrativos, bajo contratación del régimen laboral de la actividad privada.

procuraduría pública de ESSALUD acreditó que el trabajador, ingresante bajo el régimen laboral de la actividad privada, no había superado el periodo de prueba, al no aprobar la evaluación de rendimiento del periodo trimestral que estuvo en prueba. Con ello, la entidad evidenció que tiene como política laboral realizar de manera objetiva la evaluación orientada a alcanzar un rendimiento mínimo a fin de superar el periodo de prueba. Esta medida de previsión y real cumplimiento de la evaluación de la aptitud del trabajador, le permitió alcanzar sentencia favorable ante el Tribunal Constitucional²⁶⁵. **En el caso de la Contraloría General de la República**, de manera similar a las anteriores, luego de cubrir una plaza puesta concurso en el régimen laboral de la actividad privada, el ganador (a) es sometido a una evaluación durante el periodo de prueba, a través del uso de los “Formatos de Evaluación de Contrato a Plazo Indeterminado dentro del periodo de prueba”²⁶⁶. Este formato es entregado al jefe inmediato del evaluado y canalizado por el área de recursos humanos. La evaluación incluye un formato con diversos factores relacionados con la aptitud profesional y la adaptación del servidor (capacidad para realizar tareas, conocimiento del trabajo, cantidad de trabajo efectuado, calidad del trabajo) cualidades personales relacionadas con el puesto (iniciativa). El jefe inmediato debe marcar dichos ítems, a través de una evaluación que va en orden gradual desde malo, regular, bueno, muy bueno, excelente, los cuales merecen una puntuación respectiva y determina la calificación final del evaluado. Consigna además otro acápite donde se le permite señalar al jefe inmediato sus principales debilidades, fortalezas y áreas a mejorar. La obtención de un puntaje, por debajo del mínimo que establece la institución, determina la no renovación del contrato y consecuente extinción por no

²⁶⁵ **Exp. N° 1057-2002 AA/TC LIMA. de fecha 29 de Mayo del 2003.** Marco Antonio Lovera Chauca contra el Hospital Edgardo Rebagliati Martins sobre Proceso de Amparo.

²⁶⁶ Formato de evaluación obtenido mediante Oficio N° 01396-2017-CG/SGE, de fecha 29 de noviembre 2017, remitido por la Secretaría General de la Contraloría General de la República.

superar el periodo de prueba²⁶⁷. **En el caso del Ministerio Público**, conforme puede apreciarse de la causa recaída en el Exp. 05012-2009-PA/TC, la Gerencia de Recursos Humanos del Ministerio evaluó al demandante a través del respectivo formato de evaluación obrante en autos, siendo calificado con bajo rendimiento; sin embargo, como ya es conocido, el TC aplicó erróneamente la exoneración del periodo de prueba al haber ingresado por concurso, para luego, al determinar que le correspondía un puesto a plazo indeterminado, concluyó que se le debió seguir el procedimiento de despido relacionado con su capacidad o su conducta (posición errada, ya que el actor no se encontraba en la etapa regular ya que no había superado el periodo de prueba, que luego intentó corregir vía aclaración)²⁶⁸. Se debe precisar también, que en pronunciamiento posterior el supremo intérprete de la constitución, corrigió este error, sentando posición respecto a que el ingreso por concurso no te exonera del periodo de prueba²⁶⁹.

Como puede apreciarse, estas medidas evaluativas realizadas en la práctica, como parte de una política laboral y previsora de contingencias, rebasa el ámbito teórico que niega esta posibilidad. En estos casos, las entidades empleadoras llevan a cabo la evaluación a través de formatos que contienen diversos factores de medición relacionados con el desempeño, adaptación y aspecto disciplinario en el puesto asignado. Consideramos que esta mecánica evaluativa que incluya esta diversidad de

²⁶⁷ **Resolución N° 01371-2013-SERVIR/TSC-Segunda Sala.** Recurso de Apelación interpuesto por Ana Bertha Altamarino Díaz contra la Contraloría General de la República. Puntos 1, 2 y 3 referidos a los antecedentes del caso. SERVIR declara infundada la apelación al no haber superado la evaluación en el periodo de prueba.

²⁶⁸ **EXP. N° 05012-2009-AA/TC 13 de Agosto del 2010.** Boris Vladimir Maqui Vera contra el Ministerio Público sobre Acción de Amparo. Véase fundamento 7.

²⁶⁹ **STC EXP. N° 02982-2012-AA/TC. 24 de mayo del 2013.** Jenny Marisol Cáceres Sáenz contra el SAT Huancayo, el TC desestimó el fundamento de exonerarse del periodo de prueba al haber ingresado por concurso. (fundamento 3.3.2).

factores incluyendo el aspecto disciplinario (que finalmente encuadra dentro de la búsqueda de la idoneidad del trabajador evaluado), deben ser responsabilidad prima facie del empleador, y sólo ante la denuncia de una irregularidad derivado de fraude (se defrauda una norma para darle un mayor plazo de prueba o aplicarle un factor de medición distinto), abuso (que su rendimiento fue de igual cantidad y calidad de sus demás compañeros), discriminación (que pese a tener una calificación correcta, el móvil es su condición de dirigente sindical), se deberá exhibir la tabla de evaluación por parte de la autoridad de trabajo, a fin de depurar la grave irregularidad cometida en perjuicio del trabajador²⁷⁰. El resultado por debajo de un estándar mínimo que la empresa establezca como lo óptimo para cualificar el puesto, determinará el despido por no superación del periodo de prueba. Estos resultados son conservados por el área de recursos humanos, con remisión de copia al Ministerio de Trabajo y servirán como prueba frente a un eventual reclamo en sede judicial.

1.3.3. El nuevo escenario de la causalización del despido en el periodo de prueba

A partir de todo lo sustentado hasta aquí, consideramos estar en condiciones de amalgamar una posición intermedia, que le da asidero principal a este trabajo. Entonces: ¿A que aludimos cuando hacemos referencia a causalizar el despido en el periodo de prueba? Conforme lo hemos determinado precedentemente, el periodo de prueba, fue creado por iniciativa del empleador, quien pedía escapar del espacio de rigidez que supone regularmente el ejercicio del despido en la relación laboral. Lo que

²⁷⁰ Grave irregularidad, sujeta a grave abuso o fraude, falta de evaluación o trato discriminatorio. Consideramos (como que no existen casos comunes), que este reclamo no incluye las razones de porque me asignan tal o cual puntaje, ya que, si el mismo fluye de la tabla evaluativa, se encuentra del margen evaluador del empleador. La judicatura laboral no puede terminar convirtiéndose en el evaluador del evaluador trastocando la finalidad de la institución, y distraendo la labor jurisdiccional para fines de real abuso en contra del trabajador.

siempre pidió, fue un contrapeso²⁷¹, a fin que esas exigencias se relajasen y cedieran de manera temporal a su favor, a fin que pudiera escoger (sin el encorsetamiento de las formalidades de un despido en la etapa ordinaria), al trabajador que resultare más idóneo para el puesto de trabajo sujeto a evaluación.

En el decurso del tiempo, este proceso que inicialmente fue reclamado como uno de auténtica evaluación de las capacidades y aptitudes, fue cediendo paso al despido de los trabajadores a prueba, basados únicamente en las meras decisiones antojadizas, sin el más mínimo sustento en la real esencia de este periodo evaluativo: el resultado insatisfactorio de la evaluación realizada. Lo que es peor aún: se llega a despedir sin efectuar prueba alguna. Se pasó a asumir como doctrina jurisdiccional pro empresarial²⁷², que el periodo de prueba, es el espacio de tiempo en el que el empleador puede prescindir del trabajador, como mejor le parezca, incluso sin evaluación alguna y sin esgrimir causa respecto de dicha decisión²⁷³. La única excepción que se acepta como válida para romper con esta hegemonía empresarial, es la acusación de trato discriminatorio y vulneración de derechos fundamentales del trabajador.

²⁷¹ Cfr. **BALLESTER PASTOR, María Amparo. Ob. Cit.** Págs. 45 y 46. La autora reconoce la posibilidad de que se presente también una utilización fraudulenta del periodo de prueba o la presencia de potenciales utilizaciones de la institución contrariando el principio de estabilidad en el empleo, lo cual, según refiere, se vería impedido con la acreditación de la idoneidad, a partir de la experimentación en los hechos, de las capacidades del trabajado. (Vide capítulo II, acápite 2.1. El periodo de prueba como contrapeso a la restricción de la facultad extintiva del empleador).

²⁷² Cfr. **MARTÍN VALVERDE, Antonio. Ob. Cit.** Págs. 302 y 305. Esa posición extremista que denuncia el autor, como una posición con una clara orientación “pro empresario” de la doctrina jurisdiccional del periodo de prueba, condicionada a factores sociales y culturales de las que consideraba difícil sustraerse. Estos medios patronales que han conseguido destilar sabiamente la doctrina, de que la buena marcha de la producción solo puede funcionar si el empleador es el único juez de sus intereses. Lo cual ha permitido el exceso y la comisión de sobre explotación u otras funciones patológicas o desviadas del instituto.

²⁷³ Cfr. **BALLESTER PASTOR, María Amparo. Ob. Cit.** Pág. 14.

Sólo frente a dicha circunstancia el empleador²⁷⁴ se ve compelido a desvirtuar dichas acusaciones y demostrar que la extinción se debió, en estricto, a un resultado insatisfactorio de la evaluación realizada. Las primeras interrogantes que surgen son: ¿Y porque este apremio de realizar la evaluación de manera real y efectiva, sólo debe operar ante las causales señaladas, en lugar de convertirse en regla común? ¿Acaso ese mecanismo no constituye el fundamento jurídico y la finalidad del periodo de prueba?.

Todo ello nos obligaba a cuestionar: ¿En qué momento se trastocó la esencia del periodo de prueba? ¿Cuándo fue que se dejó de lado el fundamento jurídico y la finalidad de esta institución? ¿Cuándo la evaluación de la aptitud y la capacidad cedió paso a los simples designios veleidosos del empleador? Consideramos que esto se tergiversó cuando el empleador creyó entender que ese periodo de relajación de las reglas de despido que se le fue concedido (y que es válido de acuerdo a su naturaleza), le significaba también un periodo de plena libertad para disponer del trabajador, sin necesidad de realizar evaluación alguna. Esa necesidad de evaluación, que tanto reclamó para elegir al elemento idóneo, ahora lo dejaba de lado y utilizaba dicho periodo evaluativo, para prescindir a placer de cualquier trabajador, degenerando en un instrumento de presión y abuso. Instrumento que, en lugar de permitirle captar al mejor elemento humano para su empresa, le servía para abusar de la fuerza de trabajo del evaluado, tomando en sus manos la suerte del trabajador por cualquier motivo distinto al evaluativo, perjudicando gravemente con ello, el derecho al trabajo y las expectativas de ese ser humano que es la contraparte de dicha relación de trabajo.

²⁷⁴ Vide Capítulo III, subcapítulo III.2, acápite 2. El periodo de prueba y la vulneración de los derechos fundamentales.

¿Nuestra propuesta busca cambiar ese periodo de naturaleza inestable y experimental, exenta de las rigideces y formalidades del despido regular? No. Porque esa es su naturaleza y la razón de su creación. Hacerlo sería quitarle la esencia al periodo de prueba, que nació para ser un espacio más flexible, apartado de los rigores de los procedimientos de despido. Lo que se pretende al hablar de un nuevo escenario del despido en periodo de prueba, es recuperar nuevamente esa naturaleza evaluativa, con la incorporación de un verdadero mecanismo de evaluación, que incluya reales factores de medición de capacidad y conducta relacionada con el trabajo, que den como resultado un promedio favorable o desfavorable que determine, de manera justa la continuación o no del trabajador en prueba.

Este mecanismo, que viene siendo aplicado en diversas entidades del país, a los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada, debe convertirse en regla común y no solamente en instrumento excepcional para afrontar denuncias de discriminación o vulneración de derechos fundamentales. Ese es el nuevo escenario que planteamos en el despido durante el periodo de prueba: Que ese mecanismo de evaluación por factores de medición, deje de ser una excepción y pase a ser una regla para todo empleador. Se constituya en el piso mínimo que legitime toda medida extintiva dentro del periodo de prueba. Algunos de esos factores mínimos lo plantean la Corte Suprema²⁷⁵ y son:

- i) La capacidad del trabajador para los cambios tecnológicos
- ii) Las posibilidades de desarrollo profesional
- iii) El grado de iniciativa para resolver situaciones imprevistas, y
- iv) Las relaciones con el resto del personal o con sus clientes que faciliten unas relaciones cordiales entre los mismos.

²⁷⁵ CASACIÓN LABORAL N° 5252-2014 LIMA, de fecha 19 de Mayo del 2016. Fundamentos Décimo Primero

Veamos que estos factores de evaluación, son recogidos por las entidades:



**PODER JUDICIAL
DEL PERÚ**
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA SUR
"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

HOJA DE EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO LABORAL
AÑO 2017

ADMINISTRATIVO
JURISDICCIONAL

PERIODO DE EVALUACIÓN: _____

1.- DATOS GENERALES DEL TRABAJADOR:

APELLIDOS Y NOMBRES: _____

CARGO: _____ DEPENDENCIA: _____

FACTORES	CALIFICACIÓN ⁽¹⁾			
	SUPERA LAS ACTIVIDADES	ACEPTABLE DE ACUERDO A LAS EXPECTATIVAS	SATISFACE MINIMAMENTE LAS EXPECTATIVAS	NO SATISFACE NINGUNA EXPECTATIVA
	16 A 20	11 A 15	06 A 10	01 A 05
1.- TRABAJO EN EQUIPO Capacidad para armonizar y sincronizar el trabajo en equipo, logrando que los resultados y las relaciones personales sean				
2.- IDENTIFICACIÓN CON LOS OBJETIVOS DE LA INSTITUCIÓN Actitud del trabajador frente a los cambios, su orientación e identificación				
3.- CONOCIMIENTO DEL TRABAJO Evalúa el conocimiento del cargo asignado, como resultado de su preparación, experiencia y competencias.				
4.- CONFIDENCIALIDAD Evalúa el grado de discreción en el manejo de la documentación y hechos considerados de carácter reservado.				
5.- CALIDAD DE TRABAJO Evalúa la ausencia de errores, exactitud, carencia de defectos, limpieza y buena presencia de los trabajos asignados.				
6.- MANEJO DE MAQUINAS Y EQUIPOS Califica la precisión y destreza en el uso de máquinas y equipos de cómputo asignados.				
7.- INICIATIVA Y CREATIVIDAD Habilidad de criterio para formular propuestas que contribuyen a mejorar los sistemas y procesos de trabajo.				
8.- TRATO AL USUARIO Evalúa la actitud y disposición para atender y orientar acertadamente al usuario interno y externo.				
9.- ASISTENCIA, PUNTUALIDAD Y PERMANENCIA Evalúa el cumplimiento de las normas establecidas para concurrir al centro de trabajo.				
10.- SANCIONES Evalúa el grado de sanciones recibidas por el trabajador, en forma verbal y escrita				

2.- APRECIACIÓN DEL POTENCIAL

Tiene capacidad para desarrollar labores de mayor complejidad? SI () NO ()

El trabajador puede mejorar su rendimiento? SI () NO ()

3.- SOLICITA LA RENOVACIÓN DEL CONTRATO DEL PERSONAL SI () NO ()

FECHA DE EVALUACIÓN: _____

RESULTADOS DE LA EVALUACIÓN: _____

FIRMA DEL RESPONSABLE

(1) Deberá precisar nota de acuerdo a los rangos que se detallan, debiendo promediar al final.

**FORMATO DE EVALUACIÓN DE CONTRATO A PLAZO INDETERMINADO
DENTRO DEL PERIODO DE PRUEBA**

Apellidos y Nombres:

Código:

Unidad Orgánica:

Nombre de Jefe o Gerente de Unidad Orgánica:

FACTORES	MALO (1 – 3)	REGULAR (4 – 6)	BUENO (7 – 9)	MUY BUENO (10 – 12)	EXCELENTE (13 – 15)
Capacidad para realizar tareas					
Conocimiento del Trabajo					
Cantidad de trabajo efectuado					
Calidad del trabajo					
Iniciativa					
TOTAL					

*36 puntos es el puntaje mínimo que el trabajador debe obtener para la continuidad de su contrato.

Comentarios:

Principales Debilidades	
Principales Fortalezas	
Áreas a mejorar	

Firma
Jefe o Gerente de Unidad Orgánica

A ello le agregaríamos los factores relacionados con la capacidad de ajustarse a las reglas y la relación apropiada con los superiores y compañeros de trabajo, conforme lo plantea Alonso Olea y Casas Baamonde²⁷⁶, como parte del aspecto disciplinario (conducta relacionada con el trabajo), que coincide con la iniciativa de la Corte Suprema y lo desarrolla en su esquema evaluativo la Corte Superior de Lima Sur.

Reiteramos entonces, que ese nuevo escenario que reclamamos, debe ser aquel donde la excepción (que se produce únicamente frente a la vulneración de derechos fundamentales o trato discriminatorio) se convierta en la regla. Que se constituya en la condición sine qua non a partir del cual

²⁷⁶ ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. Ob. Cit. Pág. 321.

recién se esté en condiciones de alegar válidamente, haber realizado una evaluación en periodo de prueba. Este requisito que pudiéramos llamar de procedibilidad, debiera tangibilizarse en una tabla de evaluación, que lleve como anexos los respectivos informes de los jefes de área (dando cuenta del desempeño diario, la adaptación que va alcanzando y las inconductas en que va incurriendo) que respalde la información evacuada (conforme a los casos mostrados, que son cada vez más comunes) y cuyo resultado debe ser remitido al Ministerio de Trabajo, con el listado de todos los trabajadores que fueron evaluados en el mes y los resultados obtenidos, como lo planteara el autor argentino Ackerman²⁷⁷. Como refiere este autor, un empleador diligente que si haya cumplido con la exigencia de evaluar el desempeño del trabajador, no debiera tener mayor inconveniente de cumplir con este aspecto. Este registro que deberá conservar la empresa, mas la copia que debiera remitirse al Ministerio de Trabajo, lejos de trastocar la finalidad de esta institución, pondría a buen recaudo los derechos del trabajador y del propio empleador respetuoso de la normativa laboral, desalentando el exceso de aquellos que abusan de la inestabilidad que se origina en el periodo de prueba²⁷⁸. Por lo demás, conforme lo hemos demostrado, se trata de un procedimiento que no está alejado de la realidad de nuestro país. Dicha información, sin ninguna duda, servirá como información o prueba relevante frente a un eventual reclamo del trabajador evaluado, respecto de fraude, abuso de derecho, trato discriminatorio o vulnerador de derechos fundamentales.

Ahora bien: ¿Por qué no compartimos la posición de ingresar a fiscalizar con rigurosidad los detalles de una evaluación regular?, Porque luego de haber revisado los alcances y fundamentos de la institución, consideramos que eso nunca fue concebido de esa manera y no lo fue, porque hacerlo

²⁷⁷ Cfr. **ACKERMAN, Mario Eduardo. Ob. Cit.** Pág. 299.

²⁷⁸ Cfr. **ACKERMAN, Mario Eduardo. Ibídem.**

sería trastocar la naturaleza inestable y experimental del periodo de evaluación que fue creado para darle ese margen de discreción evaluativa al empleador. Si todos pudiéramos opinar sobre el rango de puntuación que se le asignó a cada factor, tendríamos tantos resultados disímiles como opinantes intervinieran. Finalmente, ese margen por legitimidad, le debe ser atribuido al empleador como dueño de la empresa y principal interesado en la incorporación del elemento más idóneo. Ello debe incluir también el aspecto disciplinario. El artículo 10 de la LPCL constituye una suerte de vis atractiva del periodo evaluativo donde el empleador está facultado a despedir por diversa falta que se cometa en este periodo, sin sujetarse a los rigores del procedimiento regular. Eso es lo que lo diferencia con dicha etapa ordinaria, donde luego de superado el periodo de prueba, tiene la obligación de alegar causa justa relacionada con la capacidad y la conducta y cumplir el procedimiento regular de despido. Partimos de esta premisa, para comprender la flexibilidad con la que es concebido el periodo de prueba: Si el empleador está facultado a prescindir de un trabajador por no adaptarse al puesto asignado o no tener capacidad de trabajar en equipo, con mayor razón tendrá la potestad de prescindir de alguien que se encuentra a prueba y comete faltas de diversa índole que ponen en tela de juicio su idoneidad. Es el momento adecuado y legítimo para hacer la depuración respectiva, sin necesidad de seguir formalidades y procedimientos de la etapa regular. Exigirlo, sería enervar su naturaleza y retornarlo a la etapa regular.

Pero también es verdad que ese margen será válido, mientras sea bien usado y tenga como piso mínimo una verdadera evaluación de la forma que venimos planteando, con una medición objetiva, factores de medición aplicados y puntajes mínimos a superar. Con el respaldo documental de los informes que emitan los jefes inmediatos respecto de la capacidad mostrada, la adaptación al puesto, la conducta mostrada frente a sus superiores y compañeros o las inconductas cometidas. Ese ámbito

discrecional que debe tener el empleador para realizar su labor evaluativa, se vería trastocado si se pretendiese ingresar a cuestionarlo como regla general, por la más mínima discrepancia. El empleador debe tener su ámbito para definir qué es lo mejor en materia de recursos humanos para su empresa. Ingresar a revisar los más mínimos márgenes de asignación de puntaje hacia arriba o hacia abajo, le restaría facultades y asemejaría un retorno a la etapa regular de la relación laboral con los rigores y formalidades de un despido formal (del que pidió ser exonerado, al reclamar la creación del periodo de prueba).

Seamos claros, ¿Qué formalidades o reglas se relajan con esta propuesta? Consideramos que ninguna. Tengamos presente que este periodo, en la actualidad, es entendido como el espacio libérrimo, donde no hay nada que causalizar (incluso el TC lo entiende así, al asumir que se debe superar el periodo de prueba, para recién tener derecho a protección, incluso, contra el despido discriminatorio²⁷⁹) ni mucho menos apoyarse en una real medición de aptitudes y capacidades²⁸⁰. Que aspecto desmejoramos con nuestra propuesta, en un escenario donde el TC señala:

Por razones presupuestarias y no habiéndose cumplido con las expectativas, la parte demandada decidió finalizar la relación laboral, con la demandante. Siendo así, la demandada no vulneró los derechos al trabajo y a la protección y a la protección contra el despido arbitrario de la actora, por lo que no corresponde amparar la demanda²⁸¹.

²⁷⁹ **Exp. N° 02456-2012-AA/TC** Piura Jacqueline Carranza Maza contra Deutsche Farma S.A.C, sobre Acción de Amparo. (fundamento 3.3.2).

²⁸⁰ **BALLESTER PASTOR, María Amparo. Ob. Cit.** Pág. 14. Debe tenerse presente que en la actualidad, gran parte de la doctrina y jurisprudencia española considera esta etapa extintiva como un libre desistimiento, sin causal alguna.

²⁸¹ **STC EXP. N° 02982-2012-AA/TC.** Ob. Cit. fundamento 3.3.2.

O cuando este supremo intérprete de la Constitución señala que:

Por consiguiente, la terminación del vínculo laboral se ciñó estrictamente a la decisión del empleador dentro de los márgenes que la ley le permite, es decir, cuando el trabajador se encontraba en periodo de prueba, lo cual no constituye violación de derecho constitucional alguno del demandante²⁸².

Criterio con la cual avaló el fundamento de la primera instancia que señaló expresamente que:

La demandada en su calidad de empleadora del demandante y, encontrándose el demandante en período de prueba, tenía absoluta facultad de poner término al contrato de trabajo celebrado, sin requerir para ello la existencia de causal justa de despido²⁸³.

Como puede verse, para el TC en unos casos basta que el empleador haya señalado que el trabajador no haya cumplido las expectativas o en otros, que simplemente el empleador decida darlo por despedido, para asumir que no se ha superado el periodo de prueba, lo cual no supone violación de derecho constitucional alguno. Incluso llega a incluir un fundamento de orden presupuestario, que, en estricto, tampoco constituye un presupuesto relacionado con la etapa de evaluación. Entonces, lo que pretendemos es que ese “no cumplimiento de expectativas” o esa mera extinción “por encontrarse en periodo de prueba” tengan un correlato con un verdadero resultado insatisfactorio de la evaluación, recogida en una tabla de medición

²⁸² **STC EXP. N° 1230-2000-AA/TC. 28 de diciembre del 2000.** José Javier Peñaranda Conde contra la Corte Superior de Justicia de Arequipa sobre Proceso de Amparo. (fundamento 4).

²⁸³ **STC EXP. N° 1230-2000-AA/TC. 28 de diciembre del 2000.** Véase el cuarto párrafo de los antecedentes de la sentencia.

de factores de capacidad, adaptación al puesto y conducta relacionada con el trabajo. No para los fines de reclamar un mayor puntaje al asignado, sino para garantizar que en realidad exista una evaluación y el despido no obedezca a una mera decisión antojadiza del empleador, encubriendo conductas irregulares (fraude, abuso de derecho, trato discriminatorio).

