

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**Escuela de Posgrado**



La afectación de los derechos fundamentales del trabajador  
durante el periodo de prueba

Tesis para obtener el grado académico de Magíster en Derecho del  
Trabajo y de la Seguridad Social

que presenta:

***Juan Carlos Flores Enriquez***

Asesor:

***María Katia García Landaburu***

Lima, 2023

## Declaración jurada de autenticidad

Yo, María Katia García Landaburu, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesora de la tesis “La Afectación de los Derechos Fundamentales del trabajador durante el periodo de prueba”, del autor Juan Carlos Flores Enríquez, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 13%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 21/05/2021.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 12 de diciembre de 2022

Apellidos y nombres del asesor: García Landaburu, María Katia	
DNI: 09302661	Firma: 
ORCID: 0000-0003-4673-2226	

## **Agradecimientos**

A mis padres, Juan Carlos y Bertha, por el apoyo y comprensión que siempre me brindan

A María Katia García, mi asesora, por el apoyo, seguimiento y paciencia.

A mis amigos y todos aquellos que siempre creyeron en mí.



## Resumen

La presente Tesis examina la institución del período de prueba, a partir del análisis dogmático de esta figura. Esta investigación parte del hecho que el período de prueba ha sido utilizado por los empleadores para poner fin a las relaciones laborales de manera discrecional, lo cual puede conllevar a la afectación de los derechos de los trabajadores. Dicha situación se ha producido debido a que ni la doctrina ni la jurisprudencia han establecido un límite unánime a la aplicación del período de prueba como justificación de la finalización del vínculo laboral; lo que, en la práctica, crea una gran incertidumbre que se traduce en la situación de desamparo en la que se encuentran los trabajadores cuyo despido ha sido realizado valiéndose de esta institución. En ese sentido, el presente trabajo tiene como objetivo dejar en claro que la eficacia de los derechos fundamentales, y en particular, de aquellos protegidos por la figura del despido nulo, es transversal a todo el ordenamiento nacional, lo que incluye a la primera etapa de las relaciones de trabajo. Asimismo, y sobre la base de dicha finalidad, dar una respuesta respecto a la naturaleza del período de prueba, su finalidad y su aplicación en los procesos judiciales en donde se cuestionen los despidos llevados a cabo durante esta etapa del contrato de trabajo. Como resultado de la presente investigación, se tiene que los despidos realizados durante el período de prueba se reputarán, en principio, como válidos; salvo que se acredite la violación de los derechos fundamentales protegidos bajo la figura del despido nulo (discriminación, libertad sindical y tutela judicial efectiva).

Palabras claves: período de prueba, derechos fundamentales, despido.

## Índice

Agradecimientos	iii
Resumen	iv
Introducción	1
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>EL PERÍODO DE PRUEBA EN LA DOCTRINA Y LEGISLACIÓN</b>	<b>4</b>
1.1. Concepto	5
1.1.1. Desde el punto de vista subjetivo	5
1.1.2. Desde el punto de vista objetivo	6
1.2. Naturaleza	8
1.2.1. Teorías dualistas	9
1.2.1.1. Período de prueba como contrato preliminar o preparatorio	9
1.2.1.2. Período de prueba como contrato de trabajo por tiempo determinado	10
1.2.1.3. Período de prueba como un contrato especial	11
1.2.2. Teorías monistas	12
1.2.2.1. Período de prueba como condición suspensiva del contrato de trabajo	13
1.2.2.2. Período de prueba como condición resolutoria del contrato de trabajo	14
1.3. Fundamento jurídico del período de prueba	17
1.3.1. Diligencia en la contratación	17
1.3.2. Conservación del negocio	19
1.3.3. Razón de ser del período de prueba	21
1.3.4. Satisfacción de intereses como justificación al período de prueba	24
1.4. Regulación normativa	27
1.4.1. Regulación internacional	27
1.4.2. Regulación a nivel nacional	28
1.5. Características del período de prueba en el Perú	31
1.5.1. Plazo	31
1.5.2. Formalidades	35
1.5.3. Efectos	36
1.5.4. Deficiencias	40
1.5.4.1. En cuanto a la duración de la prueba (regla general)	40
1.5.4.2. En cuando al tipo de contrato (sujetos a modalidad)	40
	v