Recordemos que incluso, en el camino, se ha venido a trastocar la verdadera finalidad del periodo de prueba, hacia la aplicación de plazos mayores y fines de valoración económica del puesto de trabajo y ya no de la medición de la capacidad y aptitud para el puesto del trabajador²⁸⁴. Incluso el propio Tribunal Constitucional Peruano ha venido a confundir sus alcances al permitir que un trabajador de por superado su periodo de prueba, por el solo hecho de haber ingresado por concurso²⁸⁵, cuando esa causal de exoneración ya había quedado derogada²⁸⁶. Entonces ¿Qué podría jugar en contra de la posición que planteamos, que lo único que pretende es, a partir del statu quo vigente, sumarle la exigencia o piso mínimo de evaluar de manera real y objetiva al trabajador, como sustento de lo que siempre fue su fundamento jurídico y su verdadera finalidad jurídica? Lo que buscamos es darle una causa de extinción relacionada con la falta de idoneidad del trabajador, como siempre debió ser. Agregarle un elemento objetivo como el formato de evaluación, cuya aplicación

²⁸⁴ Vide **Ley 3/2012 del 06 de julio que crea el contrato a tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores**, donde el Tribunal Constitucional Español, refiere que las condiciones políticas motivadoras – en particular el fomento del empleo productivo (...) podrían contribuir a justificar un periodo de prueba relativamente largo, de tal forma que se pudiera permitir a los empleados medir la viabilidad económica y las perspectivas de desarrollo de su empresa, al tiempo que se posibilita a los trabajadores adquirir cualificaciones y experiencia. Consulta: 10 de junio del 2017. Web: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-9110> (artículo 4.3).

²⁸⁵ **EXP. N° 05012-2009-AA/TC 13** de Agosto del 2010. Boris Vladimir Maqui Vera contra el Ministerio Público sobre Acción de Amparo. Véase fundamento 4, donde el TC señala que al haber ingresado por concurso, se encontraba exonerado del periodo de prueba.

²⁸⁶ Se derogó dicha exoneración al periodo de prueba el año 1995 con la Ley N° 26513, que eliminó también la restricción del máximo de 10% del personal en periodo de prueba.

contribuirá a hacer más justa y objetiva la etapa de evaluación del trabajador y disuadirá las conductas irregulares en su aplicación.

Es claro entonces, que esta institución ha tenido un arraigado mal uso, sirviendo como cajón de sastre de diversas justificaciones extintivas, llegándose al extremo de degenerar sus alcances, al considerar que se puede despedir sin siquiera evaluar mínimamente. Este es el actual escenario que pretendemos corregir, con una iniciativa que va a contracorriente sin duda, pero por ello, queremos dejar en claro, que no pretendemos desnaturalizar su esencia de inestabilidad y libre experimentación como lo señala Cabanellas²⁸⁷. El legítimo rol evaluador siempre lo debe detentar el empleador, pero dentro de los márgenes de la objetividad y la autentica medición de capacidades, aptitudes y cualidades personales relacionadas con el trabajo (incluyendo el aspecto disciplinario).

Cuando no hay una real evaluación de las capacidades y aptitudes, esta facultad se degenera hacia fines fraudulentos, abusivos o carentes de causa alguna. Es recién ahí, cuando un tercero imparcial como el órgano jurisdiccional laboral, será quien, luego de tener como parte del ofertorio de pruebas, la exhibición de la tabla de evaluación remitida por el Ministerio de Trabajo, pasará a analizar la comisión o no de las irregularidades atribuidas al empleador. A partir de ello, determinará la fundabilidad o no de lo demandado, y ordenará la aplicación de las consecuencias que conllevan las irregularidades cometidas al interior de este periodo.

Por lo demás, el periodo de prueba, debe continuar siendo la etapa de la medición de capacidades y adaptaciones que permita incorporar de manera permanente al elemento más idóneo, pero con la inclusión de la nueva regla que proponemos, a fin de hacer más objetiva, justa y legítima la decisión final respecto del evaluado.

²⁸⁷ CABANELLAS, Guillermo. *Ibídem*.

SUB CAPÍTULO III.2

LÍMITES ESPECÍFICOS EN LA APLICACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA

2. El periodo de prueba y la vulneración de los derechos fundamentales

El aspecto relacionado con los derechos fundamentales y el trato discriminatorio, es quizás, el único límite al periodo de prueba, que tiene una aceptación pacífica, tanto en la doctrina como la jurisprudencia nacional y extranjera. Es decir que no hay mayor controversia, respecto a que la facultad de libre despido que reclama el empleador durante el periodo de prueba, encuentra un límite duro e infranqueable que no puede trasgredir: los derechos fundamentales del trabajador y el trato discriminatorio. Palomeque López y Álvarez de la Rosa, precisan en este sentido que:

*Existe, por consiguiente, un solo límite a la decisión extintiva del empresario (y en su caso del trabajador), un único argumento que puede generar su inefectividad: que se funde o esté motivada en razones discriminatorias o que vulnere derechos fundamentales*²⁸⁸.

Esto lo ratifican Ballester Pastor y López Gandía, al señalar que el atentado al principio constitucional de no discriminación y el atentado a los derechos fundamentales, limitan la capacidad de libre desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, haciendo especial énfasis en la extinción discriminatoria de las mujeres trabajadoras en situación de embarazo²⁸⁹. En tal sentido, “ninguna extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba puede tener por causa o motivo una circunstancia discriminatoria o vulneradora de un derecho fundamental, sea ésta burda (esto es, alegada

²⁸⁸ PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. Ob. Cit. Pág. 587.

²⁸⁹ Cfr. BALLESTER PASTOR, María Amparo. Ob. Cit. Pág. 50. LÓPEZ GANDÍA, Juan. Ob. Cit. Pág. 122 y 123.

sin tapujos, lo que es bastante improbable) o neutral (su aparente legalidad esconde una motivación discriminatoria)”²⁹⁰.

Al ser esto así, esbozamos la siguiente pregunta: ¿Porque existe un consenso uniforme respecto a la aplicación de este “cerrojo” para cortarle el paso al libre despido durante el periodo de prueba? En primer lugar, porque el daño que produce el empleador es de una mayor lesividad, y conculca derechos del trabajador como persona, que se encuentran recogidos en el marco constitucional. “En estos casos, la posibilidad de extinción empresarial, cede para dejar paso a bienes, derechos, que forzosa y constitucionalmente tienen un mayor peso”²⁹¹. Arce Ortiz señala que “el presupuesto esencial de tal protección, no puede ser otro que el de la afectación, desconocimiento o violación de derechos de la persona humana, que se reputan intangibles, al momento de configurarse la voluntad extintiva del empleador”²⁹². Porque, además, en el despido nulo que viola derechos constitucionales, está de por medio bienes jurídicos superiores, lo cual deja al despido arbitrario, como un concepto residual, que se forma con posterioridad al análisis de la constitucionalidad del despido²⁹³. En tal sentido, “un tratamiento discriminatorio injustificado, no puede tener los efectos jurídicos fijados en la legislación laboral para esta clase de actuaciones, por la simple razón que dicha actuación negaría el valor normativo a las clausulas constitucionales que se constituyen en

²⁹⁰ Cfr. **GALLEGO MOYA, Fermín**. Ob. Cit. Págs. 370 a 371. El autor hace esta alusión, citando a PIQUERAS PIQUERAS María del Carmen. “La extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba como despido”. Mostoles. 1995. Pág. 37 y ss.

²⁹¹ Cfr. **ASQUERINO LAMPARERO, María José**. Ob. Cit. Pág. 325.

²⁹² **ARCE ORTIZ, Elmer**. “La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales”. Ob. Cit. Pág. 100.

²⁹³ Cfr. **ARCE ORTIZ, Elmer**. “La relevancia constitucional de las formalidades y procedimientos en el despido”. Ob. Cit. Pág. 10.

derechos fundamentales de los trabajadores”²⁹⁴. Se trata en buena cuenta, de “un supuesto de jerarquía normativa que supone la necesidad de aplicar el régimen y efectos que constitucionalmente se prevén para los derechos fundamentales”²⁹⁵.

Otra muestra de la mayor trascendencia que tiene la afectación a los derechos fundamentales o la comisión de trato discriminatorio, es que al producirse, resulta poco relevante el momento contractual en que ocurre; por lo tanto, la eventual declaración de nulidad no dependerá de si el contrato se hallaba o no en prueba²⁹⁶. Ahora bien, en coherencia con lo que venimos señalando, al despido nulo que es consecuencia de la vulneración de derechos fundamentales o trato discriminatorio, le tendremos que sumar los nuevos límites, nacidos de la tipología de despido creada por el TC, como el despido incausado y fraudulento, que constituyen despidos lesivos al derecho al trabajo, devienen inconstitucionales y comparten el nivel de afectación del despido.

En resumen, el empleador, bajo el aparente ejercicio de su derecho al libre despido arbitrario, no podrá encubrir una conducta vulneradora de derechos fundamentales. Y en este objetivo abona el marco constitucional, que, en su artículo 23, es claro en señalar que: “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”. Además, el artículo 2, numeral 2) de dicha carta magna, preceptúa también, la prohibición de la discriminación y el artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97 TR, recoge el listado taxativo de derechos constitucionales del trabajador, cuya afectación, generarían un

²⁹⁴ Cfr. **Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Exp. T-863069**. Ob. Cit. Punto 5 del acápite Consideraciones y Fundamentos.

²⁹⁵ Cfr. **ASQUERINO LAMPARERO, María José**. Ídem.

²⁹⁶ Cfr. **ASQUERINO LAMPARERO, María José**. Ob. Cit. Pág. 332 a 333.

rechazo del ordenamiento jurídico, declarando la nulidad de la medida discriminatoria que se pretenda imponer.

Ahora bien, si nos ubicamos en el escenario mismo de la comisión de un hecho discriminador o lesivo de algún derecho fundamental, el trabajador afectado con dicha medida, sea que recurra a la sede constitucional²⁹⁷ u ordinaria²⁹⁸, a la luz de una revisión integral y conjunta de la normatividad sustantiva y procesal vigente en el país²⁹⁹ (particularmente con la vigencia de la NLPT – Ley 29497), la exigencia probatoria que deberá afrontar será una meramente indiciaria ya que “el principal problema del despido discriminatorio es su prueba y esto porque el despido discriminatorio es un

²⁹⁷ Vide **APARICIO ALDANA, Rebeca Karina. “El periodo de prueba, la carga de la prueba y la tutela jurídica de los trabajadores. Análisis de la STC Exp. N° 02456-2012-PA/TC”**. Ob. Cit. Pág. 30. La autora refiere que el trabajador que haya visto resuelta su relación laboral en el periodo de prueba y considere que tal acción extintiva se fundamenta en motivos o atentatorios de sus derechos fundamentales podrá solicitar la reposición jurídica constitucional a través del proceso de amparo; **GONZALES RAMÍREZ, Luis Álvaro. “El periodo de prueba y los contratos temporales frente a la especial protección de las trabajadoras gestantes”**. AA.VV. En: Gaceta Constitucional N° 65. Gaceta Jurídica. Lima Perú. Mayo 2013. Pág. 167.

²⁹⁸ Aun cuando se debe precisar, que en la actualidad, con la entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo - NLPT (Ley N° 29497), se prevé en la vía ordinaria laboral, un proceso igualmente satisfactorio y sumario, con la instauración de un proceso abreviado laboral, que permite reclamar como pretensión única la reposición (Artículo 2.2 NLPT), la cual puede estar motivada en actos de discriminación en la extinción de la relación laboral (artículo 2.1.c NLPT).

²⁹⁹ En efecto, si bien la normatividad sustantiva laboral como el **artículo 37 de la LPCL**, establece que “ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos”, vemos también que el **artículo 32 de su reglamento Decreto Supremo N° 001-96 TR** establece que “la demostración de la causa justa de extinción del contrato de trabajo corresponde al empleador”, lo cual se complementa con la normativa procesal laboral vigente (**NLPT – Ley 29497**), que establece que la carga de la prueba respecto a la existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado y la propia causa del despido corresponde al demandado (**artículo 23.4 NLPT**). Pero sobre todo, la inclusión del **artículo 23.5 de la citada NLPT** que otorga la facultad al juzgador para dar por cierto la existencia de un hecho lesivo alegado a partir de la presencia de indicios que permiten presumir su existencia. A ello, aúnesse el acuerdo del **Pleno Jurisdiccional Laboral de 1997**, que estableció que en los procesos de nulidad de despido, si bien no se puede utilizar las presunciones, si se deberá apreciar, evaluar y determinar el mérito de los indicios para poder determinar objetivamente la causa real que motivó el despido.

despido normalmente oculto o un despido que aparenta ser lo que no es”³⁰⁰. Por el contrario, será el empresario quien deberá “aportar elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”³⁰¹. Esto quiere decir, como lo señala Ballester Pastor, que “cuando la extinción se ha producido mediando una causa discriminatoria la extinción se causaliza y, como ocurre en el despido discriminatorio, el empresario debe probar la existencia de causa no discriminatoria”³⁰². Esa obligación del empleador de causalizar frente a los indicios de un despido discriminator o vulnerador de derechos fundamentales, incluye la acreditación de la inexistencia de móvil discriminatorio o contrario a tales derechos³⁰³, pero, además, la necesidad de probar una motivación y causa suficiente de la no superación del periodo de prueba³⁰⁴. Esa causa tendrá suficiencia cuando esté relacionada directamente con la no superación de los objetivos plasmados en el contrato, evidenciando con ello, una real evaluación de las aptitudes del trabajador. Una conjugación de lo señalado hasta acá, se advierte de lo señalado por el Tribunal Constitucional Español, en el caso recogido en la sentencia N° 173/2013 del 10 de octubre del 2013, donde la trabajadora embarazada, además de no acreditar que la empresa tenía conocimiento de

³⁰⁰ **AMPUERO DE FUERTES, Victoria.** “Discriminación e igualdad de oportunidades en el acceso al empleo”. AA.VV. En: “Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez”. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial GRIJLEY. 2da Edición 2009. Pág. 775.

³⁰¹ Vide **APARICIO ALDANA, Rebeca Karina.** Ob. Cit. Pág. 31; **GONZALES RAMÍREZ, Luis Álvaro.** Ibídem.

³⁰² **BALLESTER PASTOR, María Amparo.** Ob. Cit. Pág. 64.

³⁰³ **FERNANDEZ MARQUEZ, Oscar.** “El periodo de prueba en el contrato de trabajo”. Ob. Cit. Pág. 27. El autor hace referencia en esta sustentación, a la sentencia STSJ del país Vasco de 11 de diciembre de 2007 (AS 2008/1077).

³⁰⁴ Vide **FERNANDEZ MARQUEZ, Oscar.** “El periodo de prueba en el contrato de trabajo”. Ob. Cit. Pág. 28. El autor llega a esta conclusión al analizar el caso desarrollado en la acotada sentencia STSJ del país Vasco de 11 de diciembre de 2007 (AS 2008/1077), para ello, véase la parte final del pie de página numero 26.

su embarazo, la empresa acreditó documentalmente que dicha trabajadora, al igual que otro trabajador que fue despedido por igual razón, no alcanzaron los objetivos de venta previstos en el contrato. El Tribunal Constitucional Español señaló que:

*En el presente caso acontece que la demandante de amparo, (...) no aportó indicios racionales de discriminación por motivo de embarazo, toda vez que ni siquiera resultó acreditado que la empresa tuviera conocimiento del estado de gestación, lo que excluía que la empresa viniese obligada a rebatir unos inexistentes indicios de discriminación por razón de sexo, sin perjuicio de que, en cualquier caso, **lo que sí se acreditó en el proceso es que el mismo día en que se produjo la extinción de la relación laboral de la recurrente por no superar el período de prueba, al no alcanzar los objetivos de ventas previstos en el contrato, se extinguió por el mismo motivo el contrato de otro trabajador varón contratado en la misma fecha que la recurrente, lo que vendría a demostrar que la decisión extintiva fue completamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales, al no tener por causa el estado de embarazo de la trabajadora demandante, que la empresa desconocía**³⁰⁵.*

Por lo tanto, “si el trabajador cesado es capaz de aportar indicios suficientes del móvil discriminatorio, pesará sobre el empresario la tarea de articular una explicación razonable del desistimiento, ajena a aquel móvil, viéndose

³⁰⁵ **Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 173/2013 del 10 de octubre del 2013.** Recurso de amparo 3773-2011. Promovido por doña Nuria Sedeño Ortiz respecto de las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y de un Juzgado de lo Social desestimatorias de su demanda por extinción del contrato de trabajo al no haber superado el período de prueba. Fundamento Jurídico 6 párrafo final. Puede verse la sentencia en el siguiente enlace web: <https://www.boe.es/boe/dias/2013/11/07/pdfs/BOE-A-2013-11684.pdf>

obligado a “descubrir” la razón de esa resolución contractual³⁰⁶. Y en el objetivo de probar que hubo un motivo objetivo y razonable, como refiere Piqueras Piqueras:

La actuación probatoria del demandado consistirá en hacer desaparecer la “verdad interina” creada por el demandante mediante la presunción estimada por el juzgador a través del indicio de discriminación, lo que exigirá unas veces la probanza de circunstancias de hecho que justifiquen su conducta, otras que la extinción se hubiera producido igualmente con independencia del “dato diferencial prohibido”³⁰⁷.

Por último, es importante resaltar que, en el caso de la mujer embarazada, la legislación laboral vigente (artículo 29 LPCL) le confiere una fuerza presuntiva, al acentuarse el ámbito de presunción a su favor frente a un despido si es que el empleador no acredita la existencia de causa justa para despedir; sin embargo, dicha presunción operará (incluso para cuestionar el despido en el periodo de prueba) siempre que dicho embarazo haya sido puesto en conocimiento del empleador³⁰⁸. Sin embargo, la exigencia de notificación al empleador respecto del estado de embarazo resulta innecesaria cuando el estado de gravidez resulte evidente³⁰⁹.

Hasta acá, pareciera que todos coincidimos armoniosamente y apuntamos en el mismo sentido: la defensa de los derechos

³⁰⁶ GALLEGO MOYA, Fermín. Ob. Cit. Pág. 372.

³⁰⁷ Cfr. GALLEGO MOYA, Fermín. *Ibidem*. El autor hace esta alusión, citando a PIQUERAS PIQUERAS María del Carmen. Ob. Cit. Págs. 76 y 81.

³⁰⁸ EXP. N° 01615-2012 PA/TC Arequipa, 23 de agosto del 2012. Nuria Escalante Céspedes contra Municipalidad Distrital de Miraflores. El TC señaló que al haber reconocido la propia demandante que no puso en conocimiento de la municipalidad emplazada su estado de gestación, tampoco puede concluirse que haya sido despedida por tal motivo. Véase fundamento 7.

³⁰⁹ APARICIO ALDANA, Rebeca Karina. Ob. Cit. Pág. 33

fundamentales y la proscripción del trato discriminatorio. Sin embargo, hay aspectos en el que no necesariamente convergen los mismos criterios o, cuando menos, pareciera que no se camina en la misma dirección.

2.1. Primer aspecto no uniforme: La oportunidad o estadio para su defensa

En efecto, un aspecto que no goza de criterio uniforme es el relacionado con la oportunidad en la que puede ejercerse la defensa de los derechos fundamentales o la sanción al trato discriminatorio. Exponemos la discordancia a través de las siguientes interrogantes: ¿Debo haber superado el periodo de prueba para que recién se atienda un eventual reclamo de trato discriminatorio, como un caso de embarazo o padecimiento de VIH? ¿Es válido constitucionalmente lesionar los derechos fundamentales del trabajador durante el periodo de prueba a través de la terminación de la relación laboral?³¹⁰.

El Tribunal Constitucional parece haberlo entendido en ese sentido, cuando señaló, en uno de los considerandos de un típico caso de despido durante el embarazo a una trabajadora que se encontraba a prueba,³¹¹ que:

Previamente este Colegiado considera necesario determinar si la actora superó el periodo de prueba pactado y si, por ende, alcanzó la protección contra el despido arbitrario, pues obviamente carecería de sentido analizar si se produjo el alegado despido si antes la actora no tenía protección contra el despido arbitrario.

³¹⁰ HUAMAN ESTRADA, Elmer y MOGOLLON ATOCHE, Alex. “Periodo de prueba vs Derechos Fundamentales del trabajador”. Opinión vertida en su blog sobre actualidad socio laboral. Véase enlace: <http://actualidadsocio laboral.blogspot.pe/2013/03/periodo-de-prueba-vs-derechos.html>

³¹¹ Sentencia TC Exp. N° 02456-2012-AA/TC-PIURA, de fecha 22 de octubre del 2012. Seguido por Jacqueline Carranza Maza contra Deutsche Farma S.A.C sobre Proceso de Amparo. Véase fundamento 3.3.2.

Y consideramos que no es casualidad la asunción de este criterio, porque en anteriores pronunciamientos ha dejado en claro que despedir durante el periodo de prueba “no constituye violación de derecho constitucional alguno del demandante”³¹². Vale decir que para el Tribunal Constitucional primero hay que superar el periodo de prueba para luego ser atendido de una eventual vulneración de mis derechos fundamentales como trabajadora embarazada (tomando el caso en comento) ergo, si no hay superación del periodo de prueba, no hay derecho fundamental que defender.

Creemos que el enfoque del Tribunal es errado, ya que la uniformidad de criterio que señalamos en el punto anterior, se sustentaba precisamente en que esa libertad de despido que reclama el empleador durante el periodo de prueba, tiene como excepción la vulneración a los derechos fundamentales o el trato discriminatorio. Y esa excepción, tiene su razón de ser, precisamente en la posibilidad de ser aplicado en ese estadio de prueba donde se produce la vulneración y no luego de superado el mismo. Hacerlo de manera posterior al vencimiento del periodo de prueba le restaría utilidad, porque para entonces ya el trabajador habrá alcanzado la protección regular del ordenamiento jurídico, como cualquier otro trabajador no sujeto a prueba. La excepcionalidad se crea, en vista de la gravedad del derecho fundamental afectado, permitiendo el ingreso a aquel espacio en el que el trabajador se encuentra desprovisto de dicha protección. Pero además de ello, con la sola vigencia del artículo 23 antes invocado, debiera entenderse que en ninguna etapa de la relación laboral se puede afectar los derechos fundamentales del trabajador, lo cual incluye al periodo de prueba. Por ello, bastaría que la trabajadora brinde un indicio razonable de la vulneración de su derecho constitucional a la igualdad y no discriminación (por motivos de gravidez o lactancia) - o de cualquier otro derecho

³¹² **Sentencia TC Exp. N° 1230-2000-AA/TC**, de fecha 28 de diciembre del 2000. Seguido por José Javier Peñaranda Conde contra Corte Superior de Justicia de Arequipa sobre Proceso de Amparo. Véase fundamento 4 parte in fine.

fundamental – para que su reposición sea admitida en el proceso de amparo, aun durante el periodo de prueba³¹³.

Si aceptamos como válido el criterio esgrimido por el máximo intérprete de la Constitución, nos permitiría suponer la validación de actos atentatorios de derechos fundamentales que, al haber sido cometidos durante el periodo de prueba, no serían sancionables, lo cual es incierto de acuerdo con una interpretación sistemática del régimen constitucional³¹⁴. “Significaría aceptar que existe una zona en la que los derechos fundamentales pierden efectividad y vigencia, lo cual resulta, a todas luces, un planteamiento inconstitucional puesto que la Constitución y los derechos fundamentales tienen eficacia horizontal y vertical”³¹⁵. Pero además de ello, resultará fácil para el empleador despedir a discreción a cualquier trabajador adoptando incluso conductas discriminatorias, para luego “guarecerse” de las consecuencias de su irregular proceder, con solo permanecer dentro de los márgenes del periodo de prueba, sin excederse de dicho plazo. Una vez más, una incomprensible interpretación sumada al hecho de que la jurisprudencia ha guardado un marcado silencio sobre el tema, ya sea por no haberse pronunciado acertadamente y/o, en todo caso, por haber dictado pronunciamientos poco claros que hacen posible suponer que el periodo de prueba funciona como un espacio de tiempo donde es posible vulnerar indiscriminadamente los derechos fundamentales del trabajador³¹⁶.

Nos queda claro entonces, a contracorriente de lo señalado por el TC, que la oportunidad de defensa frente a la vulneración de derechos fundamentales o de trato discriminatorio, será precisamente la etapa en la

³¹³ GONZALES RAMÍREZ, Luis Álvaro. Ob. Cit. Pág. 167.

³¹⁴ GONZALES RAMÍREZ, Luis Álvaro. Ob. Cit. Pág. 167 y 168.

³¹⁵ HUAMAN ESTRADA, Elmer y MOGOLLON ATOCHE, Alex. Ibídem.

³¹⁶ GONZALES RAMÍREZ, Luis Álvaro. Ob. Cit. Pág. 169.

que discurre el periodo de prueba, caso contrario, se trastocará gravemente el sentido de excepcionalidad con que fue concebido, volviendo estéril e ineficaz el ejercicio de este mecanismo de defensa.

2.2. Segundo aspecto no uniforme: Protección contra el despido arbitrario vs protección contra el despido nulo

Existe otro aspecto que se relaciona con el tópico anterior, y pareciera estar claro a partir de su propia previsión normativa, sin embargo, tampoco tiene un criterio uniforme. Nos referimos al ámbito de desprotección durante el periodo de prueba. Para ello, volvemos a formular una nueva interrogante: ¿El periodo de prueba, desprotege del despido arbitrario o también del despido nulo?