1.5.4.3.	En cuando a la protección contra el despido arbitrario	42
----------	--	----

## **CAPÍTULO II**

### **LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL INTERIOR DE LA RELACIÓN LABORAL**

		45
2.1.	Sobre los derechos fundamentales	45
2.1.1.	Concepto	45
2.1.2.	Contenido	46
2.1.2.1.	Contenido esencial	50
2.1.2.2.	Contenido no esencial	51
2.1.2.3.	Contenido adicional	52
2.1.2.4.	Derechos fundamentales de configuración legal	53
2.1.2.5.	Eficacia	54
2.2.	La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento laboral peruano	57
2.2.1.	Discriminación	58
2.2.1.1.	Concepto	58
2.2.1.2.	Tipos	60
2.2.1.3.	Causales establecidas en el ordenamiento nacional	62
2.2.1.4.	Estado de gestación como causa especial de discriminación	64
2.2.2.	Libertad sindical	66
2.2.3.	Tutela judicial efectiva	70
2.2.4.	El caso de los denominados derechos inespecíficos	73

## **CAPÍTULO III**

### **PRINCIPALES DESAFÍOS EN TORNO A LA AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA**

3.1.	El despido como principal manifestación de la afectación de derechos fundamentales durante el período de prueba	78
3.2.	Extinción de la relación laboral durante el período de prueba: despido libre versus causalización del despido	80
3.2.1.	Sustento de la teoría de la causalización del despido durante el período de prueba	80
3.2.2.	Argumentos en contra de la causalización del despido durante el período de prueba	83
3.2.2.1.	Aspectos doctrinales	83

3.2.2.2.	Aspectos legales: categorías de despido	86
3.2.2.3.	Aspectos prácticos: despido causalizado y por rendimiento deficiente	90
3.3.	La protección frente al despido durante el período de prueba	94
3.3.1.	Supuestos de despido nulo	94
3.3.1.1.	Discriminación	95
3.3.1.2.	El estado de gestación como causa de discriminación	98
3.3.1.3.	Libertad sindical	102
3.3.1.4.	Tutela judicial efectiva	104
3.3.2.	Supuestos de fraude a la ley y abuso de derecho	107
3.3.2.1.	Fraude a la ley	107
3.3.2.2.	Abuso de derecho	113
3.4.	Indicios de la transgresión de derechos fundamentales	118
3.4.1.	En la doctrina y legislación	118
3.4.2.	En la jurisprudencia	121
3.4.2.1.	Supuestos de discriminación	122
3.4.2.2.	Libertad sindical	123
3.4.2.3.	Tutela judicial efectiva	124
3.5.	Adecuada reparación frente al despido lesivo de derechos fundamentales durante el período de prueba	125
3.5.1.	Derechos fundamentales protegidos por el despido nulo	125
3.5.2.	Otros derechos	129
	Conclusiones	132
	Referencias bibliográficas	137
	Anexos	143
	Anexo A: Solicitud de información - Petroperú	143
	Anexo B: Solicitud de información – Contraloría General de la República	156
	Anexo C: Solicitud de información – Banco Central de Reserva del Perú	157
	Anexo D: Tablas paramétricas de la planilla electrónica	158

## Introducción

Las relaciones laborales están marcadas por la contraposición de intereses entre dos contratantes cuya posición es notoriamente distinta (trabajador y empleador), en las que el Estado ejerce el papel de colocar a dichas partes en una posición que no permita el abuso de una sobre la otra. Siendo uno de los temas más importantes el de la protección contra el despido, es a través de ésta que se trata de tutelar el derecho del trabajador a la conservación del puesto de trabajo, proscribiendo las arbitrariedades del empleador que ocasionan la máxima lesión al vínculo contractual que supone toda relación de trabajo: su extinción; surgiendo conceptos como los de despido arbitrario y despido nulo (refiriéndonos sólo a los términos existentes en nuestra legislación), que garantizan al trabajador una adecuada reparación frente a aquellas extinciones que no se sustentan en una causa justa.

No obstante, existen situaciones en las cuales el Estado -sin dejar de lado su rol protector- tiene que tratar determinados institutos de forma tal que, en atención a su finalidad, se ampare el ejercicio de un derecho en detrimento de otro, en función de acciones que constituyen la única forma de proteger determinados intereses para la correcta marcha de las relaciones laborales. Una de estas situaciones es la extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba, etapa del vínculo contractual en la cual cualquiera de las partes puede dar por finalizada el mismo sin expresión de causa y sin seguir ningún procedimiento; aunque, como veremos a lo largo de la presente investigación, dicha facultad es ejercida sobre todo por el empresario.

Ello ha servido como excusa para que el empleador, alegando el ejercicio de su facultad directriz, despida a cualquier trabajador que se encuentra dentro de esta etapa del contrato sin respetar ningún tipo de prerrogativa, derecho o atribución del cual éste pudiera ser titular, anteponiendo su facultad de dar por terminado el contrato de trabajo.