Si nos apoyamos en el criterio jurisprudencial expuesto por el TC en el acápite anterior, podría entenderse que la desprotección durante el periodo de prueba es contra todo despido además del arbitrario. Es decir, que desde la posición del supremo intérprete de la Constitución, si el trabajador no ha superado el periodo de prueba, podría ser pasible incluso de un despido nulo. Esto nos parece una evidente contradicción, en primer término porque, como ya se dijo en el punto anterior, esto desnaturalizaría la finalidad perseguida por el límite previsto con la excepción impuesta frente a un despido discriminatorio o vulnerador de los derechos fundamentales; y en segundo lugar, porque ha sido el propio TC quien en otros pronunciamientos ha reconocido que la aplicación integral de las normas relativas a los derechos fundamentales de la persona, no admite zonas de indefensión y siempre es permisible a un justiciable, la utilización de las acciones de garantía en defensa de sus derechos básicos³¹⁷. De Lama Laura, señala en este mismo sentido, que los llamados derechos fundamentales vienen impuestos por la misma Constitución y por lo tanto

³¹⁷ Cfr. **BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Ob. Cit.** Pág. 117. El autor cita la Sentencia del TC recaída en el Exp. N° 2409-2002 AA/TC, fundamento 1.b.

rigen en todo momento y espacio jurídico, por tratarse de un contenido de la norma primaria de nuestro ordenamiento jurídico, cuya eficacia se irradia a toda relación jurídica y en cualquier etapa de ésta³¹⁸. Pero, además, como también lo hace notar este mismo autor: “Cuando la LPCL se dedica a regular este intervalo contractual, señala que a su término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. No dice nada respecto de la nulidad de despido”³¹⁹. Y esta falta de previsión expresa respecto al despido nulo no es casual, debido a que el legislador delimita claramente la desprotección únicamente para el caso de un despido arbitrario, ya que en el caso del despido nulo:

*Estamos frente a un despido que adolece de nulidad es porque se advierte que el cese se caracteriza por tener un carácter lesivo mucho más nocivo dado que, además de contravenir el derecho al trabajo, se vulneran otros derechos constitucionales como por ejemplo el principio de no discriminación, la tutela judicial efectiva, la libertad sindical, etc.*³²⁰

Esa falta de previsión expresa del despido nulo en el caso del periodo de prueba, se justifica más aún, si tomamos en cuenta que el ámbito de las relaciones laborales es uno de aquellos en los que la tutela antidiscriminatoria resulta más necesaria, habida cuenta de la intensidad con que el fenómeno de la discriminación suele presentarse³²¹.

³¹⁸ DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. “La ampliación del periodo de prueba y el despido de una trabajadora embarazada dentro de esta etapa”. AA.VV. En Diálogo con la Jurisprudencia N°. 175. Abril. 2013. Pág. 42.

³¹⁹ DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. *Ibidem*.

³²⁰ DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. *Ibidem*.

³²¹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Ob. Cit.* Pág. 151.

Pero, además, también se debe tener presente que ha sido el propio TC el que ha establecido en el fundamento 15.a) del precedente Llanos Huasco³²², que el despido nulo se aplica precisamente en los casos de vulneración a los derechos reconocidos en los artículos 2 inciso 2), artículo 26 inciso 1) y despidos realizados contra mujer embarazada, afiliados a sindicatos o participante de dichas actividades, entre otros. Es decir, en palabras del propio TC, el despido nulo se aplica para los casos de vulneración de derechos fundamentales y trato discriminatorio en perjuicio del trabajador, que son precisamente los supuestos que permiten invadir los dominios del empleador en el periodo de prueba, para exigirle deslindar con pruebas, que no se ha trasgredido los referidos derechos del trabajador.

Si esto es así, queda claro entonces que, cuando se produce un supuesto de vulneración de derechos fundamentales o trato discriminatorio durante el periodo de prueba (causales de despido nulo), la referida desprotección del trabajador cede paso a la obligación del empleador de probar la existencia de causa distinta a algún móvil discriminatorio o conculcador de derecho fundamental, el cual, como ya se determinó precedentemente, incluye la probanza de la causal que determinó la no superación del periodo de prueba. En tal sentido, nos encontraremos frente a un proceso judicial, cuya demanda tendrá por pretensión central, como lo indica Ballester Pastor, la nulidad de un despido por causa discriminatoria o atentatoria a derechos fundamentales³²³ (lo cual debiera aplicar también para la nueva tipología creada por el propio TC, que incluye al despido incausado y fraudulento), donde el empleador, frente a la presencia de indicios de dichos actos irregulares, debería estar en condiciones de asumir la carga probatoria, a fin de acreditar de forma objetiva y razonable, que la extinción del vínculo

³²² **STC Exp. N° 00976-2001 AA/TC, de fecha 13 de marzo del 2003.** Caso Eusebio Llanos Huasco contra la Sala Civil de la Corte Superior de Huánuco Pasco.

³²³ **BALLESTER PASTOR, María Amparo.** Ob. Cit. Pág. 64.

laboral no tuvo un móvil discriminatorio o vulnerador de derechos fundamentales, sino que se ha debido a que el trabajador no ha satisfecho las expectativas personales y profesionales materia de evaluación (lo cual es la verdadera funcionalidad del periodo de prueba)³²⁴. Estas expectativas personales y profesionales que el empleador cifra en el trabajador evaluado, son los componentes de la idoneidad como fundamento jurídico del periodo de prueba. Hemos dejado establecido que la comprobación que busca el empleador en el periodo de prueba, incluye tanto la capacidad profesional como las cualidades personales que tienen incidencia en el ámbito laboral y es ahí donde debería orientar sus objetivos probatorios, luego de desmontar claro está, la imputación de actos discriminatorios o vulneradores de derechos fundamentales.

Por lo tanto, en concordancia con lo que venimos sustentando a lo largo de este trabajo, la “desprotección” del trabajador durante el periodo de prueba que fluye a partir del artículo 10 de la LPCL, se verá constreñida únicamente a aquel despido arbitrario, basado en causa relacionada con la falta de idoneidad del trabajador a prueba, mas no así para el caso de un despido nulo o la nueva tipología establecida por el TC de despido incausado y fraudulento por alcanzar similar nivel de lesividad en los derechos fundamentales del trabajador.

3. El despido incausado

Este es el tipo de despido lesivo del derecho fundamental al trabajo, que viene a dar sustento a nuestra posición respecto a la causalidad del despido en el periodo de prueba y nace precisamente de la tipología de despido creada por el TC. Se trata, como refiere Vinatea Recoba, de:

³²⁴ Cfr. HUAMAN ESTRADA, Elmer y MOGOLLON ATOCHE, Alex. *Ibidem*.

El grupo de sentencias que originaron esta discusión y que tuvieron su punto de partida en el caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú, seguido en el Expediente No. 1124-2001-AA/TC (Caso SUTTDP), y han encontrado su última expresión en la sentencia de fecha 13 de marzo de 2003, recaída en el proceso seguido por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú. Dicha sentencia, además de refundir y sistematizar los pronunciamientos del TC en esta materia, centra su atención en el tratamiento de la «adecuada protección procesal», como manifestación del artículo 27 de la Constitución Política del Estado³²⁵.

En el caso particular del primigenio Caso Telefónica (Caso SUTTDP – Exp. N° 1124-2001-AA/TC) hablamos de la sentencia prototípica en relación a la vulneración del derecho al trabajo, “interpuesta por los sindicatos de la empresa Telefónica del Perú S.A. contra el despido de mas de 500 trabajadores, al amparo del artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que faculta al empleador a despedir sin expresión de causa con la condición de pagar al trabajador la indemnización correspondiente por despido arbitrario”³²⁶. “La sentencia considera que los despidos efectuados al amparo de este precepto legal vulneran el contenido esencial del “derecho al trabajo” reconocido en el artículo 22 de la Constitución y, por tanto, declara incompatible con la Constitución el citado precepto”³²⁷. Lo que ha hecho el TC:

³²⁵ **VINATEA RECOBA, Luis.** “La «Adecuada Protección Procesal» contra el Despido Arbitrario: Comentarios a la Sentencia de fecha 13 de marzo de 2003 emitida por el Tribunal Constitucional Peruano”. AA.VV. En: Revista Derecho y Sociedad N° 23. Lima Perú. 2004. Pág. 105.

³²⁶ **BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos.** “El despido en el derecho laboral peruano”. ARA Editores. 2da. Edición. Lima-Perú. 2006. Pág. 379.

³²⁷ **BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos.** “El despido en el derecho laboral peruano”. *Ibidem*.

Al analizar el segundo párrafo del artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), es concluir que dicho artículo “es incompatible con la Constitución” cuando establece que «frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización como única reparación». No previendo la posibilidad de reincorporación.³²⁸.

Es decir que, a criterio del TC, al disponer solo una tutela indemnizatoria es incompatible con la Constitución. Lo que determina el máximo intérprete de la constitución es que:

El artículo 34°, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34°, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional³²⁹.

Es decir que el derecho al trabajo:

Se convierte en un importante pilar del régimen de “despido causal”, pues toda extinción unilateral del vínculo laboral por el empleador debe fundarse en una causa justa. Para la separación del trabajador tiene que expresarse una causa justa por necesidad; sin embargo, si aquella resulta injustificada o no probada recién podrá ser reparada por los mecanismos que el legislador prevea (indemnización o

³²⁸ VINATEA RECOBA, Luis. Ob. Cit. Pág. 106.

³²⁹ VINATEA RECOBA, Luis. Ídem

reposición o cualquier otra fórmula de reparación prevista por la legislación nacional)³³⁰.

El Tribunal Constitucional, ha establecido entonces que “los efectos restitutorios “de readmisión en el empleo” que se derivan de despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos, se generan en los tres casos siguientes: a) despido nulo, b) despido incausado y c) despido fraudulento”³³¹. Y respecto del despido incausado (tema que nos ocupa) señala que: “Se produce cuando: Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique”³³².

“Por esta razón, cuando el despido se realiza sin invocar una causa, como mero ejercicio de una facultad ad nutum del empleador, tal hecho vulnera directamente el derecho del trabajo, cuyo contenido esencial se traduce en el principio de causalidad del despido, y deviene en un despido lesivo de derechos fundamentales”³³³. Además, lo que ha hecho el TC es introducir:

Una clara distinción entre el despido incausado y el despido arbitrario, basado en una causa justa, no demostrada. El primero es contrario al derecho al trabajo y la norma que lo posibilita es, por ello mismo, inconstitucional. El segundo no

³³⁰ **ARCE ORTIZ, Elmer.** “Los supuestos de reposición en el despido individual”. Artículo ubicado en internet. Consulta: 08 de agosto del 2017. Véase con el siguiente enlace: http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/contenido_web_amag/contenido48/149-163.pdf. Pág. 159

³³¹ EXP. N° 976-2001 AA/TC Caso Llanos Huasco (fundamento 15).

³³² EXP. N° 976-2001 AA/TC. Ídem.

³³³ **BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos.** Ob. Cit. Pág. 381.

*vulnera derechos fundamentales, aun cuando el empleador no demuestre en el proceso judicial la causa invocada*³³⁴.

Los supuestos del despido incausado se pueden presentar en caso de trabajadores a plazo indeterminado al no contar con una causa justa para separarlo de sus labores en el centro de trabajo. En el caso de los trabajadores de plazo fijo, se presentan dos supuestos: desnaturalización y suspensión desproporcionada e indefinida de labores. “En el primer caso, existen los despidos encubiertos surgidos en su mayoría de los vencimientos de contratos de locación de obra o servicios o de aquellos contratos sujetos a modalidad que encubren relaciones laborales de carácter permanente, jugando un rol importante la primacía de la realidad”³³⁵. Blancas Bustamante remarca este supuesto, señalando precisamente que:

*Diversas sentencias, han establecido que es incausado el despido que se produce invocando la terminación de un contrato de trabajo de duración determinada (sujeto a modalidad) cuando dicho contrato es simulado o fraudulento por haberse celebrado con carácter temporal cuando las labores desempeñadas por los demandantes tenían carácter ordinario y permanente, habiéndose renovado sucesivamente. Por ese hecho, la relación de trabajo debe reputarse de duración indeterminada, razón por la cual sólo puede extinguirse por una causa justa y no por cumplimiento de un plazo establecido con finalidad fraudulenta*³³⁶.

³³⁴ **BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos.** Ob. Cit. Pág. 382.

³³⁵ **VITTERI GUEVARA, Julissa Magaly.** “Tratamiento jurisprudencial del despido incausado”. AA.VV. En: “El despido laboral. Despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento”. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima Perú. Noviembre 2014. Pág. 159.

³³⁶ **BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos.** Ob. Cit. Pág. 383.

Esto quiere decir entonces - como ya lo hemos indicado precedentemente³³⁷ - que el TC ha venido a imprimirle un mayor grado de lesividad al despido arbitrario sin expresión de causa, ubicándolo dentro del ámbito de los despidos que se afectan de nulidad y conllevan reposición. A ello cabe agregar, el derecho que ha acordado reconocer el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, al señalar que para el caso de despido incausado (y despido fraudulento) “(...) el trabajador es libre de utilizar la falta de pago de remuneraciones entre el despido y la reposición como uno de los criterios para sustentar su pretensión de indemnización”³³⁸, con lo cual entendemos que alcanza ribetes de equiparidad frente al despido nulo.

Y si esto es así, la normativa infra constitucional relacionada con el periodo de prueba, debe adecuarse a esta nueva corriente jurisprudencial del máximo intérprete de la constitución, ya que debemos tener presente que este periodo de evaluación forma parte de la relación laboral en su etapa inicial (naturaleza jurídica ya definida y aceptada de manera general) y por lo tanto, dicha exigencia de causalizar el despido no puede resultarle ajena. Por tanto, si esta tipología de despido ha sido asemejada en sus alcances a las de un despido nulo, lo que debe traer como correlato es que, un eventual despido incausado durante el periodo de prueba, debe conferir la misma exigencia que le impone el despido nulo al accionar del empleador. Es decir que se encontrará, igualmente, en la obligación de exponer la causa que motivó la salida del trabajador durante el periodo de prueba.

4. El fraude a la ley y el abuso del derecho en el periodo de prueba

³³⁷ Vide Capítulo III, sub capítulo III.2, punto 1.2 (págs. 90 a 93)

³³⁸ **V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral.** Acuerdo III “Indemnización y remuneraciones devengadas en los casos de despido fraudulento y despido Incausado”. Punto 3.4. segundo párrafo. Fundamentos del voto en mayoría. Pág. 21.

4.1. Justificación del estudio de estas conductas irregulares

En el ejercicio del periodo de prueba, como institución que desconecta las reglas generales de protección de la estabilidad en el empleo³³⁹ o relativiza las exigencias de un despido justificado, es alta la probabilidad que, durante ese periodo, se acentúe la posición débil del trabajador contratante³⁴⁰. Es alto el riesgo de que el trabajador afronte circunstancias donde tendrá que encontrarse dispuesto, para no perder la continuidad de su relación laboral, a realizar un esfuerzo laboral superior al normal, a obedecer órdenes empresariales de legitimidad más que dudosa o, a realizar, contra su deseo, horas extraordinarias. El empleador por su parte, se encontrará en el periodo de prueba, con una buena ocasión para ejercer sus poderes contractuales de manera indiscutida sobre una mano de obra más dócil y pasiva en la defensa de sus derechos³⁴¹. Como bien lo recalca Martín Valverde, no es que tengamos que pensar que el empleador va a abusar siempre de esta situación de desequilibrio de fuerzas a su favor, pero tampoco puede resultarnos extraño, si se toma en cuenta la contradicción estructural de intereses en las relaciones laborales, que puede conllevar a intentos empresariales de utilizar la institución para fines ilícitos, o de ponerla o mantenerla en funcionamiento cuando no es necesario o más allá de lo necesario³⁴². Es por ello que Ballester Pastor, también reconoce la posibilidad de que se presente una utilización fraudulenta del periodo de prueba o la presencia de potenciales utilizaciones de la institución contrariando el principio de estabilidad en el empleo, lo cual, según refiere, se vería impedido con la acreditación de la idoneidad, a partir de la

³³⁹ MARTÍN VALVERDE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 162.

³⁴⁰ Cfr. MARTÍN VALVERDE, Antonio. *Ibidem*.

³⁴¹ Cfr. MARTÍN VALVERDE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 163

³⁴² Cfr. MARTÍN VALVERDE, Antonio. *Ibidem*.

experimentación en los hechos, de las capacidades del trabajador³⁴³. Ahora bien, complementando la posición de la autora en mención, debemos señalar que se contraría el citado principio de estabilidad en el empleo, ya que “la fase de prueba satisface esencialmente el interés del empleador consistente en la rescisión contractual, sin coste alguno, de un vínculo jurídico que no llegará a consolidarse, precisamente, porque al momento de su establecimiento se reservó la facultad resolutoria de aquél en caso de “mera inconveniencia” de éste”³⁴⁴. Lo que debiera tenerse claro, como señala Martín Valverde, es que “el periodo de prueba aparece no tanto como una reserva temporal de facilidad de desistimiento, sino como una fase instrumental de la relación de trabajo encaminada a la configuración de un vínculo laboral más estable”³⁴⁵. Sin embargo:

La resolución contractual durante la fase de prueba, evidencia una desigualdad o una grave desproporción entre las prestaciones de ambas partes, adquiriendo una especial relevancia en la configuración de la estabilidad en el empleo, al convertirse en la “fuente de inestabilidad contractual” más común y amenazante. Y ello porque la resolución del contrato de trabajo, por definición, debe estar motivada (incumplimiento imputable, imposibilidad objetiva y excesiva onerosidad) siendo la concurrencia de un motivo razonable una consecuencia intrínseca a la resolución contractual, que no puede basarse, por tanto, en la arbitrariedad (lo que encaja

³⁴³ Cfr. **BALLESTER PASTOR, María Amparo. Ob. Cit.** Págs. 45 y 46. Dejamos en claro, que la autora reconoce a Martín Valverde la validez de dicha interpretación que justifica la institución probatoria, sin embargo, termina por darle preeminencia a la postura de los Tribunales Españoles que se inclinaría por la descausalización del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba.

³⁴⁴ **GALLEGO MOYA, Fermín. Ob. Cit.** Pág. 39.

³⁴⁵ Cfr. **MARTÍN VALVERDE, Antonio. Ob. Cit.** Pág. 151. El autor cita a G. Zangari “Il recesso dal rapporto di lavoro in prova, cit., passim, esp., págs. 33, 93 y 196 y ss.

*perfectamente con la garantía de seguridad inherente a la estabilidad en el empleo)*³⁴⁶.

Como refiere Piqueras Piqueras:

*El entronque constitucional del principio de estabilidad en el empleo se erige en una de las piezas fundamentales sobre las que ha de sustentarse el análisis del periodo de prueba, en el sentido de que la flexibilización de los límites a la libre resolución solo adquiere legitimidad si responden a la necesidad de satisfacer otro derecho reconocido por el ordenamiento y se ejercitan en el modo que menor quebranto impliquen para aquel*³⁴⁷.

Asimismo, alude esta autora, que:

*El periodo de prueba muestra una intensa relación con el principio de estabilidad en el empleo: la desaparición o debilitación de las normas limitadoras de la libre extinción de la relación laboral, especialmente por voluntad del empresario, constituye quizás el rasgo que caracteriza con mayor fuerza el periodo de prueba; por otro, el principio de estabilidad en el empleo tiene una de sus manifestaciones en la protección de la permanencia del trabajador en la empresa, por lo que puede afirmarse que entre este principio y aquella figura se establece una “relación primariamente antagónica”*³⁴⁸.

³⁴⁶ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi. “Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores: argumentos para la inconstitucionalidad del periodo de prueba”. Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 158. Enero – Marzo 2013. Pág. 200.

³⁴⁷ Cfr. GALLEGO MOYA, Fermín. *Ibidem*. El autor hace esta alusión, citando a PIQUERAS PIQUERAS, María del Carmen. Ob. Cit. Pág. 41.

³⁴⁸ Cfr. GALLEGO MOYA, Fermín. Ob. Cit. Pág. 42. El autor cita a PIQUERAS PIQUERAS, María del Carmen. “Pasado y presente de una institución jurídico – laboral clásica”. Revista española de derecho del trabajo, num. 70, Marzo-Abril 1995. Pág. 250.

De ahí que Martín Valverde señale, con total razón, que la problemática jurídica del periodo de prueba se deriva de su difícil convivencia con el principio de estabilidad en el empleo³⁴⁹. Acotando además que:

El periodo de prueba constituye, (...) un enclave de facilidad de ruptura del contrato de trabajo por parte del empleador en un contexto normativo orientado en sentido contrario; esta relajación de las reglas limitativas del despido constituye hasta cierto punto una exigencia "técnica" sin la cual no se podría cumplir su función de ensayo de la relación de trabajo. Pero hay que convenir también en que el periodo de prueba puede convertirse, si no se establecen límites al dictado empresarial de sus condiciones, en un recurso fácil para sortear las garantías legales de la defensa del puesto de trabajo³⁵⁰.

Gallego Moya, refrenda y justifica nuestra necesidad de revisar estos conceptos por constituir límites al periodo de prueba, cuando señala - invocando la jurisprudencia de los tribunales españoles - que la libertad resolutoria que reclama el empleador en el periodo de prueba, cede también en aquellos casos en que se incurra en abuso de derecho o en fraude de ley³⁵¹, criterio que ratifica Ballester Pastor, precisando que el periodo de prueba como instituto dirigido a conocer las aptitudes profesionales y humanas del trabajador, sirve para delimitar el alcance de este instituto evaluativo, particularmente en lo referido a la interdicción del abuso del derecho o el fraude a la ley³⁵².

³⁴⁹ Cfr. MARTÍN VALVERDE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 19.

³⁵⁰ MARTÍN VALVERDE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 20.

³⁵¹ Cfr. GALLEGO MOYA, Fermín. "Aspectos esenciales del periodo de prueba: Formalización, Duración y Extinción (Transformación y Tendencias de una institución clásica)". Ob. Cit. Pág. 370.

³⁵² Cfr. BALLESTER PASTOR, María Amparo. Ob. Cit. Págs. 48.

Finalmente, si pese a lo complicado que puede resultar acopiar los elementos probatorios necesarios³⁵³ que permitan crear certeza de su comisión, el trabajador logre aportar elementos probatorios suficientes sobre el fraude en el periodo de prueba, lo que deberá corresponder en contrapartida al empleador será, según refiere Sanguinetti Raymond, “aportar una justificación clara y objetiva, (...) basada en la aportación de elementos de juicio”³⁵⁴ relacionados con la necesidad de apoyarse en la norma de cobertura. Con ello, apuntaría a desvirtuar que se habría pretendido un objetivo ilícito con el uso de la citada norma, buscando sustentar de forma razonable y suficiente, la inexistencia de fines elusivos respecto de la aplicación de la norma que se atribuye como defraudada. Apoyándonos en un caso concreto, diríamos, que ante el cuestionamiento de una conexión entre el plazo general del periodo de prueba (artículo 10 LPCL) como norma defraudada con la norma que determina la calificación del cargo de confianza (artículo 43 LPCL) como norma de cobertura, el empleador deberá abocarse a sustentar que el uso de la norma referida al cargo de confianza fue hecho de modo regular, acreditando la naturaleza de la función y las reales labores realizadas³⁵⁵ por el trabajador demandante. La solidez de los argumentos y la acreditación de lo que Sanguinetti Raymond llama “la causa válida que justifique”³⁵⁶ el cargo asumido por el

³⁵³ Cfr. **ARCE ORTIZ, Elmer**. “Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y Deficiencias”. Ob. Cit. Pág. 201. El autor, dejando a salvo algunos supuestos excepcionales, señala que la tendencia es que en el fraude se requiere de una actividad probatoria mucho mayor, dado que la conducta fraudulenta se caracteriza por su camuflaje, por su apariencia legal, lo cual hace que quien alega la existencia de fraude tendrá una labor probatoria mas pesada.

³⁵⁴ Cfr. **SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo**. “Los contratos de trabajo de duración determinada”. Editorial Gaceta Jurídica. Segunda Edición. Noviembre 2008. Pág. 113.

³⁵⁵ **Casación Laboral N° 16953-2013 JUNÍN**, de fecha 12 de setiembre del 2014. Fundamento 5.4

³⁵⁶ Cfr. **SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo**. Ob. Cit. Pág. 112. Parafresemos lo referido por el autor, cuando alude a que el fraude en la contratación temporal defraudando la vinculación indeterminada, la situación prevista es “la ausencia de una causa válida que justifique” la contratación temporal.

trabajador a prueba, contribuiría a contradecir el argumento de una conexión irregular entre ambas normas. Se debe tener presente, como refiere Arce Ortiz, que estamos frente a una figura que, por su complejidad, se constituye en una herramienta propiamente judicial donde será el juez quien defina finalmente los límites de las prohibiciones y de las reglas jurídicas en general³⁵⁷. Por tanto, se hace necesario atender cada caso concreto para determinar si la norma a aplicar es realmente la que ha elegido el sujeto o bien es otra³⁵⁸.

Ahora bien, si el empleador no alcanza su cometido de contradecir y desvirtuar en forma válida y sustentada, los términos del fraude a la ley que se le atribuye, será el órgano jurisdiccional quien buscará aplicar la consecuencia de la norma defraudada³⁵⁹. Y esa consecuencia regular que proviene de la normatividad aplicable (artículo 10 LPCL), será dar por superada la etapa de evaluación al haberse excedido el plazo límite de tres meses que le correspondía, al no calzar en la calificación de cargo de confianza³⁶⁰.

Además, al haberse superado el periodo de prueba, el empleador se ubica dentro de la exigencia de causalizar acorde las causales recogidas en el artículo 25 LPCL para el despido ordinario, y frente a su incumplimiento podría afrontar dos probables escenarios: 1ro) Una pretensión de reposición por despido incausado³⁶¹ ó 2do) Una pretensión de indemnización tarifada

³⁵⁷ Cfr. **ARCE ORTIZ, Elmer**. Ob. Cit. Pág. 229.

³⁵⁸ Cfr. **ASQUERINO LAMPARERO, María José**. Ob. Cit. 153.

³⁵⁹ **ARCE ORTIZ, Elmer**. Ob. Cit. Pág. 231.

³⁶⁰ **Casación Laboral N° 16953-2013 JUNÍN**, de fecha 12 de setiembre del 2014. Fundamento 7.2

³⁶¹ Además, acorde con el Acuerdo tercero del V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, tendrá la posibilidad de reclamar una Indemnización por daños y perjuicios, en sustitución de las remuneraciones devengadas.

por despido arbitrario (opción poco recurrida en la práctica, dada el escaso récord de servicios alcanzado que haría mínimo el monto indemnizatorio y el predominante interés por recuperar el puesto de trabajo). En el primer escenario posible, le corresponderá asumir al empresario, la obligación de reponer al trabajador afectado con el irregular despido y la continuación de la relación laboral, acorde con los términos del contrato de trabajo que los vinculó primigeniamente (sea plazo fijo o indeterminado). Asimismo, deberá incluir al trabajador en la planilla de trabajadores de planta, con el reconocimiento del derecho a no ser despedido sin mediar causa justa³⁶², En el segundo escenario posible, además de la indemnización tarifada podría afrontar una eventual demanda de indemnización por daño moral, no siendo compatible daño emergente y lucro cesante³⁶³.

Por las diversas razones señaladas, consideramos necesario abocarnos en este acápite, a efectuar una breve revisión de estos dos conceptos que, por lo demás, no son privativos de una determinada área del derecho, sino que recalcan en todos sus ámbitos, incluido el derecho laboral. Para tal fin, lo que haremos a continuación, será recoger la definición de ambas figuras, exponer la casuística que permita advertir la presencia de conductas que incurren en fraude a la ley o abuso del derecho, y finalmente, pergeñar algunos fundamentos atendibles que respaldan la probable comisión de un despido fraudulento o uno abusivo, en el ejercicio del periodo de prueba.

4.2. El fraude a la ley en el periodo de prueba

³⁶² **BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos.** Ob. Cit. Págs. 46 y 47. El autor alude a la causalidad del despido como mecanismo de protección del trabajador ante la posibilidad de que ésta sea ejercida en forma arbitraria o discrecional.

³⁶³ **CASACIÓN LABORAL N° 699-2015 LIMA.** de fecha 26 de Noviembre del 2015. Pág. 15. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, asume que estos dos conceptos están subsumidos en la indemnización tarifada y por tanto significaría un enriquecimiento indebido.

4.2.1. Perfilando una definición y esbozando supuestos de su comisión

Si bien existen diversas formas de contravenir la ley, la más evidente de ellas, es la que se realiza de forma directa. Esta se concretiza:

*A través de la realización de una conducta claramente prohibida por la norma. En estos casos, es nítida la consecuencia jurídica de restar los efectos mal pretendidos a la conducta realizada. No obstante, junto a estos comportamientos, convive un quehacer infractor más oscuro y soterrado que también supone la contravención al ordenamiento*³⁶⁴.

A fin de entender lo que implica el fraude a la ley, nos apoyamos en primer término en la doctrina civil, donde encontramos autores como Taboada Córdova, quien refiere que éste se produce cuando “los sujetos celebran el negocio buscando una finalidad distinta a la contemplada por el legislador al establecer el esquema legal, es decir, una función totalmente distinta a la función socialmente útil que justificó la creación de ese esquema legal de figura negocial”³⁶⁵. Como bien lo precisa Albaladejo, dado que el negocio a realizar, persigue un fin prohibido por ley y puede ser invalidado, uno de los caminos a seguir para evitar ello (además de la simulación), sería realizar un negocio que, amparándose en normas dictadas con finalidad distinta, alcancen el resultado prohibido (negocio en fraude a la ley)³⁶⁶. Resulta importante rescatar también la precisión que realiza Espinoza Espinoza, quien considera que “en el fraude a la ley nos encontramos frente a un acto

³⁶⁴ Cfr. ASQUERINO LAMPARERO, María José. Ob. Cit. Pág. 151.

³⁶⁵ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato”. Editora Jurídica GRIJLEY EIRL. 1ra. Edición. Lima. Perú. Junio. 2002. Pág. 347.

³⁶⁶ ALBALADEJO, Manuel. “El negocio jurídico”. Librería BOSCH. Ronda Universidad, 11. Barcelona. España. 1958. Pág. 216.

que se ampara en una “norma de cobertura”, para evadir los efectos de una norma imperativa, denominada “norma defraudada”³⁶⁷. Neves Mujica ratifica estos conceptos, señalando que el fraude a la ley:

Consiste en eludir la regulación de la ley aplicable al hecho (ley defraudada), amparándose en una ley en estricto no aplicable a él (ley de cobertura). No interesa la intención del agente. Si una ley imperativa prohíbe llegar a determinado fin mediante un negocio, entonces tampoco puede alcanzar aquel a través de otro negocio. (...) Puede lograrse el fraude a la ley utilizando diversas vías, una de las cuales es la simulación³⁶⁸.

Esto significa entonces, que “en materia de fraude, lo que se celebra es un negocio jurídico verdadero, dirigido a producir todos sus efectos jurídicos, pero con el propósito de alcanzar los resultados prácticos de otro negocio, que no se ha llegado a celebrar, justamente porque no se quiere el sometimiento a las normas legales que lo regulan”³⁶⁹. Es decir que “la oposición a la norma no se produce abiertamente sino que se da “un rodeo a la ley amparándose en otra norma”³⁷⁰. El resultado es la contravención del sistema jurídico, pero no de una manera directa y abierta, sino de una manera disimulada o indirecta, aparentando el respeto del mismo. Lo que se hace es simular el respeto al ordenamiento jurídico, cuando en realidad

³⁶⁷ **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** “Abuso de derecho, fraude a la ley y apariencia: ¿principios que ayudan o confunden al operador jurídico”. AA.VV. En: “Negocio Jurídico y responsabilidad civil: Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova”. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima – Perú. 2004. Pág. 246.

³⁶⁸ **NEVES MUJICA, Javier.** “Introducción al Derecho del Trabajo”. Ob. Cit. Págs. 45 y 46.

³⁶⁹ **MORALES HERVIAS, Rómulo.** “Contratos simulados y contratos en fraude a la ley. A propósito de la teoría de la causa del contrato”. AA.VV. En: DOXA. Tendencias modernas del Derecho. Editora Normas Legales. Trujillo Perú. 2004. Pág. 132. Este autor recoge la definición de finalidad fraudulenta, expuesta por Lizardo Taboada Córdova en “Acto jurídico, negocio jurídico y contrato. Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L. Lima. 2002. Pág. 355.

³⁷⁰ Cfr. **ASQUERINO LAMPARERO, María José.** Citando a Arnau Moya F. Lecciones de Derecho Civil. Pág. 68. Ob. Cit. Pág. 152.

el verdadero objetivo de las partes es no respetarlo, buscando evitar la aplicación de determinadas reglas legales correspondientes a una determinada figura negocial³⁷¹. Entonces, lo que hay que hacer frente a un supuesto de fraude a la ley, es revisar el caso en concreto y “determinar si la norma a aplicar es realmente la que ha elegido el sujeto o bien es otra. Esto quiere decir que el fraude a la ley necesita ser probado y bajo ningún caso, se presume”³⁷².

A continuación, llevaremos los presupuestos señalados anteriormente al ámbito de la institución que nos ocupa, en un intento por mostrar como se concretaría esta conducta irregular en el ámbito del periodo de prueba. Nos apoyamos para este fin, en los requisitos para su comisión que sustenta Asquerino Lamparero³⁷³: La autora señala la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a. Presencia de dos normas
- b. Acto permitido por una norma (la denominada norma de cobertura o norma de conflicto) ya sea expresa o tácita (esto es, que el acto no esté prohibido expresamente)
- c. La conducta comporta la inaplicación de otra norma que es imperativa.
- d. La intención de defraudar por parte de quien actúa

En el ámbito del periodo de prueba. - Apoyados siempre en el caso expuesto en el acápite anterior, tendríamos: **a) La presencia de dos normas.** Una relacionada con el plazo general del periodo de prueba y otra relacionada con la calificación de cargo de confianza. **b) El acto permitido o de cobertura** sería ésta última, la misma que ha sido usada a través de la suscripción de un acto jurídico verdadero como es el contrato de trabajo

³⁷¹ Cfr. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Ob. Cit. Págs. 355 y 356

³⁷² Cfr. ASQUERINO LAMPARERO, María José. Ob. Cit. Pág. 153.

³⁷³ Cfr. ASQUERINO LAMPARERO, María José. Ob. Cit. Pág. 152 y 153.

donde se asignó dicha calificación y el plazo ampliatorio de seis meses de prueba. **c) La norma defraudada** será, para estos casos de fraude a la ley en el periodo de prueba, necesariamente una relacionada con la aplicación y alcances de esta institución jurídica, tanto en la norma laboral sustantiva como reglamentaria. Para el caso en particular, el efecto que se pretende eludir, es el plazo general previsto en el artículo 10 LPCL, norma que, como se ha señalado precedentemente, contempla dicho plazo como piso mínimo de naturaleza imperativo, a partir de su previsión temporal limitativa a favor del trabajador. Y finalmente, **d) El elemento volitivo** que proviene del empleador, como agente del fraude a la ley. Sin embargo, reiteramos en este punto que, cuando menos para este caso en particular, el elemento intencional, podría ser materia de contradicción en sede judicial a partir de una adecuada sustentación respecto a la naturaleza del cargo asignado que lo alejaría del móvil de fraude que se le atribuye.

Finalmente, es importante hacer notar que si bien no existe previsión expresa del fraude a la ley en el periodo de prueba, ello no impide su aplicación ya que esta figura si se encuentra prevista y recogida en la normativa del derecho laboral³⁷⁴. Ello nos permite, a partir de una aplicación sistemática e integral de este cuerpo normativo, concluir en su previsión y sanción válidas en el tratamiento del periodo de prueba.

A partir de lo glosado hasta acá, y en el entendido que el concepto en estudio es eminentemente casuístico³⁷⁵, lo que corresponde es la revisión de los presupuestos antes analizados, a partir de su presencia en algunos casos concretos. Revisemos entonces la mínima casuística de nuestro país, acerca del fraude en el periodo de prueba.

³⁷⁴ El inciso d) del artículo 77 del Decreto Supremo N° 003-97 TR, establece como causales de desnaturalización de los contratos modales y su conversión a uno de naturaleza indeterminada, la existencia de simulación o fraude a sus normas.

³⁷⁵ Cfr. ASQUERINO LAMPARERO, María José. *Ibidem*.

1er Caso: Fraude en la ampliación del periodo de prueba, por irregular calificación del cargo de confianza. - Un primer caso lo encontramos en el Exp. N° 02456-2012 AA/TC (considerando 3.3.5), donde el supremo intérprete de la constitución, hace evidente la factibilidad de incurrirse en supuestos de fraude en la aplicación del periodo de prueba³⁷⁶. Otro caso similar se evidencia en la Casación Laboral recaída en el Exp. N° 16953-2013 JUNIN, en cuyo considerando 5.4, la Corte Suprema señala que no se puede amparar la utilización fraudulenta o simulada de las instituciones del Derecho Laboral, que en el presente caso, a partir de una mala calificación de un trabajador como cargo de confianza, terminó siendo despedido en un periodo de prueba ampliado a seis, cuando debió corresponderle únicamente el plazo ordinario de tres meses establecido como límite en el caso de los trabajadores comunes, al no tener las características de un cargo de confianza que se le atribuía³⁷⁷. El efecto a aplicarse y las responsabilidades a asumir por el empresario, en este irregular acto extintivo, se han señalado precedentemente (párrafos finales del numeral 4.1 de este sub capítulo III.2).

2do. Caso: Fraude al usar el periodo de prueba, como mecanismo de descongestión de la carga de trabajo y un supuesto resultado insatisfactorio de la evaluación. - Martín Valverde, expone este caso de fraude a la ley, que se produce cuando se contrata a trabajadores eventuales, haciéndoles creer que es para un puesto fijo, buscando únicamente a través de esa falsa motivación, que brinden un sobreesfuerzo.

³⁷⁶ Exp. N° 02456-2012 AA/TC seguido por Jacqueline Carranza Maza contra Deutsche Farma S.A.C, donde la actora reclamó su reposición por despido discriminatorio debido a su condición de mujer embarazada. El TC al analizar las diversas variables que determinaron la denegatoria de la pretensión, incluyó el hecho que tampoco había acreditado el cuestionamiento a la designación de trabajadora de confianza, que permitiera advertir que hubo fraude en dicha ampliación convencional del plazo de prueba a seis meses.

³⁷⁷ CAS. LAB. N° 16953-2013 JUNIN, de fecha 12 de Setiembre del 2014, Ob. Cit. fundamentos 5.4. y 7.2.

Lo único que se pretende, es descargar una acumulación transitoria de trabajo que afronta la empresa. Luego de alcanzado el objetivo de descongestión, se prescinde del trabajador con el pretexto del resultado insatisfactorio de prueba³⁷⁸. Entendemos que para hacerles creer que es un puesto fijo, tiene que haberse producido una contratación de dicha naturaleza indeterminada (sea verbal o escrita); por tanto nos encontramos frente al uso como norma de cobertura, a la contratación laboral de plazo indeterminado; sin embargo, al tener ya prefijado el objetivo de prescindir del trabajador de cualquier forma, es claro que lo que se pretende eludir es la norma que establece el efecto regular frente a una superación del periodo de prueba, por tanto, se defrauda la norma relacionada con esta institución. El efecto, como ya se señaló, se orientará a la reposición, como mecanismo de sanción frente al fraude de ley, la superación del periodo de prueba y protección frente al despido.

4.2.2. El despido fraudulento

Luego de haber revisado los presupuestos que determinan la comisión de un acto en fraude a la ley, estableciéndose que éste se produce cuando se infringe un derecho objetivo que es la norma aplicable, buscando su trasgresión al amparo de otra diferente. Habiéndose evidenciado, además, que la normativa laboral prevé la presencia y sanción de conductas fraudulentas al interior de las relaciones laborales, tal como lo establece el acotado artículo 77 de la LPCL, resta preguntarse, si la presencia de este tipo de actos durante el periodo de prueba, pueden derivar en la comisión de despidos fraudulentos al interior de dicho lapso inicial del contrato.

En primer lugar, recordemos que la figura del despido fraudulento ya existe en el ordenamiento jurídico y ha sido creada jurisprudencialmente por el propio TC (a partir del caso Telefónica y la tipología establecida en el

³⁷⁸ Cfr. MARTÍN VALVERDE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 165.

Expediente N° 976-2001-AA/TC, Caso Eusebio Llanos Huasco), donde se estableció que se produce este tipo de despido, cuando:

Se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, como lo ha señalado, en este último caso, la jurisprudencia de este Tribunal (Exp. N.° 415-987- AA/TC, 555-99-AA/TC y 150-2000-AA/TC); o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (Exp. N.° 628-2001-AA/TC) o mediante la "fabricación de pruebas.

En segundo lugar, debemos tener presente que esta modalidad de despido tiene en su esencia una naturaleza especial, que se distingue de otros tipos, esto es, además de una violación flagrante de la dignidad del trabajador y de los derechos fundamentales laborales, ya sean específicos o inespecíficos; también, cobra vital protagonismo el “fraude”, el cual resulta ser un acto sustancialmente preponderante en la ruptura del vínculo laboral³⁷⁹.

Asimismo, el supremo intérprete de la constitución alude a la presencia de despido fraudulento, cuando se utiliza una modalidad contractual distinta a la prevista por el ordenamiento jurídico vigente. Así lo dejó sentado en la causa recaída en el expediente N° 06235-2007-PA/TC, donde señaló que: “este Colegiado considera que la ruptura del vínculo laboral, sustentada en una utilización fraudulenta de una modalidad de contratación (...) configura un despido fraudulento”.

Además, como lo señala Blancas Bustamante, la invalidez de este tipo de despido, proviene del hecho que el empleador utiliza, formalmente, las

³⁷⁹ **SANCHEZ FERRER CHÁVEZ, Luis Manuel.** “El despido fraudulento en el régimen laboral privado ante el proceso laboral peruano”. Junio 2011. Trujillo. Perú. Pág. 1. Consulta: 10 de setiembre del 2017. Artículo recogido en: <https://es.scribd.com/doc/95685446/Despido-Fraudulento-en-el-Regimen-Laboral-Privado-ante-el-Proceso-Laboral-Peruano>

disposiciones de la ley para justificar un despido que carece de justificación real³⁸⁰. En buena cuenta, lo que se busca es defraudar la previsión jurisprudencial creada por el TC respecto al despido incausado³⁸¹, apoyándose en las normas que prevén el despido por causa justa y el procedimiento formal del despido. Vale decir entonces, que el despido fraudulento, en estricto, es un despido incausado, que tiene el agravante de recurrir al fraude (hechos inexistentes, falsos o imaginarios, el vicio de la voluntad o la fabricación de pruebas), para mostrarse con la apariencia de un despido con causa, buscando evitar precisamente el mandato de reposición que prevé el TC para el despido incausado.

Dicho todo lo anterior, consideramos, que el despido fraudulento en el periodo de prueba (*a partir de la revisión de la tipología creada por el TC y lo preceptuado por el inciso d) del artículo 77 de la LPCL*) también debiera tener como elemento matriz que lo sustenta, el ánimo de defraudar un precepto normativo laboral a través de la aplicación de otro, buscando como resultado final, la extinción irregular del vínculo laboral del trabajador durante dicho periodo de evaluación. Para los fines de sustentar su aplicación, exponemos el siguiente escenario:

Un trabajador es inducido a firmar un atractivo contrato de trabajo de plazo indeterminado; sin embargo, se le indica que deberá superar un periodo de prueba de seis meses, bajo el falso argumento que el cargo a desempeñar será uno de confianza. Al culminar el último día de los seis meses de labores previsto, es despedido por no haber superado el

³⁸⁰ **BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos.** “El despido en el derecho laboral peruano”. ARA Editores. 2da. Edición. Lima-Perú. 2006. Pág. 384.

³⁸¹ Cfr. **VINATEA RECOBA, Luis.** “Las formas de tutela procesal del despido a partir de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”. Ob. Cit. Pág. 543. Como ya lo dijimos, el autor refiere que el despido fraudulento es un despido sin causa, en el que se simula la existencia de la misma para evitar su análisis en la vía del amparo.

periodo de prueba. El trabajador se desconcierta al no entender en que radicó su falta de idoneidad. Por el contrario, tenía la certeza que su desempeño fue correcto, jamás mereció observación alguna durante el periodo laborado y además, pudo advertir objetivamente que se desempeñó tan igual e incluso mejor que sus pares en la empresa. Todo ello, además de venir precedido de una amplia experiencia de varios años en otra empresa. Al ver que sus cuestionamientos tenían asidero, optó por informarse mejor y acceder al cuadro organizacional de la empresa, advirtiendo que su cargo nunca tuvo las características legales de uno de confianza.

El escenario descrito anteriormente, que asemeja mucho a los que viene abordando la jurisprudencia laboral ordinaria y constitucional³⁸², nos muestra, a partir de todo lo revisado, que estaríamos ante un evidente fraude a la normatividad del periodo de prueba, particularmente en lo que corresponde al plazo general de tres meses que vendría a ser la norma defraudada (además de defraudarse el artículo 43 de la LPCL que establece cuando se trata de cargo de confianza y el artículo 59 del Reglamento, D.S. N° 001-96 TR, que establece el procedimiento para determinar dicho cargo), por una irregular aplicación del plazo ampliado de seis meses, que vendría a ser la norma de cobertura. Pero además del fraude a la ley, también se advierte la presencia de engaño en la

³⁸² Un caso bastante similar se abordó en la **CAS. LAB. N° 16953-2013 JUNÍN, del 12 de diciembre del 2014**, Leonidas Jesús Chávez Avilés contra MIBANCO sobre Reposición, donde la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, determinó la existencia de un despido incausado (ya que no se discutió los componentes de engaño y fin perverso que se plantean en el caso analizado) al advertirse que el cargo asignado no era de confianza. Si bien la demandada alegó que el actor no cuestionó judicialmente el tipo de cargo asignado, la Corte Suprema concluyó que dicha impugnación era facultativa no obligatoria, por tanto, nada impedía que se analice la naturaleza del cargo asignado. Por tanto, al concluir que el cargo no era de confianza y habiendo laborado más de tres meses, se tuvo por superado el periodo de prueba y se dispuso su reposición, bajo un vínculo laboral a plazo indeterminado (ver fundamentos 5.4, 6.1 a 6.2 y 7.2). y **STC N° 02456-2012 AA/TC**, donde el TC considera que la actora debió cuestionar en otra vía, la ampliación del periodo de prueba.

designación del cargo a desempeñar, aunado a una premeditada y perversa intención de despedirlo de todas maneras, sin importar los resultados del periodo de evaluación aplicado en exceso. Ello evidencia, además, la atribución de un hecho falso al trabajador: mal desempeño y por tanto la no superación de las expectativas. Finalmente, tenemos un trabajador inducido a error, al ser víctima de un engaño (vicio de la voluntad, como uno de los presupuestos del despido fraudulento³⁸³), que propició la firma de un contrato con un periodo de prueba que no le correspondía, propiciando con ello su despido irregular en periodo de prueba. Por lo tanto, tenemos un despido que se produce con todos los matices para encuadrarse en un despido fraudulento (acorde con la tipología del TC) ocurrido al interior del periodo de prueba.

A partir de lo señalado, consideramos que es plenamente factible la comisión de este tipo de despido en el periodo de prueba, y el propio TC se ha encargado de refrendarlo, al señalarlo expresamente en otro caso referido a un trabajador que fue despedido por invocación y aplicación de dicho periodo de evaluación; sin embargo, al tratarse de un trabajador reincorporado de acuerdo a la Ley N° 27803, (ceses colectivos), el máximo intérprete de la constitución, determinó que no correspondía someterlo al tránsito de dicho periodo de prueba. Esto fue materia de pronunciamiento en el Exp. N° 00891-2007 PA/TC donde el TC, finalmente calificó de fraudulento dicho despido.

Por lo tanto, habiendo sustentado la existencia de este tipo de despido al interior del periodo de prueba, es claro que debe constituirse como uno de los límites en la aplicación de este instituto bajo estudio. Sin embargo, también es importante hacer notar que se trata de un objetivo complicado

³⁸³ El TC a partir del supuesto recogido en el caso del Exp. N.º 628-2001-AA/TC, donde la empleadora pretendió mostrar como una renuncia lo que en realidad había sido un despido determinó que éste constituye un presupuesto del despido fraudulento.

ya que la conducta fraudulenta se caracteriza por su camuflaje, por su apariencia legal, y por tanto, la prueba de quien lo alegue (usualmente el trabajador) será más pesada³⁸⁴. En el capítulo siguiente, nos abocaremos a desarrollar las consecuencias que debiera conllevar su eventual aplicación por el empleador.

4.3. El abuso de derecho en el periodo de prueba

4.3.1. Perfilando una definición y esbozando supuestos de su comisión

A pesar que el fraude a la ley y el abuso de derecho tienen como fin común, alcanzar fines opuestos al ordenamiento jurídico, tienen diferencias sustanciales en su configuración. En el abuso de derecho se ejercita un derecho subjetivo, desviándose de su fin, causando un daño. En el fraude a la ley se infringe un derecho objetivo que es la norma aplicable, buscando su trasgresión al amparo de otra diferente. Además, en el abuso del derecho hay exceso por mal uso del derecho subjetivo, en el fraude a la ley, hay mal uso del derecho objetivo, usando las normas en forma torcida³⁸⁵.

Así las cosas, tenemos entonces que el abuso de derecho, conforme lo señala Espinoza Espinoza, es una limitación intrínseca del derecho subjetivo que se configura con el conflicto entre éste y un legítimo interés³⁸⁶. Resulta importante también, la alusión de Fernández Sessarego, a la presencia de dos teorías en la definición del concepto en estudio. Según la teoría subjetivista, tendríamos que el abuso de derecho, sería el ejercicio de un derecho subjetivo con la intención de perjudicar a otro sujeto o, en

³⁸⁴ **VILCHEZ GARCÉS, Lidia.** “Desnaturalización del contrato de trabajo”. Artículo incluido en IUS et VERITAS. N° 36. Julio 2008. Pág. 375.

³⁸⁵ **ORDOQUI CASTILLA, Gustavo.** “Abuso de Derecho”. Grupo Editorial Ibáñez. Pontificia Universidad Javeriana. Colección Internacional N° 20. 2da. Edición. Bogotá. Colombia. 2010. Pág. 104.

³⁸⁶ **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** Ob. Cit. Pág. 257.

cualquier caso, sin que su actuación origine un beneficio propio. Y al amparo de la concepción objetiva, el elemento gravitante no sería la intención de perjudicar de parte del titular del derecho, sino el manifiesto ejercicio anormal de un derecho subjetivo³⁸⁷. En resumen, y acorde con lo señalado por Rubio Correa, hablar de abuso del derecho alude a un acto en principio lícito, es decir, el ejercicio de un derecho subjetivo dentro del sistema jurídico de que se trate; sin embargo, ese acto aun cuando es lícito, contraría el espíritu o los principios del Derecho en el transcurso de su ejecución³⁸⁸.

Habiéndose precisado los presupuestos de un acto que configura abuso de derecho, resta precisar que si bien estos alcances han sido recogidos de la doctrina civil (donde tiene mayor desarrollo), ello no implica que esta figura se encuentre al margen del ámbito laboral, ya que, si bien la LPCL no lo establece expresamente en el caso del periodo de prueba, si deja sentado su rechazo, en el caso de las designaciones y promociones de los trabajadores de dirección y de confianza. Consideramos que esta referencia expresa en el artículo 44 de la LPCL, no puede significar que el legislador haya pretendido focalizar su radio de acción únicamente al ámbito de los trabajadores de dirección y de confianza, pudiendo válidamente extenderse a todas las instituciones que aborda dicha norma, máxime, si la carta magna vigente - de la cual dimanar los parámetros a seguir en el plano infra constitucional - lo prevé y lo rechaza de manera expresa, en el penúltimo párrafo de su artículo 103.

Llegados a esta parte, estamos en condiciones de recoger algunos casos que evidenciarían su comisión:

³⁸⁷ Cfr. **FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos**. "Abuso del Derecho". Editorial ASTREA. Buenos Aires. Argentina. 1992. Págs. 125 y 129.

³⁸⁸ **RUBIO CORREA, Marcial**. "Título Preliminar. Biblioteca para leer el Código Civil". Vol. III. Fondo Editorial PUCP. 7ma. Edición. Lima. Perú. Noviembre. 1996. Pág. 43.

1er Caso: Establecer periodo de prueba a pesar que ya se conoce las aptitudes del evaluado al haber laborado en otras empresas del empresario.- Se denuncia abuso de derecho porque si bien el empresario, está recurriendo a los alcances de la norma aplicable, lo hace excediendo abusivamente dicha potestad, ya que conoce perfectamente las aptitudes del trabajador, debido a que viene prestando servicios para otras empresas, en ciertos supuestos de relación entre las mismas sin constituir un grupo o unidad económica³⁸⁹.

2do. Caso: Enlazar periodos de prueba con distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo. - Ballester Pastor hace referencia a este supuesto al que llama enlace de periodos de prueba con diferentes trabajadores, para evitar la cobertura de un puesto de trabajo de naturaleza indefinida o incluso temporal³⁹⁰. López Gandía, lo llama contratación en cadena, donde a distintos trabajadores en prueba para un mismo puesto de trabajo, se les termina resolviendo sus contratos antes de la llegada del término del periodo de prueba³⁹¹.

3er. Caso: Usar el periodo de prueba como instrumento de amenaza y presión, generando una preocupación permanente al trabajador, exigiéndoles un rendimiento mayor que el trabajador estable, replicando durante todo el periodo, el consabido mensaje: “recuerda que estás a prueba”.

³⁸⁹ Cfr. **LOPEZ GANDÍA, Juan.** Ob. Cit. Pág. 124. El autor invoca este supuesto, apoyándose en la jurisprudencia (STS del 11 de enero del 2005, Rec. 253/2004).

³⁹⁰ Cfr. **BALLESTER PASTOR, María Amparo.** Ob. Cit. Pág. 43. La autora plantea este supuesto, apoyado en SALA FRANCO (Dir) y OTROS, Derecho del Trabajo. Valencia. España. 1994. Pág. 289.

³⁹¹ Cfr. **LOPEZ GANDÍA, Juan.** Ob. Cit. Págs. 123 y 124.

4to. Caso: Extinguir el vínculo laboral de un trabajador a prueba, sin haberse dado inicio a la prestación efectiva de servicios. Caso recogido en la casuística nacional³⁹² y extranjera³⁹³.

En resumen y de forma genérica, se podría catalogar como abuso de derecho, a todos aquellos actos que desvirtúan la razón de ser del periodo de prueba³⁹⁴. Pasemos ahora, a revisar aquellos presupuestos que determinarían la aplicación de un despido abusivo.

4.3.2. El despido abusivo

Habiendo logrado determinar que el abuso del derecho corresponde a aquel acto reputado como lícito, pero que en su ejercicio contraviene el espíritu o los principios del Derecho; entonces, si el resultado de dicho acto, trae como consecuencia la comisión de un despido, nos encontraremos frente a uno, que bien podría calificarse como despido abusivo.

En la doctrina comparada se viene produciendo un tratamiento más prolífico de este tipo de despido. Así tenemos que **Francia** ha desarrollado ampliamente la concepción de despido abusivo, basada en el abuso del derecho de despedir. Esta doctrina postula que por la ruptura abusiva del contrato de trabajo deben indemnizarse los perjuicios materiales y morales del trabajador³⁹⁵. A su vez, en la doctrina laboral **uruguaya**, autores como

³⁹² **Exp. N° 31417-2012. Sentencia de fecha 30 de julio del 2015.** Cuarta Sala Laboral de Lima, concluyó que al no permitirle realizar labor efectiva y despedirlo se había desnaturalizado el periodo de prueba, para concluir en una medida indemnizatoria por daños y perjuicios. Sentencia con calidad de cosa juzgada.

³⁹³ **STSJ Madrid 17 de diciembre 2010 (JUR 2011/107085).** Caso citado por Gallego Moya, Fermín. Ob. Cit. Pág. 364 y 365. La Sala lo considera como un caso paradigmático del abuso del periodo de prueba, al acoger en la empresa a una trabajador y poner fin a la relación laboral sin haber dado la más mínima oportunidad de demostrar su valía profesional.

³⁹⁴ Cfr. **ASQUERINO LAMPARERO, María José.** Ob. Cit. Pág. 163.

³⁹⁵ **GAMONAL CONTRERAS, Sergio.** "El daño moral por término del contrato de trabajo. Su indemnización en los casos de despido abusivo e indirecto y su fundamento en el contenido ético jurídico del contrato de trabajo". Editorial EDITREM. Santiago de Chile. Chile. 2000. Pág. 33. Consulta: 30 de octubre del 2017.

Francisco de Ferrari, han abordado el tratamiento de este tipo de despido, señalando el daño que se produce en el trabajador, por el abuso que hace el patrono de su derecho a rescindir el contrato, el cual, según indica “*no es un acto discrecional*”. Además, en este análisis, diferencia la medida resarcitoria que corresponde a una ruptura abusiva del contrato, con la otra, a la que llama indemnización por despido o antigüedad. Precisa, además, que la primera se rige por las leyes comunes y la segunda en las leyes laborales³⁹⁶. En la doctrina laboral **chilena**, que también tiene un avance significativo sobre el tema, resulta interesante el enfoque de aplicación que se le da a este tipo de despido, que lo asemeja a la clasificación dada en nuestro país a los despidos incausados y fraudulentos. Así, vemos que el profesor chileno Gamonal Contreras, define al despido abusivo como aquel donde:

El empleador desea despedir al trabajador, pero no se ha configurado causa que permita poner término a la relación laboral o, con el objeto de no pagar las indemnizaciones por término de contrato, aplica una causal que lo exonere del referido pago. (...) En estos casos, actuando de mala fe intenta aplicar una causal de despido que no corresponde, o no invoca causal alguna, incurriendo en un despido abusivo o arbitrario³⁹⁷.

Este autor es categórico al afirmar que “si el empleador “no invoca causal alguna” se configura siempre un despido abusivo”³⁹⁸, criterio que, por lo

Enlace web: <http://www.esuelasindical.org/blog/wp-content/uploads/2006/09/dano-moralgamonal.pdf>

³⁹⁶ Cfr. **DE FERRARI, Francisco**. “**Derecho del Trabajo**”. Vol. II. Ediciones Depalma. 2da. Edición Actualizada. Buenos Aires. Argentina. 1969.

³⁹⁷ **GAMONAL CONTRERAS, Sergio**. Ob. Cit. Pág. 32.

³⁹⁸ **GAMONAL CONTRERAS, Sergio**. Ob. Cit. Pág. 35.

demás, refuerza nuestra posición de “invadir” el ámbito del periodo de prueba frente a un despido incausado, obligando al empleador a causalizar la decisión extintiva y desvirtuar cualquier imputación de trato vulneratorio a los derechos fundamentales del trabajador (*véase acápite referido a la causalización del periodo de prueba, Sub Capítulo III.1, pág. 92 y ss*).

Complementando lo anterior, es importante señalar que, si bien se entiende al despido abusivo, como aquel que se produce cuando existe un abuso en el ejercicio del derecho, que tiene todo empleador, de despedir a un trabajador; sin embargo, para que sea abusivo, debe existir ciertamente, una violación grosera, un uso realmente desmedido, inmotivado u obedeciendo a móviles extra laborales³⁹⁹. Pero, además, aquel que pretenda el pago de este tipo de indemnización, diferente a la tarifada, deberá acreditar ese hecho antijurídico, ese dolo, malicia o ánimo de daño⁴⁰⁰. Lo que nos muestra que no es suficiente que el despido parezca como injustificado para que se configure una hipótesis de despido abusivo⁴⁰¹.

Cumpliendo con los presupuestos antes señalados, podremos hablar de un despido abusivo, que puede a su vez, dar lugar a una indemnización especial por encima de la tarifada⁴⁰². Como refiere Barbagelatta, citado por

³⁹⁹ Cfr. FERREIRA POZZI, Jesús. “Uruguay: Despido Abusivo: ¿Cómo influye en la indemnización por despido? Doctor en derecho. Facultad de Derecho de la Univ. de la República. Uruguay. Consulta: 16 de octubre del 2017. Enlace web: <http://www.mondaq.com/Uruguay/x/516592/Unfair+Wrongful+Dismissal/Despido+Abusivo+Cmo+Influye+En+La+Indemnizacin+Por+Despido>

⁴⁰⁰ Cfr. FERREIRA POZZI, Jesús. “Uruguay: Despido Abusivo: ¿Cómo influye en la indemnización por despido? Ibídem.

⁴⁰¹ Cfr. RASO-DELGUE, Juan. “El Despido Abusivo”. Artículo de derecho laboral. Catedrático de Derecho de Trabajo en la Universidad de la República de Uruguay. Consultor OIT. Consulta: 20 de octubre del 2017. Enlace web: <http://docplayer.es/13678591-Despido-abusivo-de-juan-raso-delgue.html>

⁴⁰² Cfr. RASO-DELGUE, Juan. “El Despido Abusivo”. Ibídem.

Raso-Delgue, la indemnización por despido forfaitaire sólo cubre el daño normal del despido, pero es posible aplicar indemnizaciones complementarias, en función de la forma y oportunidad en que opera el despido, la condición del trabajador, el móvil del empleador, etc.⁴⁰³. Y es que cuando se habla de la indemnización tarifada por despido, se alude a una que tiene carácter restringido, ella cubre únicamente el daño que provoca el incumplimiento del empleador al deber de respetar la conservación del empleo del trabajador. Si existen actos distintos del despido, que configuren incumplimientos del empleador, de deberes diferentes al de respetar la conservación del empleo, que ocasione daño moral al trabajador, procede la reparación de dicho perjuicio en forma independiente a la tarifa legal⁴⁰⁴.

En el caso de nuestro país, si bien este tipo de despido, no se encuentra dentro de la tipología reconocida por la legislación o la jurisprudencia del TC (arbitrario, nulo, incausado, fraudulento), no se puede negar que se viene mostrando un pequeño esbozo en la doctrina nacional y, de manera indirecta, en la jurisprudencia laboral ordinaria, al abordar el tema de la indemnización por daño moral, frente a un uso abusivo o extralimitado del periodo de prueba. En efecto, autores nacionales como Arce Ortiz, se apoyan en esta calificación, para signar de tal forma al despido arbitrario que no conlleva una causa justa debidamente comprobada o para cuestionar el exceso cometido en la aplicación del despido sin causa durante el periodo de prueba. En ambos casos, concluye en la existencia de un ejercicio irregular del derecho a despedir, que contraviene los alcances del artículo 103 de la constitución vigente⁴⁰⁵. En el caso de la jurisprudencia

⁴⁰³ Cfr. RASO-DELGUE, Juan. “El Despido Abusivo”. *Ibíd.*

⁴⁰⁴ Cfr. MANGARELLI, Cristina. “Daño moral en el derecho laboral”. Acali Editorial. Montevideo – Uruguay. 1984. Pág. 129.

⁴⁰⁵ Cfr. ARCE ORTIZ, Elmer. “La relevancia constitucional de las formalidades y procedimientos en el despido”. *Ob. Cit.* Pág. 10. ; Cfr. *Diario El Comercio*. Edición del 09 de Octubre del 2015. “Debate: Se

laboral ordinaria, la Cuarta Sala Laboral de Lima, ha emitido un pronunciamiento que evidencia la posición que viene asumiendo la judicatura laboral, en torno a la aplicación de indemnizaciones por daños y perjuicios, particularmente el daño moral, cuando se ha producido un despido haciendo un uso abusivo del periodo de prueba, afectando la dignidad del trabajador. Así se ha pronunciado en un caso relacionado con la desnaturalización del periodo de prueba (N° de Exp. véase en pie de página del acápite 4.3.1 de este capítulo III, pág. 161), al haberse despedido durante este periodo sin haber realizado prestación efectiva de servicios. Esta Sala Laboral, expuso en su sentencia de vista, los argumentos que respaldan lo revisado hasta acá (la prestación de servicios como presupuesto de validez del periodo de prueba), además de imponer una indemnización por daño moral, al tratarse de un despido que excede los márgenes de aplicación del periodo de prueba. Esta Sala Laboral señaló lo siguiente:

(...) el día en que se debieron iniciar las labores efectivas del actor, (...) no se le otorgó labor alguna (...) que le permitiera demostrar sus capacidades y potencialidades y más bien, a criterio de este Colegiado, la demandada desnaturalizó con su actuar la institución jurídica del período de prueba (Fundamento 35).

*(...) bajo la figura que el actor se encontraba en período de prueba y que en virtud a ella, la empresa dio por extinguida la relación laboral, pues admitir ello implicaría desnaturalizar el objeto de la figura del período de prueba y afectar el principio-derecho a la dignidad del trabajador, **lo cual determina que el daño debe ser indemnizado***

debe indemnizar por despido en periodo de prueba". ARCE ORTIZ, Elmer asumiendo posición a favor y LORA, Germán, asumiendo posición en contra. <http://archivo.elcomercio.pe/opinion/colaboradores/debate-se-indemnizar-despido-periodo-prueba-noticia-1846865>

pues constituye presupuesto básico de convivencia en un Estado democrático y social la interdicción de la arbitrariedad, no solamente en las relaciones jurídicas en que interviene el Estado sino también en las relaciones particulares o inter privados. (Fundamento 36).

*(...) siendo que los motivos invocados por el demandante respecto al **daño moral ocasionado** resultan perfectamente entendibles teniendo en cuenta la **aflicción y angustia que genera la privación de su fuente de ingreso** que sirven para su propio sustento y de su familia, así como **la expectativa de tener una ocupación digna**. (Fundamento 40).*

A partir de lo glosado y aterrizando los conceptos y posiciones recogidas al ámbito de la institución en estudio, podemos convenir en que el periodo de prueba, constituye un derecho que franquea la ley – principalmente – al empleador para garantizarle un filtro adecuado en la contratación de personal. Sin embargo, su ejecución, a partir de la permeable y complaciente interpretación que defiende un sector de la doctrina, conlleva a los supuestos de abuso de derecho que hemos expuesto en el acápite anterior, todo lo cual, nos muestra que el empleador contratante tiende a extralimitarse en el ejercicio de este periodo de evaluación. Es tan evidente y grosero este accionar, que la propia judicatura laboral (como las Salas Laborales Superiores), lo cuestiona en sus pronunciamientos y la doctrina nacional, empieza a mostrar incipientes críticas en similar sentido. Dejamos en claro, que no se trata de una inaplicación del artículo 10 de la LPCL, sino de una aplicación regular pero abusiva, que se extralimita y llega a trastocar el fundamento del periodo de prueba⁴⁰⁶. Un supuesto de reciente

⁴⁰⁶ MARTIN VALVERDE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 283. En consonancia con el criterio que exponemos en este punto, el autor, señala que el desenvolvimiento lógico del periodo de prueba lleva a la necesidad de conceder al trabajador un margen de tiempo que le permita acomodarse al puesto y a partir de ahí demostrar su valía profesional. En buena cuenta, el autor abona a favor de nuestra posición, respecto a que es inaceptable hablar de periodo de prueba sin haberle permitido siquiera ingresar a ejercer las

actualidad, proviene de la casuística de la Corte Suprema⁴⁰⁷, donde la trabajadora es persuadida a renunciar con ventajas atractivas, dejando otra empresa donde tenía un excelente desempeño y además un vínculo de plazo indeterminado, para luego proceder a despedirlo sin causa alguna bajo el argumento de encontrarse en periodo de prueba. En este caso real y actual, que ha generando posiciones discordantes en la doctrina nacional, nos adscribimos a lo señalado por el profesor Arce Ortiz, en el extremo que alude al ejercicio abusivo del despido sin causa en el periodo de prueba⁴⁰⁸. Si bien el mandato indemnizatorio se orientó a resarcir la frustración de la carrera laboral del trabajador con vulneración del deber de buena fe, debe tenerse presente que en su tratamiento subyace un aspecto relacionado con el periodo de prueba, ya que el empleador justificó su decisión, en lo que entendía como la facultad que le otorgaba el artículo 10 de la LPCL (conforme lo señaló en su escrito de contestación). Corrobora esta posición Puntriano Rosas, cuando cuestiona la existencia de mala fe en este caso, precisando, por el contrario, que:

La trabajadora venía laborando casi tres meses en la última empresa por lo que entendemos que existió un lapso prudente para que ésta pudiera obtener algunas conclusiones en

labores materia de prueba. Es más, el autor en mención, sienta posición señalando que una trasgresión de esta naturaleza donde se ejerce el despido sin haberle permitido un plazo de afianzamiento para mostrar su valía, constituiría un despido abusivo.

⁴⁰⁷ **CASACIÓN LABORAL N° 7095-2014 LIMA.** Causa seguida por Eryka San Miguel Wong contra Deportes Aventura S.A.C sobre Indemnización por Daños y Perjuicios. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Emitida con fecha 17 de junio del 2015.

⁴⁰⁸ **Diario El Comercio. Edición del 09 de Octubre del 2015. “Debate: Se debe indemnizar por despido en periodo de prueba”.** Ibídem.

relación con el desempeño de la trabajadora. En esa Línea no compartimos el criterio de la Corte⁴⁰⁹.

Por ello, consideramos que este caso, no involucra únicamente la afectación del deber de buena fe contractual, sino que conlleva directamente la afectación del periodo de prueba. Consideramos que se produce una extralimitación abusiva en el ejercicio del periodo de prueba. Coincidimos también con el profesor Arce, respecto a que este fallo de la Corte Suprema, aunque de manera tangencial, contribuye a ponerle un límite al ejercicio abusivo del periodo de prueba por parte del empleador, teniendo como objetivo generarle un daño al trabajador.

Por todo lo revisado hasta acá, consideramos que el tratamiento del despido abusivo como límite del periodo de prueba, resulta válido, justificado y con pleno asidero en la realidad, amén de su recojo en la jurisprudencia y su incipiente revisión en la doctrina nacional. Sin embargo, los aspectos de la desnaturalización o la aplicación de sanciones indemnizatorias diferentes a la tarifada, que puede conllevar el tratamiento de este tipo de despido, será abordado con mayor detenimiento en el siguiente capítulo de este trabajo. Será ahí, cuando abordemos con más amplitud, todo lo concerniente a las consecuencias que conlleva la trasgresión de los límites del periodo de prueba, que han sido revisados en este capítulo.

⁴⁰⁹ PUNTRIANO ROSAS, César Alfredo. “Consecuencias Jurídicas derivadas de la infracción a la Estabilidad Laboral de salida por parte del empleador”. AA.VV. En: Revista Derecho y Sociedad. Revista editada por los estudiantes de la facultad de derecho PUCP. Marzo 2016. Pág. 170.

CAPÍTULO IV

LAS CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN IRREGULAR DEL PERIODO DE PRUEBA

El objetivo de este capítulo, es abocarnos a la revisión de las eventuales consecuencias que, desde nuestra óptica, podrían aplicarse frente a las diversas irregularidades que se generen en la aplicación del periodo de prueba, que se han abordado en el capítulo anterior. En ese empeño, nos ocuparemos de la factibilidad de aplicar aquellas medidas sancionatorias de naturaleza patrimonial (indemnización por daños y perjuicios) como extra patrimonial (despido nulo y subsecuente reposición) que en la actualidad se vienen aplicando al periodo regular, y adicionalmente revisaremos la consecuencia de dar por superado el periodo de prueba y determinar el subsecuente pase a indeterminado o el cumplimiento del plazo temporal acordado primigeniamente, según corresponda al contrato originalmente celebrado entre las partes. Antes de iniciar dejamos en claro dos cosas adicionales: En este capítulo no abundaremos en conceptos de orden doctrinario sobre el periodo de prueba, que ya fueron tratados con amplitud en los capítulos anteriores, lo que intentaremos será una inquietud propositiva de lo que consideramos debiera ocurrir, en caso se incurra en alguna de las conductas irregulares al interior de la institución en estudio (trato discriminatorio y vulneración de derechos fundamentales, despido incausado y fraudulento, fraude a la ley o abuso de derecho). No está demás señalar que la praxis jurisprudencial tampoco colabora con nuestro esfuerzo, ya que existe escaso pronunciamiento sobre el particular.

- 1. Frente al trato discriminatorio y la vulneración de los derechos fundamentales**
- 1.1. En la etapa post periodo de prueba: La nulidad del despido y la reposición**

Cuando el despido se produce en la etapa regular (entiéndase, luego de superado el periodo de prueba), lo común es que, como refiere Puntriano Rosas:

De lesionarse algún derecho constitucional como la libertad sindical o la igualdad, de acuerdo a las causales taxativas establecidas en el artículo 29° de la LPCL, el trabajador podrá demandar la nulidad de dicho despido. De ampararse su demanda, el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización, señalada en el artículo 38 de la LPCL. Adicionalmente, el Juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los periodos de inactividad procesal no imputables a las partes así como los depósitos correspondientes a la Compensación por Tiempo de Servicios y, de ser el caso, con sus intereses (artículo 34 segundo párrafo y 40° de la LPCL)⁴¹⁰.

Respecto de la vía procedimental, el que debiera corresponder por antonomasia sería la vía del amparo (al tratarse de la vulneración de derechos constitucionales protegidos por la carta magna vigente), planteando el despido nulo y la consecuente reposición⁴¹¹. Sin embargo, a partir de la vigencia del I Pleno Laboral Supremo en materia laboral (04 y 14 de mayo 2012), los jueces supremos han determinado que “la vía ordinaria será un mecanismo idóneo e igualmente satisfactorio para tutelar el derecho al trabajo en los supuestos

⁴¹⁰ PUNTRIANO ROSAS, Cesar Alfredo. Ob. Cit. Pág. 167.

⁴¹¹ VITTERI GUEVARA, Julissa Magaly. “Tratamiento jurisprudencial del despido incausado”. AA.VV. En: “El despido laboral. Despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento”. Editorial Gaceta Jurídica. Primera edición. Noviembre 2014. Pág. 161. La autora refiere que la adopción de esta vía constitucional debe tomar en cuenta que no debe ir endosado de pretensiones accesorias y que además se afronta un proceso que no requiere de actuación probatoria.

mencionados, **incluyendo el despido nulo**⁴¹². Sin embargo, Puntriano Rosas, formula reparos, al acotar que:

*Sin perjuicio de lo señalado, si la Corte ha fijado dicha posición, entonces lo natural sería que los procesos de amparo sean declarados improcedentes, en tanto el proceso laboral, y en particular el abreviado, se erige como una vía idónea e igualmente satisfactoria para tutelar la estabilidad laboral. Lamentablemente el TC insistió y viene insistiendo en resolver procesos de amparo en los que se formulan pretensiones de reposición que pueden ser conocidas en la vía laboral complicando el panorama*⁴¹³.

Por lo tanto, tenemos dos vías para cuestionar este tipo de despido nulo: la abreviada laboral (con la reposición como única pretensión) y la constitucional con las consabidas limitaciones en materia de actuación probatoria.

1.2. En la etapa del periodo de prueba

Cuando el despido se produce encontrándose el trabajador dentro del periodo de prueba, ya hemos señalado que el Tribunal Constitucional ha mostrado ambigüedad en su posición⁴¹⁴; sin embargo, nuestra posición es que la impugnación del despido discriminatorio o vulnerador de derechos fundamentales debe ser realizado al interior del periodo evaluativo. En cuanto al itinerario procesal, deberá atenerse a la posibilidad de los dos frentes

⁴¹² PUNTRIANO ROSAS, Cesar Alfredo. Ob. Cit. Pág. 169.

⁴¹³ PUNTRIANO ROSAS, Cesar Alfredo. Ibídem.

⁴¹⁴ Vide Capítulo III, Sub capítulo III.2, punto 2.1 pág. 105 y ss. En la STC 2456-2012 AA/TC, fundamento 3.3.2 el TC asume que antes de analizar el despido alegado primero debe verificar si ha superado el periodo de prueba; sin embargo, en el fundamento 3.3.6, si bien concluye señalando que no tenía protección por no haber superado dicho periodo, termina precisando que “pues no se acredita la vulneración de los derechos constitucionales alegados”, con lo cual para algunos autores, es una ambigüedad que deja entrever que si se permitiría revisar la vulneración de los derechos fundamentales y el trato discriminatorio dentro del periodo de prueba.

procedimentales antes señalados, donde se abre la posibilidad de recurrir: al proceso de amparo⁴¹⁵ en la vía constitucional o el proceso abreviado en la judicatura ordinaria, como pretensión única. Ratificamos también, que frente a los indicios que aporte el trabajador, es el empleador quien deberá en primer lugar, desvirtuar la presencia de elementos relacionados con cualquier móvil discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales de los trabajadores⁴¹⁶, pero además, tendrá la obligación de probar la motivación y causa suficiente de la no superación del periodo de prueba⁴¹⁷. Esto lo ratificamos además, por constituir parte de nuestra propuesta de trabajo: El límite general del periodo de prueba es la causalización del despido en el periodo de prueba. Y esa causalización está relacionada con la obligatoria evaluación que debe llevarse a cabo, con los factores de medición propuestos que determinen un resultado final.

Por lo demás, consideramos que, por la complejidad de sustentar un despido nulo⁴¹⁸, la necesidad de aportar y actuar los elementos probatorios que acrediten la evaluación realizada al trabajador en prueba, desvirtuando el trato discriminatorio o vulnerador de DDDFF denunciado, la vía procesal más adecuada debe ser la abreviada laboral ante el juez especializado de trabajo.

Finalmente, nos encontraremos frente a los siguientes supuestos: **a) que el empleador no desvirtúe la presencia de discriminación o vulneración de**

⁴¹⁵ PUNTRIANO ROSAS, Cesar Alfredo. Ob. Cit. Pág. 169. El autor se opone por considerar que, al haber fijado la Corte Suprema su competencia respecto de esta pretensión en vía idónea e igualmente satisfactoria, los procesos de amparo deberían ser declarados improcedentes. Sin embargo, reconoce que el TC sigue insistiendo en admitir estos procesos en los que se plantean reposición, con lo cual complican el panorama.

⁴¹⁶ Cfr. FERNANDEZ MARQUEZ, Oscar. Ob. Cit. Pág. 27.

⁴¹⁷ Cfr. FERNANDEZ MARQUEZ, Oscar. Ob. Cit. Pág. 28.

⁴¹⁸ Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y NEYRA SALAZAR, Carole Ivonne. Ob. Cit. Pág. 234. Los autores consideran que la forma de acreditar un despido nulo es una de las etapas más complejas para sustentar en el proceso laboral.

derechos fundamentales y tampoco acredite haber evaluado al trabajador, lo que deberá corresponder, será declarar la nulidad del despido, disponer la reposición del trabajador, a fin de ser evaluado correctamente con los parámetros de medición orientados a determinar la idoneidad para el puesto. A su vez, el trabajador tendrá la opción de optar por la indemnización tarifada con el límite del número de meses laborado en periodo de prueba⁴¹⁹ (aun cuando no fue evaluado, debido a la labor realizada). No cabría disponer el pago de remuneraciones devengadas, ya que al haber sido despedido durante el periodo de prueba, la superación del mismo, aun constituía un tema expectatio, lo que no excluye la posibilidad de una pretensión indemnizatoria por daño moral, por el trato recibido en esta etapa evaluativa, siempre que logre acreditar y sustentar este tipo de daño; **b) que el empleador no desvirtúe la presencia de discriminación o vulneración de derechos fundamentales pero si acredite haber evaluado al trabajador**, lo que corresponderá será la declaración de nulidad del despido, disponer la reposición del trabajador, la superación del periodo de prueba si el empleador no logra acreditar con el formato respectivo que el resultado de la evaluación fue negativo. Por tanto, deberá continuar el vínculo laboral, hasta cumplir con el plazo temporal previsto o asumir el vínculo indeterminado según lo que se haya sido acordado en el contrato primigenio. Sin perjuicio de ello, preservará su derecho de optar por la indemnización tarifada acorde con el número de meses laborado en periodo de prueba. Consideramos que no es posible la presencia conjunta de resultado negativo y trato discriminatorio o vulnerador, ya que si el objetivo de esta última conducta irregular es desprenderse del trabajador a prueba, le bastará únicamente con imponer el resultado deficiente de la evaluación; **c) que el empleador desvirtúe la presencia de discriminación o vulneración de derechos fundamentales y acredite haber evaluado al trabajador con resultado negativo**, el despido nulo será desestimado (infundado) y se dispondrá la validez del despido del trabajador

⁴¹⁹ Como se lo faculta el artículo 52 del Decreto Supremo N° 003-97 TR Reglamento de la LPCL.

por no superación del periodo de prueba. Un caso típico, es el que recogimos precedentemente, donde el Tribunal Constitucional Español, se pronunció en la sentencia N° 173/2013 del 10 de octubre del 2013, determinando que la trabajadora embarazada, no fue pasible de discriminación al no haber acreditado que la empresa tenía conocimiento de su embarazo; pero además la empresa acreditó documentalmente que dicha trabajadora, no alcanzó los objetivos de venta previstos en el contrato; **d) que el empleador desvirtúe la presencia de discriminación o vulneración de derechos fundamentales y acredite haber evaluado al trabajador con resultado positivo**, la demanda debiera ser declarada fundada en parte, vale decir que el despido nulo será desestimado (infundado) pero se dará por superada la etapa de prueba, debiendo proseguir la vinculación laboral acorde con el contrato temporal o indeterminado que se haya celebrado; **e) que el empleador desvirtúe la presencia de discriminación o vulneración de derechos fundamentales pero no acredite haber evaluado al trabajador**, si el empleador desvirtúa eficazmente no haber cometido acto discriminatorio, pero pone en evidencia haberlo despedido sin haberle realizado evaluación alguna, habría operado un abuso del derecho, que debería ameritar una sanción resarcitoria por el despido sufrido. Dejamos en claro, que si el trabajador plantea como pretensión subordinada⁴²⁰ de su demanda el despido incausado, el mismo sería atendible, con la consiguiente reposición y las indemnizaciones respectivas que se revisan en líneas siguientes.

2. Frente al despido incausado y el despido fraudulento

2.1. La reposición como medida sancionatoria común, frente a los despidos inconstitucionales

⁴²⁰ **Artículo 87 segundo párrafo del Código Procesal Civil**, aplicable supletoriamente al proceso laboral, conforme lo establece la Primera Disposición Complementaria de la NLPT – Ley 29497. *“La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesoria. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada (...)”*

Como ha quedado precisado en el capítulo anterior⁴²¹, en nuestro país, después del despido nulo (que incluye el trato discriminatorio y la vulneración de los derechos fundamentales), el abanico de los despidos inconstitucionales ha sido ampliado con dos tipologías creadas por el Tribunal Constitucional: el despido incausado y el despido fraudulento. El despido nulo, como una manifestación de la estabilidad laboral absoluta era la que hasta el año 2002, tenía las únicas causales de nulidad que se encontraban contempladas en la LPCL; sin embargo, con las interpretaciones del Tribunal Constitucional emitidas a través de diversos pronunciamientos, pasaron a existir otros supuestos que, pese a no configurarse dichas causales de nulidad según la LPCL, el trabajador también podría solicitar su reposición⁴²². Por lo tanto, el despido nulo, que trae como consecuencia la reposición del trabajador en caso se demuestre judicialmente la configuración de un supuesto de nulidad, ha sido ampliado a los despidos incausados y fraudulentos por el Tribunal Constitucional⁴²³. Además, la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de su I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral, ha terminado por afianzar la vigencia de esta nueva tipología en el país y sus consiguientes medidas de reposición, al abrirle un nuevo camino procesal en la vía ordinaria laboral para ejercer las pretensiones de reposición en caso de despido incausado y fraudulento⁴²⁴.

⁴²¹ Vide Sub Capítulo III.2 Límites específicos en la aplicación del periodo de prueba (Págs. 122 y ss.)

⁴²² Cfr. **TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y NEYRA SALAZAR, Carole Ivonne. “Criterios Jurisprudenciales de la Corte Suprema el despido nulo”**. AA.VV. En: Revista Ius et Veritas N° 52. Lima Perú. Julio 2016. Pág. 234.

⁴²³ Cfr. **TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y NEYRA SALAZAR, Carole Ivonne**. Ob. Cit. Pág. 233.

⁴²⁴ **I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral. Mayo 2012. Tema N° 01, Sub Temas a) y b) sobre la procedencia de la reposición en los despidos incausados y fraudulentos en la vía regulada en la Ley 26636 y la NLPT – Ley 29497**. En ella se estableció que resulta procedente demandar reposición, frente a despidos incausados y fraudulentos, tanto en la antigua Ley N° 26636 a través del proceso laboral ordinario, como la Nueva Ley Procesal del Trabajo, por la vía del proceso abreviado como única pretensión.

Las razones que llevaron al supremo intérprete de la constitución a configurar un despido incausado, nacieron de la premisa de considerar inconstitucional el segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL y proscribir los despidos sin expresión de causa “por contravenir el contenido esencial del artículo 22 de la Constitución que consagra el derecho al trabajo, uno de cuyos aspectos se refleja en el derecho a no ser despedido sino por justa causa”⁴²⁵. Luego de ello, frente al caso de un trabajador despedido, el Tribunal Constitucional, de un lado aprovechó para ordenar sus criterios sobre el despido y las vías procesales para repararlo, y del otro, para crear la figura del despido fraudulento⁴²⁶. Este nuevo tipo de despido, como refiere Neves Mujica, se crea a fin de corregir el problema generado por el pase del despido incausado, del ámbito ilegal y resarcible con una indemnización, al ámbito inconstitucional con fines restitutorios (reposición). Frente a ello, el empleador inventaría una causa y obligaría al trabajador a seguir un proceso por despido injustificado, luego del cual lo que alcanzaría sería únicamente el cobro de una indemnización. ¿Cómo remediar el problema? Calificando este despido como fraudulento⁴²⁷.

Luego de esta breve pero necesaria reseña⁴²⁸, lo que pretendemos es poner de relieve que nuestro actual escenario en el derecho laboral – particularmente en materia de despido - nos ubica frente a la presencia de tres despidos inconstitucionales, uno que nace de la propia legislación laboral vigente, sustentado en la conducta discriminatoria o vulneradora de derechos

⁴²⁵ **GARCÍA GRANARA, Fernando.** Ob. Cit. Pág. 249.

⁴²⁶ **NEVES MUJICA, Javier.** “El Despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisdiccionales Supremos en materia laboral”. AA.VV. En: THEMIS Revista de Derecho PUCP. N° 67. Lima Perú. 2015. Pág. 230.

⁴²⁷ **NEVES MUJICA, Javier.** Ibídem.

⁴²⁸ No apuntamos a hacer una revisión integral de los presupuestos y alcances del despido nulo, incausado y fraudulento, por cuanto no es el fin específico de este acápite, como si lo es, relieves la presencia de la reposición en nuestro ordenamiento laboral vigente.

fundamentales y las otras dos, nacidas de la construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional (perfectamente válida⁴²⁹), a partir de la ausencia de causa en la ejecución del despido.

Ahora bien, las tres formas de despido mencionadas, pasan a tener una consecuencia común: la reposición al puesto de trabajo. Del despido nulo, ya nos hemos ocupado en el acápite anterior. En el presente, nos abocamos al tratamiento procesal del despido nulo o fraudulento que pudiera operar al interior del periodo de prueba.

2.2. El despido incausado y fraudulento al interior del periodo de prueba

En este acápite, ya no corresponde volver a abundar en el análisis de lo que constituye el despido incausado o fraudulento ni la forma en que se sustentan, debido a que ya han sido materia de tratamiento en el capítulo anterior. Nos convoca estrictamente, determinar la consecuencia que podría traer un eventual despido incausado o fraudulento, al interior del periodo de prueba. La revisión lo hacemos en forma conjunta, ya que en sede procesal ambos tienen similitud en su tratamiento.

2.2.1. El despido incausado al interior del periodo de prueba

La posición que hemos venido a asumir es que toda medida extintiva dentro del periodo de prueba, debe tener como causa la no superación del periodo de prueba. El piso mínimo, a partir del cual, el empleador podrá construir su defensa respecto de algún eventual despido, será la acreditación de haber cumplido con la etapa de evaluación que supone este periodo. Al ser esto así,

⁴²⁹ **NEVES MUJICA, Javier.** *Ibídem.* El autor refiere que algunas instituciones jurídicas más importantes no han nacido de una acción legislativa sino jurisprudencial. El control difuso y la discriminación indirecta (Estados Unidos), el proceso de amparo (México), el despido nulo (España). En base a ello, se pregunta: ¿Porqué no podría ser el caso del despido fraudulento?

el tránsito necesario por la etapa de evaluación es el sustento central de nuestra posición en este trabajo. Bajo esa premisa, si el trabajador es retirado en la etapa de prueba, aun cuando haya laborado, pero sin ser sometido a evaluación alguna, simple y puramente por los designios del empleador, nos encontraremos frente a un despido incausado. Frente a ello, al igual que en la etapa regular (post periodo de prueba), el trabajador tiene franqueado el derecho para accionar en sede judicial laboral, mediante la vía abreviada, para cuestionar este despido incausado, reclamando la reposición como pretensión única⁴³⁰. Veamos la consecuencia en algunos supuestos.

a) **El trabajador es despedido durante el periodo de prueba, realizando labores, pero sin ser evaluado.** - Nos encontraremos frente a un despido incausado, pues aun cuando haya realizado labores, la evaluación jamás fue realizada, deviniendo en estricto en uno de naturaleza incausada. Lo que corresponderá será declarar fundada la demanda y disponer la reposición del trabajador, debiendo proseguir su vinculación laboral acorde con el plazo temporal o indeterminado de su contrato. No corresponderá una nueva evaluación, ya que al haberse desempeñado regularmente en el puesto para el que fue contratado sin haber sido pasible de observaciones, se debe asumir la superación del periodo evaluativo. Asimismo, de conformidad con el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral⁴³¹, podría demandar la indemnización respectiva que sustituye a las remuneraciones devengadas, al asumirse que ha superado el periodo de prueba. De igual forma, somos de la opinión que el daño punitivo, puede ser aplicable ya que el mismo no está en función al tiempo de labores, sino a la naturaleza disuasiva que pretende alcanzar.

⁴³⁰ Artículo 2 numeral 2) de la NLPT – Ley 29497.

⁴³¹ **V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral. Agosto 2017. Acuerdo III sobre Indemnización y Remuneraciones Devengadas en los casos de Despido Fraudulento y Despido Incausado** (Acuerdo por mayoría, punto 3.6)

b) El trabajador es despedido durante el periodo de prueba, realizando labores, pero el resultado de evaluación no se logra demostrar. - De igual forma estaremos frente a un despido incausado, ya que si bien el trabajador ha realizado labores, y el empleador alega haberlo evaluado sin acreditar documentalmente dicha medida, la extinción sufrida será en estricto, un despido incausado. Lo que corresponderá también será declarar fundada la demanda y disponer la reposición del trabajador, debiendo proseguir su vinculación laboral acorde con el plazo temporal o indeterminado de su contrato. De igual forma tampoco corresponderá una nueva evaluación, ya que al haber existido un desempeño regular en el puesto sin que el empleador haya sido capaz de acreditar alguna observación respecto de su idoneidad, se debe asumir la superación del periodo evaluativo. De igual forma, de conformidad con el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral⁴³², podría demandar la indemnización respectiva que sustituye a las remuneraciones devengadas, al asumirse que ha superado el periodo de prueba. De igual forma, asumimos la posibilidad del daño punitivo.

c) El trabajador es despedido durante el periodo de prueba, realizando labores, y el resultado de evaluación logra demostrar la falta de idoneidad. - Si el trabajador es despedido durante el periodo de prueba en forma verbal o mediante comunicación escrita, indicándole que su contrato vence al término del periodo de prueba. Al tratarse de una comunicación pura y simple, sin aludir al tema evaluativo, el trabajador tendrá total legitimidad para cuestionar las razones de su despido. Sin embargo, si en el proceso, la parte demandada (el empleador) ofrece como prueba el formato de evaluación, con los pormenores de la evaluación aplicada al trabajador y el resultado desfavorable obtenido, consideramos que el juzgador deberá declarar infundada la demanda, sin entrar a analizar los

⁴³² V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral. Ob. Cit. punto 3.6)

pormenores de la evaluación, salvo que vaya precedida de una conducta irregular señalada en la demanda (fraude, abuso de derecho, trato discriminatorio)⁴³³.

d) Finalmente, queremos reiterar que la jurisprudencia actual no ha presentado mayor casuística en materia de despido incausado dentro del periodo, pero si ha declarado este tipo de despido al haberse superado dicho periodo. Por ejemplo, la Corte Suprema, en el caso del despido de un trabajador en prueba, a quien tras aplicarle un plazo ampliatorio correspondiente a cargo de dirección y asignarle funciones de cargo de confianza determinó que se había producido un despido incausado, porque ya había superado largamente el periodo de prueba que realmente correspondía a sus funciones, disponiéndose su reposición en el cargo realmente desempeñado⁴³⁴.

2.2.2. El despido fraudulento al interior del periodo de prueba

La jurisprudencia laboral, tampoco nos ha brindado ningún caso específico de despido fraudulento al interior del periodo de prueba. Sin embargo, consideramos que es factible su comisión, si un trabajador que se perfila con buen desempeño en la etapa evaluativa y el empleador de manera deliberada y con fin perverso busca sacarlo antes del vencimiento del plazo de evaluación, recurriendo para ello a la atribución de hechos falsos que demeritan su calificación final, nos encontraremos frente a un despido, con los matices de un despido fraudulento.

⁴³³ Vide el caso Hospital Rebagliati. **Exp. N° 1057-2002 AA/TC LIMA. de fecha 29 de Mayo del 2003.** El hospital, a través de la Procuraduría de ESSALUD, logró acreditar la tabla de evaluación del trabajador del régimen de la actividad privada a plazo indeterminado, que no logró alcanzar una evaluación favorable.

⁴³⁴ **CASACIÓN LABORAL N° 5252-2014 LIMA** Reposición. Proceso Abreviado. NLPT. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema. 19 de mayo del 2016.

Finalmente, lo que tendrá que realizar el juzgador será abocarse a verificar si dicho despido finalmente es uno incausado, con el agravante de tener una causa creada falsamente por el empleador, auspiciado por un fin perverso de perjudicar a algún elemento que puede resultar de valía pero que finalmente le resulta incómodo. En este tipo de casos, consideramos también, que a partir de la vigencia del Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral⁴³⁵, el trabajador a prueba, al igual que en la etapa regular (etapa post prueba) está en condiciones de accionar en sede ordinaria laboral, donde la vía abreviada laboral será la más idónea, debido a la factibilidad de la actuación probatoria. Ya que, como lo refiere Puntriano Rosas, la estructura del proceso de amparo no es la más adecuada, sino que es el Juez Especializado quien debe efectuar dicho análisis⁴³⁶.

Ahora bien, como ya dijimos, la vía procedimental será del procedimiento abreviado laboral planteando como pretensión única la reposición⁴³⁷, a la que podrá acumularse la indemnización por daños y perjuicios a que hubiere lugar⁴³⁸. Exigirá ser reincorporado, pero esta vez, para ser evaluado correctamente acorde con los parámetros de medición planteados en este trabajo. Siendo consecuentes con nuestra posición, no consideramos objetivo que se tenga por superado el periodo de prueba, si, en estricto, jamás fue

⁴³⁵ **Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral. Tema N° 01.b.** Sobre la procedencia de la pretensión de reposición por despido incausado y despido fraudulento en la vía laboral regulada por la nueva ley procesal del trabajo (ley n° 29497). Consulta: 05 de noviembre del 2017. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1797b50041274631be03bf7bf7c8760a/l+Pleno+Jurisdiccional+Supremo+en+materia+Laboral.pdf?MOD=AJPERES>

⁴³⁶ **PUNTRIANO ROSAS, Cesar Alfredo.** Ob. Cit. Pág. 169.

⁴³⁷ Artículo 2.2 de la NLPT – Ley 29497. Consulta: 07 de noviembre del 2017. http://www.trabajo.gob.pe/LEYPROCESALTRABAJO/pdf/ley_29497_trabajo.pdf

⁴³⁸ **V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral. Agosto 2017. Acuerdo III sobre Indemnización y Remuneraciones Devengadas en los casos de Despido Fraudulento y Despido Incausado** (Acuerdo por mayoría, punto 3.6)

evaluado. El derecho que reivindicaría con su reposición sería su evaluación correcta constreñida a unas exigencias evaluativas reales y objetivas que garanticen su derecho a conseguir, en forma justa, la permanencia en el puesto de trabajo. Si bien el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral establece la posibilidad de reclamar indemnización por daños y perjuicios, en lugar de las remuneraciones devengadas⁴³⁹, consideramos que, en el presente caso, el límite de dicho resarcimiento debiera ser únicamente el tiempo que estuvo dentro de la empresa, sin ser evaluada, antes de ser despedido. El tiempo posterior al plazo del periodo de prueba, no se podría considerar como base de cálculo de devengados (bajo la forma de indemnización x daños y perjuicios) ya que su continuación en el puesto aun no se había concretada, siendo sólo una expectativa. Vale decir que si laboró apenas unos días (sin ser evaluado), consideramos que no resultaría atendible un resarcimiento patrimonial, debiendo por el contrario analizarse la factibilidad de un resarcimiento extra patrimonial (daño moral), por la forma maliciosa y perversa como fue tratado, pero siempre que pueda ser acreditado o brindarse indicios⁴⁴⁰ en el proceso. Respecto del daño punitivo⁴⁴¹, conforme lo sustenta el V Pleno, su justificación no radica en el tiempo de labores, si no en el tipo de daño sufrido, recayendo principalmente en los despidos incausados y fraudulentos (no aplicable a otros tipos de despidos), teniendo esencialmente un fin netamente disuasivo para actos posteriores. En tal sentido, consideramos que su aplicación también resulta factible (mas aun en

⁴³⁹ **V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral. Agosto 2017. Acuerdo III sobre Indemnización y Remuneraciones Devengadas en los casos de Despido Fraudulento y Despido Incausado** (punto 3.6). La Corte Suprema acuerda por mayoría el otorgamiento de indemnización por daños y perjuicios y descarta el pago de remuneraciones devengadas.

⁴⁴⁰ **Artículo 23, numeral 5) de la NLPT – Ley 29497.** Permite la prueba indiciaria en casos de despido, salvo que el demandado aporte elementos suficientes para demostrar justificación objetiva y razonable de la medida adoptada y su proporcionalidad.

⁴⁴¹ **Vide V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral. Agosto 2017. Acuerdo III sobre Indemnización y Remuneraciones Devengadas en los casos de Despido Fraudulento y Despido Incausado** (punto 3.4).

este tipo de despido donde el comportamiento fue deliberadamente perverso), debiendo el juzgador regular su monto de forma razonada, básicamente para alcanzar el fin disuasivo más que reivindicador en el ámbito patrimonial.

3. Frente al fraude y el abuso de derecho en el periodo de prueba

3.1. Las consecuencias del fraude a la ley en el periodo de prueba

Habiéndose determinado precedentemente que en el caso del fraude a la ley: “(...) nos encontramos frente a un acto que se ampara en una “norma de cobertura”, para evadir los efectos de una norma imperativa, denominada “norma defraudada”⁴⁴². Teniendo en claro además que defraudar una norma consiste en:

Eludir la regulación de la ley aplicable al hecho (ley defraudada), amparándose en una ley en estricto no aplicable a él (ley de cobertura). No interesa la intención del agente. Si una ley imperativa prohíbe llegar a determinado fin mediante un negocio, entonces tampoco puede alcanzar aquel a través de otro negocio.⁴⁴³

Esto significa entonces, que, “en materia de fraude, lo que se celebra es un negocio jurídico verdadero, dirigido a producir todos sus efectos jurídicos, pero con el propósito práctico de alcanzar los resultados prácticos de otro negocio, que no se ha llegado a celebrar, justamente porque no se quiere el sometimiento a las normas legales que lo regulan”⁴⁴⁴. Lo que se busca finalmente es la contravención del sistema jurídico, pero no de una manera

⁴⁴² **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** “Abuso de derecho, fraude a la ley y apariencia: ¿principios que ayudan o confunden al operador jurídico”. AA.VV. En: “Negocio Jurídico y responsabilidad civil: Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova”. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima – Perú. 2004. Pág. 246.

⁴⁴³ **NEVES MUJICA, Javier.** “Introducción al Derecho del Trabajo”. Ob. Cit. Págs. 45 y 46.

⁴⁴⁴ **MORALES HERVIAS, Rómulo.** Ídem.

directa y abierta, sino de una manera disimulada o indirecta, aparentando el respeto del mismo⁴⁴⁵. Hemos precisado también que, frente a un supuesto de fraude a la ley, “se hace necesario atender el caso en concreto para determinar si la norma a aplicar es realmente la que ha elegido el sujeto o bien es otra. Esto es, el fraude de ley necesita ser probado, pues en ningún caso se presume”⁴⁴⁶.

En nuestra jurisprudencia laboral, los procesos relacionados con la aplicación irregular del periodo de prueba, no incluyen como pretensión específica la figura del fraude a la ley. Sin perjuicio de ello, el juzgador, al fundamentar su decisión, si lo esgrime disponiendo como consecuencia necesaria la invalidez de la norma de cobertura para el caso en concreto y el despliegue de eficacia de la norma defraudada.

Nos apoyamos en la exigua casuística recogida anteriormente⁴⁴⁷, para sustentar nuestra posición. En el referido caso, tenemos la presencia de dos normas. Una relacionada con el plazo general del periodo de prueba y otra relacionada con la calificación de cargo de confianza. Se usó como norma de cobertura a ésta última, la misma que ha sido usada a través de la suscripción de un acto jurídico verdadero como es el contrato de trabajo donde se asignó dicha calificación y el plazo ampliatorio de seis meses de prueba. La norma que se defraudó, fue la que establece el plazo general de tres meses, previsto en el artículo 10 LPCL. Existió una manifiesta voluntad del empleador, como agente del fraude a la ley, al recurrir de forma irregular a un plazo ampliado de seis meses de prueba, cuando en estricto debió corresponder únicamente el plazo general de tres meses.

⁴⁴⁵ Cfr. **TABOADA CÓRDOVA, Lizardo**. Ob. Cit. Pág. 356

⁴⁴⁶ **ASQUERINO LAMPARERO, María José**. Ob. Cit. Pág. 153.

⁴⁴⁷ **CASACIÓN LABORAL N° 16953-2013 JUNIN** (fundamentos quinto, sexto, séptimo punto dos y octavo)

¿Qué consecuencias determinó el órgano jurisdiccional?⁴⁴⁸. En primer término, que el derecho no ampara la utilización fraudulenta de sus instituciones. La particularidad del caso, es que siendo un trabajador común (no de confianza) ya había cumplido el periodo de prueba de tres meses, por lo tanto, reivindicó la eficacia de la norma defraudada dando por superado el periodo de prueba de tres meses. Además, al haber suscrito irregularmente contratos temporales, dispuso su desnaturalización a uno de plazo indeterminado, con la consiguiente reposición del trabajador. En otro caso similar de ampliación irregular del plazo de prueba, el TC determinó que dicha ampliación devenía injustificada y fraudulenta, habiendo cumplido con periodo de evaluación que realmente le correspondía, ordenó la reposición del trabajador despedido⁴⁴⁹.

Como ya se precisó en el punto anterior, en materia de fraude cada caso debe ser revisado en forma particular, tomando como regla base la invalidación de la norma de cobertura y la eficacia de la norma defraudada. En el caso anterior ¿Qué correspondía aplicar si a pesar de determinar que no le correspondía el plazo ampliado, tampoco había completado el periodo general de tres meses? Consideramos que igualmente se debía invalidar el plazo ampliatorio, limitarlo únicamente a tres meses, pero debería ordenarse continuar la relación laboral, para terminar necesariamente su periodo de evaluación, bajo los parámetros evaluativos que hemos señalado, bajo riesgo de ser demandado por conducta irregular. Luego de superado el mismo, deberá adquirir su derecho de permanencia por el plazo indeterminado o temporal que se haya previsto en el contrato originario. Lo que si debe corresponder es una indemnización por daño moral, por el trato al que es

⁴⁴⁸ La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema

⁴⁴⁹ **STC EXP. N° 00231-2012-PA/TC, 04 de marzo del 2013.** Juan Carbajal Zambrano contra SUNAT - Intendencia Regional Loreto sobre Proceso de amparo. (véase fundamento 3.3.10 y punto 2 de la parte resolutive).

sometido el trabajador burlando sus expectativas laborales. Reiteramos que dicha pretensión deberá estar sujeta siempre a la acreditación necesaria que determine su fundabilidad.

Lo que queremos dejar claro finalmente, es que, por la vía de la sanción del fraude, el trabajador tampoco puede obtener ventajas que no le corresponden como decretar su pase a indeterminado si su vínculo laboral jamás fue acordado en esos términos, ni tampoco dar por superado una etapa evaluativa, si esta no fue cumplida a cabalidad. Nuestra posición busca avanzar en coherencia con los fines de defensa del periodo de prueba como instrumento de depuración y clasificación del elemento idóneo para la empresa.

3.2. Las consecuencias del abuso de derecho en el periodo de prueba

Si hemos logrado determinar que el abuso del derecho alude a un acto en principio es lícito, pero que, sin embargo, aun cuando es lícito, contraría el espíritu o los principios del Derecho en el transcurso de su ejecución⁴⁵⁰. Habiendo logrado determinar, además, que si el resultado de dicho acto abusivo, trae como consecuencia la comisión de un despido, nos encontraremos frente a uno, que podría calificarse como despido abusivo. Lo que resta analizar en esta parte, es determinar que consecuencias acarrea la comisión de este tipo de actos que entrañan un abuso del derecho en el periodo de prueba.

También hemos precisado que es en la doctrina comparada donde se ha producido un tratamiento más prolífico sobre este tipo de despido, como es el caso francés donde han desarrollado ampliamente la concepción de despido

⁴⁵⁰ Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. "Título Preliminar. Biblioteca para leer el Código Civil". Vol. III. Fondo Editorial PUCP. 7ma. Edición. Lima. Perú. Noviembre. 1996. Pág. 43.

abusivo, basada en el abuso del derecho de despedir. Hemos indicado, además, que esta doctrina postula que ante la ruptura abusiva del contrato de trabajo, se deriva la indemnización de los perjuicios materiales y morales del trabajador⁴⁵¹. Por el contrario, en nuestro país, no se rige este tipo de despido, ni mucho menos se postula como pretensión de demanda, la declaración de un despido de esta naturaleza. Sin embargo, la jurisprudencia laboral, se ha encargado de poner de relieve dentro de sus fundamentos la existencia de este tipo de actos que han derivado en abuso del derecho dentro del periodo de prueba.

Un caso concreto que nos permite mostrar nuestra posición, es el del trabajador, que el primer día de asistencia a laborar, apenas al cruzar el umbral de la puerta y sin realizar labor alguna, es despedido bajo el argumento de “encontrarse en periodo de prueba”⁴⁵², el órgano jurisdiccional laboral de Lima, determinó que si bien la terminación de la relación laboral se produjo invocando que se encontraba en periodo de prueba, lo que había hecho es desnaturalizar los fines de la institución, abusando de su facultad y causándole daño a los derechos fundamentales del trabajador. En estricto, lo que el órgano jurisdiccional denuncia entre líneas es el abuso cometido en el ejercicio del periodo de prueba, generando un daño que amerita ser resarcido. En tal sentido, la judicatura laboral relaciona este tipo de despido con la sanción de naturaleza resarcitoria, particularmente en lo que corresponde a la sanción extra patrimonial (daño moral).

⁴⁵¹ **GAMONAL CONTRERAS, Sergio.** “El daño moral por término del contrato de trabajo. Su indemnización en los casos de despido abusivo e indirecto y su fundamento en el contenido ético jurídico del contrato de trabajo”. Editorial EDITREM. Santiago de Chile. Chile. 2000. Pág. 33. Consulta: 10 de noviembre del 2017. Enlace web: <http://www.escuelasindical.org/blog/wp-content/uploads/2006/09/dano-moralgamonal.pdf>

⁴⁵² **EXP. N° 31417-2012 9 JEL.** 30 de julio del 2015. Cuarta Sala laboral de Lima. Causa que concluyó en dicho mandato indemnizatorio, al desistirse la demandada de formular recurso de casación.

Pero, además, en este caso particular, consideramos como una posición propia, que este mandato de indemnización por daños y perjuicios solo resarce el abuso cometido, pero bien puede ser el complemento de otra medida sancionatoria como es la reposición. Debemos tener presente que, al haber sido despedido sin haber realizado labor alguna, nos encontramos, en estricto, frente a un despido incausado en periodo de prueba. Abona a favor de esta posición lo acordado en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral, en cuyo Acuerdo III, punto 3.6 se señala específicamente que:

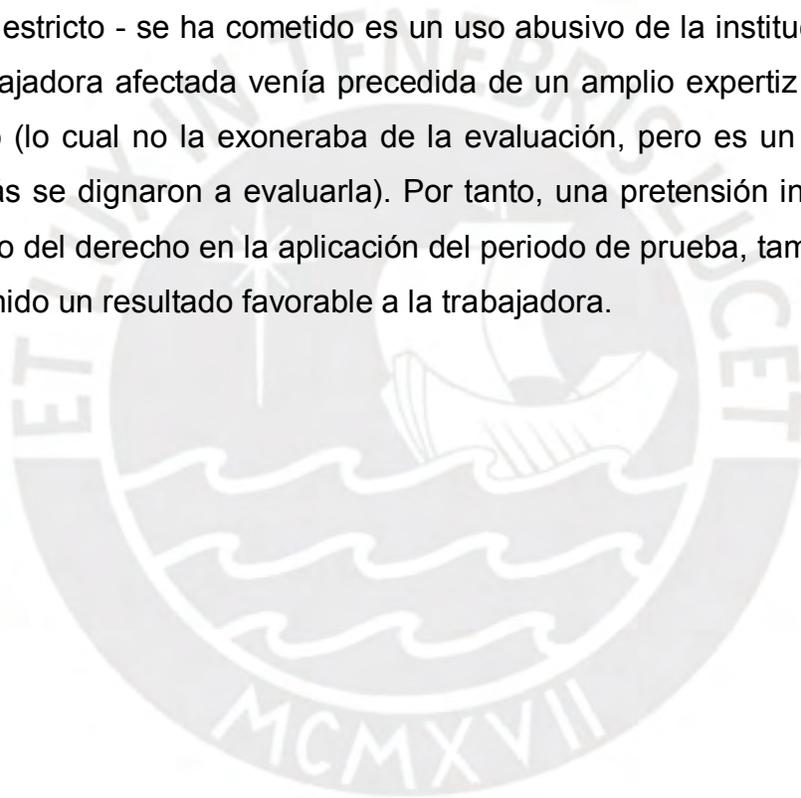
En los casos de despido incausado y fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización por daños y perjuicio sufridas, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y daño moral⁴⁵³.

Acotamos al caso anterior, que ante la pretendida posibilidad de demandar la reposición por despido incausado y el pago de una indemnización por daños y perjuicios por el abuso de derecho sufrido, la vía procedimental ya no será la abreviada sino la ordinaria laboral, ya que esta última se aplica únicamente para demandas de reposición como pretensión única.

Por último, señalamos también como una posición nuestra, el caso de la trabajadora despedida en periodo de prueba, después de haber sido incentivada a renunciar de otra empresa donde tenía más de seis años de experiencia. Consideramos a la luz de la revisión del caso en particular, que mas allá de la afectación al principio de buena fe (sustentado por la Corte Suprema), lo que también se habría producido es un uso abusivo del periodo de prueba, lo cual se advierte del tenor de la contestación de la parte

⁴⁵³ **V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral. Agosto 2017. Acuerdo III sobre Indemnización y Remuneraciones Devengadas en los casos de Despido Fraudulento y Despido Incausado** (punto 3.6). La Corte Suprema acuerda por mayoría el otorgamiento de indemnización por daños y perjuicios y descarta el pago de remuneraciones devengadas.

demandada, donde sustenta que podía despedirla al no haber superado todavía el periodo de prueba⁴⁵⁴, dejando en evidencia la posición que pretende combatir este trabajo: “Te puedo despedir sin mas ni mas, simplemente porque estas en periodo de prueba”. Para nosotros, lo que en estricto ha realizado la demandada, es aplicar, lo que actualmente es aceptado como válido: la facultad de despedir en periodo de prueba sin necesidad de realizar evaluación alguna. Si bien, a la luz de la doctrina complaciente con la óptica empresarial y la justicia laboral que no se permite interpretar los alcances del artículo 10 de la LPCL, se ha aplicado lo que se considera un acto regular, lo que - en estricto - se ha cometido es un uso abusivo de la institución, máxime si la trabajadora afectada venía precedida de un amplio expertiz en el puesto asignado (lo cual no la exoneraba de la evaluación, pero es un indicativo de que jamás se dignaron a evaluarla). Por tanto, una pretensión indemnizatoria por abuso del derecho en la aplicación del periodo de prueba, también debería haber tenido un resultado favorable a la trabajadora.



⁴⁵⁴ CASACIÓN LABORAL N° 7095-2014 LIMA. Ob. Cit. véase fundamento tercero.

CONCLUSIONES

1. El periodo de prueba es una institución del derecho laboral de notable trascendencia, a partir de su directa relación con la extinción de la relación laboral. Es aquella etapa inicial de la relación laboral con fines netamente **evaluativos**, que nace por iniciativa del empleador, quien reclamaba tener la posibilidad de reexaminar nuevamente si le convenía o no, continuar con la relación laboral que había iniciado. Lo que pretendía era saber si mas allá de ser un candidato con buena evaluación de conocimientos y solvente en una entrevista personal, podría redituarse en el terreno de los hechos sus aptitudes profesionales, su capacidad de adaptación y sus condiciones personales relacionadas con los objetivos y aspectos disciplinarios que persigue la empresa. En resumen, como lo refiere Pacheco Zerga, *“la eficiencia de un trabajador no se mide por lo que dice que es, sino por lo que hace”*
2. Esta institución, como lo refrendan autores como Cabanellas o Rafael Caldera es una fase preliminar, de especial inestabilidad e índole experimental, donde las partes tienen tiempo para conocerse y ver si les conviene consolidar el contrato en forma definitiva, o alcanzar el objetivo de una mayor estabilidad (Montenegro Baca). Sino porque además como lo ratifica Litala, el empleador tiene la necesidad de una válvula de seguridad, que le permita obviar las consecuencias que se pueden derivar de una incauta contratación definitiva del prestador de servicios. Por ello, la prueba le resulta de gran utilidad, no sólo para poder apreciar al evaluado desde el punto de vista técnico, sino también moral y disciplinario.
3. Las posiciones encontradas entre la doctrina y la jurisprudencia laboral del país, además de las diversas distorsiones sufridas a lo largo de nueve décadas de vigencia de esta institución, pasan por haberse apartado de la senda originaria de la institución. La de entender que nos

encontramos frente a una institución de naturaleza evaluativa, que además se fundamenta jurídicamente en la necesidad que tuvo el empleador de conocer adecuadamente la idoneidad del trabajador antes de ingresarlo como trabajador permanente. Y en correlato con ese fundamento, la finalidad u objeto de la institución siempre fue que esa necesidad de conocimiento de la idoneidad se produzca a través de la prestación efectiva de servicios, en el terreno mismo de la relación laboral, lo que la doctrina española llama “la realización de las experiencias”.

4. Al poner de relieve lo que es la verdadera esencia y finalidad de la institución del periodo de prueba, las diversas teorías, cada cual mas ingeniosa que la otra, pierden total consistencia. Aludir que el periodo de prueba puede extinguirse sin evaluación alguna porque hay aspectos subjetivos que no pueden medirse es uno de los argumentos que hoy sirven de apoyo para el abuso de derecho y el fraude. Frente a ello, existe autorizada doctrina (Martín Valverde) que descarta de plano esta posición señalando que todo aspecto a evaluar en el periodo de prueba es mensurable y que además, tampoco es un tema de relación fiduciaria (o de confianza), de ser así bastaría con adquirir los servicios de una persona que el empleador conoce por muchos años y al cual tiene suma confianza; sin embargo, esto no le garantizaría su aptitud y adaptación en el puesto asignado. Se señaló también que el despido en periodo de prueba no es ad nutum, si no causalizado en el resultado negativo de las capacidades y por ello, debía presumirse implícitamente que todo acto extintivo en el periodo de prueba tenía esta causa. Posición que compartimos parcialmente, porque el despido en este periodo debe ser causalizado en la no superación de la evaluación respectiva, pero la presunción implícita de que todo acto extintivo siempre tendrá este móvil, no resiste el más mínimo contraste con la realidad.

5. Estas posiciones disímiles en la doctrina y la jurisprudencia, generan consecuencias en el tratamiento regular de la institución en estudio, pero sobre todo generan grave perjuicio a las partes de la relación laboral. El trabajador que se ve perjudicado en la correcta aplicación de este periodo evaluativo que le genera una natural expectativa de acceder a un puesto de trabajo de manera permanente, con los consecuentes perjuicios en el ámbito personal y familiar. El empleador, quien frente a esta arraigada concepción de omnipotencia sin límites que considera tener en este periodo, termina cometiendo graves irregularidades en perjuicio de su contraparte y asumiendo sanciones de orden resarcitorio y también restitutorio.
6. A partir del conocimiento de los verdaderos alcances que tiene esta institución, se hace necesario, frenar los excesos que se vienen generando a partir de su irregular aplicación. El primer límite de naturaleza general, acorde con lo estudiado, es que el periodo de prueba se extinga de modo regular, únicamente, a partir de una evaluación con resultado negativo. Que la causa para prescindir del trabajador a prueba, sea el resultado de su falta de aptitud y capacidad para adaptarse al puesto o la muestra de conductas de diverso orden, relacionados con el puesto de trabajo que no le generen convicción al empleador, en la búsqueda de un trabajador alineado con los objetivos que persigue la empresa. Este límite general de aplicación obligatoria y estricta, con intervención del Ministerio de Trabajo, permitirá erradicar el despido incausado en el periodo de prueba y atenuar los graves excesos de fraude a la ley y abuso de derecho que actualmente se ven facilitados por la ausencia de este requisito evaluativo. A eso se orienta este límite general de causalizar el despido en el periodo de prueba. Pero causalizar en una sola dirección válida: la evaluación objetiva de la idoneidad del trabajador. Esta exigencia que solo aparece cuando se acusa al empleador de trato discriminatorio y vulnerador de derechos

fundamentales se debe convertir en la regla. En una regla formal, y debidamente realizada, más no para escapar de las acusaciones graves que se le atribuyan eventualmente.

7. Los demás límites de naturaleza más específica que pueden derivarse en la aplicación del periodo de prueba, serán precisamente, el trato discriminatorio y la vulneración de los derechos fundamentales, el fraude a la ley y el abuso de derecho, el despido incausado y el despido fraudulento. Límites que, al igual como venía ocurriendo con el trato discriminatorio y la vulneración de DDFF, también permitirán exigir al empleador que desvirtúe su inexistencia y acredite que la decisión extintiva fue el resultado de una evaluación negativa.
8. Al margen de los límites señalados, que servirán para aplicar correctivos de diverso orden, todo empleador tendrá como regla general, (aun sin ser pasible de una queja o demanda), llevar a cabo de manera efectiva la evaluación del trabajador a prueba, con el formato respectivo que incluya los tres aspectos: aptitud, adaptación al puesto, aspecto personal relacionado con el trabajo (incluyendo el aspecto disciplinario) y la previsión del puntaje mínimo asignado. Esta información con los respectivos informes del jefe directo o de área, que respalde la medición, deberán ser conservados por el empleador y remitir una copia al Ministerio de trabajo, con un listado de todos los trabajadores en prueba durante el mes. Ello permitirá, incluso sin la presencia de alguna queja o demanda, que la autoridad administrativa de trabajo fiscalice este cumplimiento con la eventual asignación de la sanción pecuniaria respectiva sino cumple con emitir los formatos mensuales de evaluación del trabajador a prueba.
9. Nuestra propuesta de causalizar el periodo de prueba, vía la emisión del formato de evaluación respectivo, nace del propio ordenamiento jurídico, a partir de la tipología de despido del TC, que proscribe por

inconstitucional, todo despido incausado. Dicha exigencia por su gravedad, se aplica a lo largo de toda la relación laboral, y el periodo de prueba, forma parte inicial de la misma. Se apoya también en la doctrina autorizada (Martín Valverde) que establece de forma sustentada, que el acto extintivo en el periodo de prueba es un despido, como modalidad específica de la facultad de desistimiento que tiene el empleador, pero como tal, tiene que ser causalizado en la evaluación negativa del trabajador. Nos respalda también los primeros atisbos en la jurisprudencia laboral y la incipiente doctrina nacional, que empiezan a tomar partido por la naturaleza evaluativa del periodo de prueba, que como señalamos, es la esencia de la institución y la premisa básica para exigir la causalización del despido en este periodo de evaluación. Por tanto, nuestra propuesta en este punto, no demanda una modificación legislativa, si no adecuada interpretación de la normativa vigente, el retorno a la esencia y finalidad de la institución y el apoyo complementario en el ordenamiento jurídico, aunado a una exigencia administrativa de la autoridad administrativa del trabajo.

10. Nuestra propuesta de causalizar el despido en periodo de prueba, no pasa por imponer los mismos rigores formales de la etapa regular (post prueba) que ingrese a cuestionar la evaluación misma ni el modo de asignación de los puntajes. Nuestro objetivo es imponer un piso mínimo de procedibilidad a la decisión extintiva en el periodo de prueba. Un requisito sine quanon que frene las conductas irregulares que se sostienen precisamente en esta falta de una real exigencia evaluativa. A partir de ello, el empleador debe seguir conservando su margen de discrecionalidad en la evaluación, por ser el legítimo destinatario del elemento humano que habrá de elegir y responsable del destino funcional que habrá de tener su empresa. Ponerle cortapisas de todo orden a este mecanismo evaluativo, sería desnaturalizar la institución (*etapa inestable, experimental, con fines evaluativos y de exención*

temporal de las formalidades y exigencias de un despido en la etapa regular) y convertirla en la etapa regular (post prueba) de la cual pidió ser exonerado temporalmente para hacer una adecuada verificación de capacidades y aptitudes del trabajador. Pero aclaramos de manera enfática, que ello no significa que quede exento del mecanismo sancionatorio si no cumple con evaluar objetivamente como premisa básica, o si usa esa facultad de forma desviada cometiendo fraude, abuso de derecho y demás conductas irregulares que hemos revisado.

- 11.** Si los límites, general y específicos que se proponen son trasgredidos, deberán aplicarse las consecuencias que correspondan a dicho acto irregular. Dichas medidas pasan por las de orden restitutorio (reposición) y resarcitorio (indemnización por daños y perjuicios), dependiendo del tipo de irregularidad y la gravedad que alcance, en perjuicio de los intereses de la parte más vulnerable: el trabajador en prueba. Se contempla como parte de estas medidas, (que nacen de nuestra propuesta antes que de la jurisprudencia, donde es muy exiguo su tratamiento), el dar por superado, en determinado casos, el periodo de prueba y proseguir con el desarrollo de la relación laboral hasta su culminación si es un contrato temporal o de manera permanente si es una vinculación indeterminada, acorde con el tipo de contrato que voluntariamente firmaron las partes. Reiteramos que la vía de la sanción a las conductas irregulares, no puede servir para dar ventajas que no le corresponden al trabajador, como decretar su pase a indeterminado si ese vínculo laboral jamás fue acordado. Tampoco se podrá dar por superado la etapa evaluativa, si esta no fue cumplida objetivamente. Ello va en coherencia con los fines de defensa del periodo de prueba como instrumento de depuración y clasificación del elemento idóneo para la empresa.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, Mario Eduardo.

2008. "Tratado de Derecho del Trabajo". Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires. Argentina. Pág. 298.

ALBALADEJO, Manuel.

1958. "El negocio jurídico". Librería BOSCH. Ronda Universidad, 11. Barcelona. España. Pág. 216.

ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, CAMPS RUIZ, Luis Miguel, LÓPEZ GANDÍA, Juan y SALA FRANCO, Tomas

2008. "Compendio de Derecho del Trabajo. Contrato individual". Tomo II. 3ra Edición. Tirant Lo Blanch. Valencia- España. Pág. 122.

ALEMÁN PAEZ, Francisco.

2011. "Curso de Derecho del Trabajo I. La Relación Individual del Trabajo". Editorial TECNOS. Madrid. España. Pág. 396.

ALONSO GARCÍA, Manuel.

1975. "Curso de Derecho del Trabajo". Editorial Astrea. Quinta Edición. Barcelona – España. Pág. 458.

ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia.

2008. "Derecho del Trabajo". Civitas Ediciones. Vigésimo Quinta Edición. Madrid. España. Pág. 322.

AMPUERO DE FUERTES, Victoria.

2009. “Discriminación e igualdad de oportunidades en el acceso al empleo”. AA.VV. En: “Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez”. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial GRIJLEY. 2da Edición Pág. 775.

APARICIO ALDANA, Rebeca Karina.

2013. “El periodo de prueba, la carga de la prueba y la tutela jurídica de los trabajadores. Análisis de la STC Exp. N° 02456-2012-PA/TC”. AA.VV. En: Diálogo con la jurisprudencia N° 175. Gaceta Jurídica. Lima Perú. Abril Pág. 30.

2016 “Una revisión del concepto de periodo de prueba frente a la nueva doctrina del Tribunal Constitucional”. Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLIX 137-162 / ISSN: 1133-3677. Pág. 149.

ARCE ORTIZ, Elmer.

2006. “La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales”. ARA Editores. 2da. Edición. Lima Perú. Pág. 100.

2013 “Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y Deficiencias”. Editorial Palestra. Segunda Edición Actualizada. Julio. Lima. Perú. Pág. 236.

s/f “Los supuestos de reposición en el despido individual”. Artículo ubicado en internet, con el siguiente enlace:
http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/contenido_web_amag/contenido_48/149-163.pdf .Pág. 159

ARCE ORTIZ, Elmer y LORA PERALTA, Germán.

2015. “Debate: Se debe indemnizar por despido en periodo de prueba”. El Comercio. Edición del 09 de Octubre del 2015. <http://archivo.elcomercio.pe/opinion/colaboradores/debate-se-indemnizar-despido-periodo-prueba-noticia-1846865>

ASQUERINO LAMPARERO, María José.

2015. “El Periodo de prueba en los contratos de trabajo”. Tesis doctoral. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla. España. Véase en el enlace web: <https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/34788/EI%20per%C3%ADodo%20de%20prueba.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

BALLESTER PASTOR, María Amparo.

1995. “El periodo de prueba”. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia. España. Págs. 32-33.

BARREIRO GONZÁLEZ, G.

1983. “El periodo de prueba”. En: BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), Comentarios a las leyes laborales. El estatuto de los trabajadores. EDESA. Tomo IV. Madrid. España.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi.

2013. “Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores: argumentos para la inconstitucionalidad del periodo de prueba”. Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 158. Enero – Marzo 2013. Pág. 200.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos

2006. “El despido en el derecho laboral peruano”. ARA Editores. 2da. Edición. Lima - Perú. Pág. 126.

2003. “El Derecho al Trabajo en la futura Constitución”. Artículo contenido en Revista Derecho PUCP. N° 56. Págs. 809.

2016. “Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo”. Fondo Editorial PUCP. 2da. Edición aumentada. Febrero 2016. Lima. Perú. Pág. 79.

2002. “El Derecho al Trabajo y el Despido Arbitrario. A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional”. AA.VV. Artículo contenido en IUS et VERITAS N° 25. Lima. Perú. Noviembre. 2002. Pág. 279.

CABANELLAS, Guillermo.

1968. “Compendio de Derecho Laboral”. Libros Científicos. Libro de Edición Argentina. Tomo I. Argentina. Pág. 487.

CALDERA, Rafael.

1960. Derecho del Trabajo. Editorial “El Ateneo”. Segunda Edición. Tomo I. Buenos Aires. Argentina. Pág. 316.

CALVO GALLEGO, Francisco Javier.

1995. “Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica. Derechos Fundamentales y Organización de Tendencia”. Consejo Económico y Social. Colección Estudios N° 17. Madrid. España. Pág. 213.

CAMPS RUIZ, Luis Miguel.

1995. “La contratación laboral temporal”. Tirant Lo Blanch. Colección Laboral N° 22. Valencia. España. Pág. 136.

CARRO IGELMO, Alberto José.

1985. “Curso de Derecho del Trabajo”. BOSCH Casa Editorial S.A. 1ra. Edición. Barcelona – España. Págs. 262.

CASTILLO CORDOVA, Luis.

2017 “Derecho al Trabajo y proceso de Amparo”. Palestra Editores. 1ra. Edición. Lima. Perú. Mayo 2017. Págs. 70 a 74.

CASTILLO MONTOYA, Nixon Javier.

2009. “Funcionalidad del periodo de periodo de prueba en la relación laboral”. Soluciones Laborales N° 16. Editorial Gaceta Jurídica. 1ra. Edición. Abril 2009. Lima. Perú. Pág. 24.

CORTEZ CARCELÉN, Juan Carlos.

2008. “Temas sobre la regulación de la renuncia en el Perú”. AA.VV. En: “Trabajo y Seguridad Social. Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez”. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editora Jurídica Grijley EIRL. Lima. Perú. Pág. 328.

CRUZ VILLALÓN, Jesús.

1985. “Problemas prácticos del periodo de prueba”. Revista Política Social. N° 148. Octubre 1985. España. Pág. 199.

2009. “Compendio de Derecho del Trabajo”. Segunda Edición. Editorial Tecnos. Madrid. España. Pág. 129

DE FERRARI, Francisco.

1969. "Derecho del Trabajo". Vol. II. Ediciones Depalma. 2da. Edición Actualizada. Buenos Aires. Argentina.

DE LA TORRE UGARTE LUNA, Carlos A.

1992. "Jurisprudencia del Trabajo". Tomo IV. 1987-1988-1990-1991. Servicios Gráficos José Antonio EIRL. 1ra. Edición. Mayo. 1992. Lima. Perú.

DE LAMA LAURA, Manuel.

2012. "El ius resistendae frente al deber de obediencia. Una visión sustantiva y procesal". Tesis de Maestría de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. PUCP. Lima Perú. Pág. 14.

2013. "La ampliación del periodo de prueba y el despido de una trabajadora embarazada dentro de esta etapa". AA.VV. En Diálogo con la Jurisprudencia N°. 175. Abril. 2013. Pág. 42.

DE LA CUEVA, Mario.

1964. "Derecho Mexicano del Trabajo". Editorial Porrúa S.A. 8va. Edición. Tomo I. México. Pág. 767.

DE LA VILLA GIL, Luis.

1970. "El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales". Revista de Política Social. N° 70. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. Pág. 8.

DE VAL TENA, Luis Ángel.

1998. "Pacto de prueba y contrato de trabajo". Civitas. Madrid - España. Pág. 9.

DOLORIER TORRES, Javier.

2010. “Tratado de derecho individual del trabajo”. Gaceta Jurídica. 1ra. Edición. Octubre Tomo I. Pág. 24.

1994. “Orden público económico, orden público laboral y los límites a la autonomía colectiva”. AA.VV. En: Revista de Derecho THEMIS PUCP N° 27-28. Lima Perú. Pág. 209.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan.

2004. “Abuso de derecho, fraude a la ley y apariencia: ¿principios que ayudan o confunden al operador jurídico”. AA.VV. En: “Negocio Jurídico y responsabilidad civil: Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova”. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima – Perú. Pág. 246.

FERNANDEZ MÁRQUEZ, Oscar.

2005. “La situación legal de desempleo”. Ediciones de la Universidad de Oviedo. Oviedo (Asturias). España. Pág. 142. Versión en internet, en la siguiente dirección: https://books.google.com.pe/books?id=VYBfqde_ovgC&pg=PA142&lpg=PA142&dq=desistimiento+en+el+periodo+de+prueba&source=bl&ots=-rWtyw-KR1&sig=kynKuqwiBvxVNRyf4AHBQcLN5uE&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiCxLCD-pfQAhUS8mMKHskmBY84ChDoAQglMAI#v=onepage&q=desistimiento%20en%20el%20periodo%20de%20prueba&f=false

2014. “El periodo de prueba en el contrato de Trabajo: notas para un balance”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. España. Pág. 24.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos.

1992. “Abuso del Derecho”. Editorial ASTREA. Buenos Aires. Argentina. Págs. 125 y 129.

FERREIRA POZZI, Jesús. “Uruguay: Despido Abusivo:

s/f. ¿Cómo influye en la indemnización por despido?. Doctor en derecho. Facultad de Derecho de la Univ. de la República. Uruguay. Enlace web: <http://www.mondaq.com/Uruguay/x/516592/Unfair+Wrongful+Dismissal/Despido+Abusivo+Cmo+Influye+En+La+Indemnizacin+Por+Despido>

GALLEGO MOYA, Fermín.

2015. “Aspectos esenciales del periodo de prueba: Formalización, Duración y Extinción (Transformación y Tendencias de una institución clásica”. Tesis para el grado de doctor. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia. Páginas 85 a 86 y 341 a 347. Ver enlace web en: <https://digitum.um.es/jspui/bitstream/10201/46980/1/TESIS%20Fermin%20Gallego%20Moya.pdf>

GAMONAL CONTRERAS, Sergio.

2000. “El daño moral por término del contrato de trabajo. Su indemnización en los casos de despido abusivo e indirecto y su fundamento en el contenido ético jurídico del contrato de trabajo”. Editorial EDITREM. Santiago de Chile. Chile. Pág. 33. Enlace web: <http://www.escuelasindical.org/blog/wp-content/uploads/2006/09/dano-moralgamonal.pdf>

GARCÍA GRANARA, Fernando.

2002. “El Derecho al empleo y el despido arbitrario (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Telefónica)”. AA.VV. En: Revista Derecho y Sociedad N° 19. Pág. 249.

GOMEZ VALDEZ, Francisco.

2010. “Derecho del Trabajo. Relaciones individuales del trabajo”. 2da. Edición Actualizada. Mayo 2010. Editorial San Marcos. Lima – Perú. Pág. 121.

GONZALES RAMÍREZ, Luis Álvaro.

2013. “El periodo de prueba y los contratos temporales frente a la especial protección de las trabajadoras gestantes”. AA.VV. En: Gaceta Constitucional N° 65. Gaceta Jurídica. Lima Perú. Mayo 2013. Pág. 167.

GUERRERO FIGUEROA, Guillermo.

2003. “El derecho laboral en la Constitución Nacional Colombiana”. En: El trabajo y la constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea. Madrid: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social/Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Pág. 135.

HUAMAN ESTRADA, Elmer y MOGOLLON ATOCHE, Alex.

2013. “Periodo de prueba vs Derechos Fundamentales del trabajador”. Opinión vertida en su blog sobre actualidad socio laboral. Véase enlace: <http://actualidadsociolaboral.blogspot.pe/2013/03/periodo-de-prueba-vs-derechos.html>

LANDA ARROYO, César.

2017. “Los Derechos Fundamentales”. Fondo Editorial PUCP. 1ra. Edición. Marzo 2017. Lima Perú. Págs. 147 – 152.

MANGARELLI, Cristina

1984. “Daño moral en el derecho laboral”. Acali Editorial. Montevideo – Uruguay.
Pág. 129.

MARTÍN VALVERDE, Antonio.

1976. “El periodo de prueba en el contrato de trabajo”. Editorial Montecorvo.
Madrid - España. Pág. 14.

**MARTIN VALVERDE, Antonio; RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y
GARCIA MURCIA, Joaquín.**

2011. “Derecho del Trabajo”. Editorial TECNOS. 20ª. Edición. Madrid. España.
514.

MONTENEGRO BACA, José.

1981. “La Estabilidad en el Empleo”. Artículo contenido en: “El Derecho Laboral en
Iberoamérica”. Capítulo 18. Editorial Trillas. 1ra. Edición. Octubre 1981.
México D.F. Pág. 330.

MORALES HERVIAS, Rómulo.

2002. “Contratos simulados y contratos en fraude a la ley. A propósito de la teoría
de la causa del contrato”. AA.VV. En: DOXA. Tendencias modernas del
Derecho. Editora Normas Legales. Trujillo Perú. 2004. Pág. 132.

NEVES MUJICA, Javier.

2002. “Sentencia del Tribunal Constitucional: Caso Telefónica”. Artículo contenido
en la Revista Análisis Laboral. AA.VV. Lima. Perú. Octubre. 2002. Pág. 14.

2012. “Introducción al Derecho del Trabajo”. Fondo Editorial PUCP. Segunda Edición. Febrero 2012. Págs. 37 y 38.

2015. “El Despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisdiccionales Supremos en materia laboral”. AA.VV. En: THEMIS Revista de Derecho PUCP. N° 67. Lima Perú. Pág. 230.

OBREGÓN SEVILLANO, Tulio M.

2005. “El periodo de prueba”. Revista Actualidad Empresarial. N° 82. 1ra. Quincena. Marzo 2005. Área Laboral. V-1. Lima. Perú.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo.

2010. “Abuso de Derecho”. Grupo Editorial Ibáñez. Pontificia Universidad Javeriana. Colección Internacional N° 20. 2da. Edición. Bogotá. Colombia. Pág. 104.

PACHECO ZERGA, Luz.

2008. “El periodo de prueba: Naturaleza y régimen jurídico”. JUS Doctrina y Práctica. Julio 2008. Lima – Perú. Pág. 352.

2011. “Características de la irrenunciabilidad de los derechos laborales en el Perú y en el derecho comparado”. Trabajo y Seguridad Social: Revista de Doctrina, jurisprudencia y legislación (9). Buenos Aires. Septiembre 2011. Págs. 651-664. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Repositorio institucional PIRHUA. Véase en el siguiente enlace web: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2800/Caracteristicas_irrenunciabilidad_derechos_laborales_peru_derecho_comparado.pdf?sequence=1.

PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel.

2009. "Derecho del Trabajo". Editorial Universitaria Ramón Areces. Décimo séptima edición. Julio 2009. Madrid. España. Pág. 587.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario.

2005. "En torno al principio de irrenunciabilidad". AA.VV. En: Revista Ius et Veritas N° 31. Lima. Perú. Pág. 218.

PÉREZ BOTIJA, Eugenio.

1960. "Curso de Derecho del Trabajo". Editorial TECNOS S.A. Sexta Edición. Madrid - España. Pág. 146.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique

1984. "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución". Editorial Tecnos. Madrid España. Pág. 97.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo.

1998. "Los principios del derecho del trabajo". Ediciones Depalma. 3ra. Edición actualizada. Buenos Aires. Argentina. Pág. 171.

PROYECTO DE LEY GENERAL DEL TRABAJO.

2012. En: Soluciones Laborales. Gaceta Jurídica. 1ra Edición. Lima – Perú. Setiembre Pág. 25.

PUNTRIANO ROSAS, César Alfredo.

2016. "Consecuencias Jurídicas derivadas de la infracción a la Estabilidad Laboral de salida por parte del empleador". AA.VV. En: Revista Derecho y Sociedad. Revista editada por los estudiantes de la facultad de derecho PUCP. Marzo 2016. Pág. 170.

RASO-DELGUE, Juan.

s/f “El Despido Abusivo”. Artículo de derecho laboral. Catedrático de Derecho de Trabajo en la Universidad de la República de Uruguay. Consultor OIT. Enlace web: <http://docplayer.es/13678591-Despido-abusivo-de-juan-raso-delgue.html>

RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel.

2000. “El periodo de prueba (artículo 14)”. Civitas. Revista Española de Derecho al Trabajo. N° 100. Año 2000. Págs. 466.

RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.

1961. “Naturaleza jurídica del periodo de prueba”. “Estudios de homenaje a Jordana de Pozas”, III, Madrid, Pág. 103 ss,

ROMERAL HERNANDEZ, Josefa.

2014. “Límite temporal del periodo de prueba tras las reformas laborales”. XXV Jornades catalanes de Dret Social Barcelona 20 y 21 de febrero 2014. Pág. 13. Véase en el sgte. enlace web: [file:///C:/Users/Alex/Downloads/JOSEFA.ROMERAL%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Alex/Downloads/JOSEFA.ROMERAL%20(1).pdf)

RUBIO CORREA, Marcial.

1996. “Título Preliminar. Biblioteca para leer el Código Civil”. Vol. III. Fondo Editorial PUCP. 7ma. Edición. Lima. Perú. Noviembre. 1996. Pág. 43.

2017. “La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional”. Fondo Editorial PUCP. 3ra. Edición aumentada. Febrero 2017. Lima Perú. Pág. 164.

SANCHEZ FERRER CHÁVEZ, Luis Manuel.

2011. “El despido fraudulento en el régimen laboral privado ante el proceso laboral peruano”. Junio 2011. Trujillo. Perú. Pág. 1. Artículo recogido en: <https://es.scribd.com/doc/95685446/Despido-Fraudulento-en-el-Regimen-Laboral-Privado-ante-el-Proceso-Laboral-Peruano>

SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo.

1989. “El derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución Peruana, en Trabajo y Constitución”. Cultural Cuzco Editores. Lima Perú. Pág. 123.

2008. “Los contratos de trabajo de duración determinada”. Editorial Gaceta Jurídica. Segunda Edición. Noviembre 2008. Pág. 113.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco.

1963. “Nociones de Derecho del Trabajo”. Estudios de trabajo y previsión. Instituto de Estudios Políticos. 14ava. Edición Italiana (traducida por Fernando Suárez González). Madrid – España.

SERKOVIC GONZALES, Germán.

2014. “Sepa cómo aplicarlo. Pautas para el periodo de prueba”. Jurídica. Suplemento de Análisis Legal de El Peruano. N° 508. Año 8. Junio. 2014. Lima. Perú. Pág. 8.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo.

2002. “Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato”. Editora Jurídica GRIJLEY EIRL. 1ra. Edición. Lima. Perú. Junio. 2002. Pág. 347.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge.

2011. “Derecho Individual del Trabajo”. Editorial Gaceta Jurídica. Primera Edición. Diciembre 2011. Lima. Perú. Pág. 379.

2011. “Existe un daño que merece indemnización”. Artículo de Opinión. Diario Gestión. 07 de Octubre del 2015. Sección Economía. “Se abre la puerta de para indemnizar el cese del trabajador en periodo de prueba. Corte Suprema fija nuevo precedente laboral”. Lima. Perú. Pág. 10.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y CARO PACCINI, Eliana

2004. “La Reforma Laboral de los Noventa: ¿Lección Aprendida?”. Revista Foro Jurídico. N° 3. Febrero 2004. Pág. 27.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y NEYRA SALAZAR, Carole Ivonne.

2016. “Criterios Jurisprudenciales de la Corte Suprema el despido nulo”. AA.VV. En: Revista Ius et Veritas N° 52. Lima Perú. Julio 2016. Pág. 234.

VASQUEZ CHUQUIPIONDO, Giovanna del Carmen.

2013. “El periodo de prueba: Necesidad de su aplicación”. Soluciones Laborales N° 63. Gaceta Jurídica. Marzo 2013. Lima – Perú. Pág. 71.

VIDAL SALAZAR, Michael.

2002. “Libertad Sindical, derecho al trabajo y estabilidad laboral en los últimos días. Acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional”. AA.VV. Artículo contenido en la Revista Derecho y Sociedad. N°. 19. Lima. Perú. Diciembre 2002. Pág. 223.

2007. “Los derechos laborales como fundamentales frente a la globalización y la flexibilización laboral”. Revista Pensamiento Constitucional. Revista de la Maestría de Derecho Constitucional de la PUCP. AA.VV. Fondo Editorial PUCP. Año XII. N° 12. Abril 2007. Pág. 466 y 467.

VILCHEZ GARCÉS, Lidia.

2008. “Desnaturalización del contrato de trabajo”. AA.VV. Artículo incluido en: IUS et VERITAS. N° 36. Julio 2008. Pág. 375.

VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo.

2013. “El Derecho al trabajo: en tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado”. AA.VV. Revista Derecho PUCP. N° 71. 2013. Pág. 311.

VINATEA RECOBA, Luis.

2004. “La «Adecuada Protección Procesal» contra el Despido Arbitrario: Comentarios a la Sentencia de fecha 13 de marzo de 2003 emitida por el Tribunal Constitucional Peruano”. AA.VV. En: Revista Derecho y Sociedad N° 23. Lima Perú. 2004. Pág. 105.

2009. “Las formas de tutela procesal del despido a partir de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”. AA.VV. En: “Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica”. Editora GRIJLEY. 1ra. Edición. Lima. Perú. Pág. 543.

VITTERI GUEVARA, Julissa Magaly.

2014. “Tratamiento jurisprudencial del despido incausado”. AA.VV. En: “El despido laboral. Despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento”. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima Perú. Noviembre 2014. Pág. 159.

JURISPRUDENCIA CITADA

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Exp. N° 00976-2001 AA/TC
- Exp. N.° 628-2001-AA/TC
- Exp. N° 1057-2002 AA/TC
- EXP. N° 02982-2012 AA/TC
- EXP. N° 08261-2013 PA/TC
- Exp. N° 0020-2012 PI/TC
- EXP. N° 00231-2012-PA/TC
- EXP. N° 05012-2009-AA/TC
- Exp. N° 02456-2012-AA/TC
- EXP. N° 1230-2000-AA/TC
- EXP. N° 01615-2012 PA/TC

2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

- Casación Laboral N° 3034-2012 LIMA
- Casación Laboral N° 16953-2013 JUNÍN
- Casación Laboral N° 699-2015 LIMA
- Casación Laboral N° 5252-2014 LIMA
- Casación Laboral N° 7095-2014 LIMA
- Casación Laboral N° 16953-2013 JUNIN

3. RESOLUCIÓN DE SALA LABORAL SUPERIOR

- Exp. N° 31417-2012-0-1801-JR-LA-09

4. RESOLUCION DEL SERVIR

- Resolución N° 01371-2013-SERVIR/TSC-Segunda Sala

5. PLENOS JURISDICCIONALES

- I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral. Mayo 2012
- V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral

6. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

- Sentencia del Tribunal Constitucional de España 119/2014, de 16 de julio del 2014. <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24058>
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 173/2013 del 10 de octubre del 2013. <https://www.boe.es/boe/dias/2013/11/07/pdfs/BOE-A-2013-11684.pdf>
- STSJ Madrid 17 de diciembre 2010 (JUR 2011/107085).

7. JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. Exp. T-863069. Sentencia T-978. 08 de Octubre del 2004. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Enlace de internet:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-978-04.htm>

8. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA

- Hoja de Evaluación de Desempeño Laboral año 2017 – Corte Superior de Lima Sur. Área de Administración de Personal. Corte Superior de Justicia de Lima Sur.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA SUR
"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

HOJA DE EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO LABORAL AÑO 2017

ADMINISTRATIVO
JURISDICCIONAL

PERIODO DE EVALUACIÓN: _____

1.- DATOS GENERALES DEL TRABAJADOR:

APELLIDOS Y NOMBRES: _____

CARGO: _____ DEPENDENCIA: _____

FACTORES	CALIFICACIÓN ⁽¹⁾			
	SUPERA LAS ACTIVIDADES	ACEPTABLE DE ACUERDO A LAS EXPECTATIVAS	SATISFACE MINIMAMENTE LAS EXPECTATIVAS	NO SATISFACE NINGUNA EXPECTATIVA
	16 A 20	11 A 15	06 A 10	01 A 05
1.- TRABAJO EN EQUIPO Capacidad para armonizar y sincronizar el trabajo en equipo, logrando que los resultados y las relaciones personales sean				
2.- IDENTIFICACIÓN CON LOS OBJETIVOS DE LA INSTITUCIÓN Actitud del trabajador frente a los cambios, su orientación e identificación				
3.- CONOCIMIENTO DEL TRABAJO Evalúa el conocimiento del cargo asignado, como resultado de su preparación, experiencia y competencias.				
4.- CONFIDENCIALIDAD Evalúa el grado de discreción en el manejo de la documentación y hechos considerados de carácter reservado.				
5.- CALIDAD DE TRABAJO Evalúa la ausencia de errores, exactitud, carencia de defectos, limpieza y buena presencia de los trabajos asignados.				
6.- MANEJO DE MAQUINAS Y EQUIPOS Califica la precisión y destreza en el uso de máquinas y equipos de cómputo asignados.				
7.- INICIATIVA Y CREATIVIDAD Habilidad de criterio para formular propuestas que contribuyen a mejorar los sistemas y procesos de trabajo.				
8.- TRATO AL USUARIO Evalúa la actitud y disposición para atender y orientar acertadamente al usuario interno y externo.				
9.- ASISTENCIA, PUNTUALIDAD Y PERMANENCIA Evalúa el cumplimiento de las normas establecidas para concurrir al centro de trabajo.				
10.- SANCIONES Evalúa el grado de sanciones recibidas por el trabajador, en forma verbal y escrita				

2.- APRECIACIÓN DEL POTENCIAL

Tiene capacidad para desarrollar labores de mayor complejidad? SI () NO ()

El trabajador puede mejorar su rendimiento? SI () NO ()

3.- SOLICITA LA RENOVACIÓN DEL CONTRATO DEL PERSONAL SI () NO ()

FECHA DE EVALUACIÓN: _____

RESULTADOS DE LA EVALUACIÓN: _____

FIRMA DEL RESPONSABLE

(1) Deberá precisar nota de acuerdo a los rangos que se detallan, debiendo promediar al final.

- Oficio N° 01396-2017-CG/SGE, de fecha 29 de noviembre 2017, remitido por la Secretaría General de la Contraloría General de la República.



OFICIO N° 01396-2017-CG/SGE

Jesús María, 29 de noviembre de 2017

Señor
Alexander Mas Lozada
andy_m1204@yahoo.es
Jirón Moquegua N° 182, Oficina 312
Lima/Lima/Lima

ASUNTO : Atención a solicitud de acceso a la información pública
REF. : Solicitud de acceso a la información pública de fecha 08 de noviembre de 2017.
Expediente N° 08-2017-50158 del 08 de noviembre de 2017.

Tengo el agrado de dirigirme a usted, con relación al documento de la referencia, mediante el cual, al amparo de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, solicita se le proporcione el Formato de Evaluación del Trabajador en Período de Prueba (factores que son evaluados), y la información referida a los factores que contiene dicha evaluación.

Al respecto, conforme a lo informado por el Departamento de Recursos Humanos, a través de la Hoja Informativa N° 00267-2017-CG/RH, resulta atendible proceder a su entrega, dado que la información contenida en la documentación solicitada no se configura como información secreta, reservada o confidencial, al no encontrarse en ninguno de los supuestos de excepción para el acceso a la información pública contemplados en los artículos 15°, 16° y 17° del T.U.O. de la Ley N° 27806, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM.

En tal sentido, se remite la documentación solicitada (que contiene la información referida a los factores a ser evaluados) a la dirección de correo electrónico señalada en su solicitud, de conformidad con el Procedimiento N° 08 del Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Contraloría General de la República, aprobado por Resolución de Contraloría N° 269-2014-CG y modificado por Resolución de Contraloría N° 119-2016-CG, concordante con el artículo 12° del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, sin que ello le genere costo alguno.

Es propicia la oportunidad para expresarle las seguridades de mi consideración.

Atentamente,

/dfm

- Formato de evaluación de personal a plazo indeterminado a prueba.

**FORMATO DE EVALUACIÓN DE CONTRATO A PLAZO INDETERMINADO
DENTRO DEL PERIODO DE PRUEBA**

Apellidos y Nombres:

Código:

Unidad Orgánica:

Nombre de Jefe o Gerente de Unidad Orgánica:

FACTORES	MALO (1 - 3)	REGULAR (4 - 6)	BUENO (7 - 9)	MUY BUENO (10 - 12)	EXCELENTE (13 - 15)
Capacidad para realizar tareas					
Conocimiento del Trabajo					
Cantidad de trabajo efectuado					
Calidad del trabajo					
Iniciativa					
TOTAL					

*36 puntos es el puntaje mínimo que el trabajador debe obtener para la continuidad de su contrato.

Comentarios:

Principales Debilidades	
Principales Fortalezas	
Áreas a mejorar	

Firma
Jefe o Gerente de Unidad Orgánica