Ello es así porque nuestra legislación se ha limitado a regular el período de prueba desde una perspectiva indirecta, al omitir sus principales características (concepto, límites bajo la cual puede ejercerse la facultad extintiva, etc.); lo que da –muchas veces– un margen de acción bastante discrecional para que empleador decida poner fin al contrato de trabajo atentando contra los derechos de la parte trabajadora, asumiendo que dicho accionar es incuestionable.

A nivel jurisprudencial, existen pronunciamientos en los que se rechazan los cuestionamientos realizados al despido durante el período de prueba, sin considerar la posibilidad de analizar los elementos que hubieran servido para configurar la extinción. De esta forma, existiría una presunción implícita de que el período de prueba es una etapa donde el empleador puede despedir al trabajador no sólo sin expresión de causa, sino que, además, podría llevar a cabo dicha medida vulnerando derechos fundamentales; convirtiendo a esta fase de la relación laboral en una especie de zona liberada en donde no existe ningún tipo de consecuencia ante actos de tal naturaleza. Como reacción a ello, han surgido propuestas que tratan de dar una solución a esta problemática, como aquellas posiciones que adoptan como criterio la causalización del despido durante el período de prueba.

No obstante, lo que se plantea desde la presente investigación es la intangibilidad de los derechos fundamentales desde la perspectiva de su eficacia a través de las normas jurídicas de nuestro ordenamiento nacional; pues consideramos que la prevalencia de este tipo de derechos es transversal a todo el derecho nacional, en especial de aquellos que se encuentran protegidos por la figura del despido nulo. De esta forma, si bien el despido durante el período de prueba puede ser llevado a cabo sin expresión de causa, ello no quiere decir que dicha manera de extinguir la relación de trabajo pueda ser realizada pasando por encima de cualquier derecho; o mediante el abuso en su aplicación (como veremos más adelante).

En función a ello, hemos dividido la investigación en tres capítulos: el primero estará dedicado al estudio del período de prueba en la doctrina y legislación, el segundo al análisis de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral y el tercero a la identificación y evaluación de los principales desafíos en torno a la afectación de derechos fundamentales durante el período antes mencionado. De acuerdo con ello, comenzaremos el presente trabajo con el tratamiento de las principales definiciones vinculadas al período de prueba, con el objetivo de conocer sus aspectos más importantes, los mismos que tienen que ver con su definición, naturaleza y fundamento jurídico; lo que nos dará mayores luces respecto de su utilidad en el sistema de configuración de las relaciones de trabajo.

Luego de ello, pasaremos a ver el tratamiento del período de prueba al interior de las normas, tanto internacionales como nacionales, haciendo hincapié en sus principales aspectos, como los plazos, formalidades y efectos, para concluir analizando las fortalezas y deficiencias sobre dicha etapa, presentes en nuestra legislación.

En el segundo capítulo trataremos lo concerniente a los derechos fundamentales, tocando algunos puntos importantes como su concepto, origen, contenido y eficacia; lo que nos permitirá comprobar su intangibilidad como inherentes al ser humano en su condición de persona. Seguidamente, se abordará cuáles son los derechos fundamentales protegidos por nuestro ordenamiento al interior de la relación de trabajo; ya sean aquellos de titularidad netamente laboral como aquellos de titularidad inespecífica adaptados a las relaciones de trabajo.

Finalmente, en el tercer capítulo procederemos a aplicar los principales conceptos tocados en los puntos anteriores, partiendo desde el hecho de que el despido es la principal forma de afectar los derechos fundamentales; para luego analizar los límites para ejercer la facultad de extinguir la relación de trabajo, expresando nuestro punto de vista acerca de la teoría de la causalización del despido durante el período de prueba.

Dejando sentada nuestra propuesta, trataremos el despido durante el período de prueba en los supuestos del despido nulo desde la jurisprudencia, así como otras figuras como el fraude a la ley y el abuso de derecho; culminando con el estudio de los criterios que sirven para establecer la existencia o no de violación de derechos fundamentales, así como las formas de reparación de este tipo de transgresiones.

De esta forma, esperamos contribuir a la reflexión sobre el período de prueba y su estrecha relación tanto con los derechos fundamentales de carácter laboral, como con los medios de protección contra el despido establecidos al interior de nuestro ordenamiento; con el objetivo de comprender el verdadero alcance que tiene la protección de este tipo de derechos a lo largo de toda la relación de trabajo.

## CAPÍTULO I

### EL PERÍODO DE PRUEBA EN LA DOCTRINA Y LEGISLACIÓN

Para comenzar con el objeto de estudio de la presente tesis, debe tenerse en claro, desde la perspectiva de la doctrina y legislación, todo lo referente el período de prueba, pues el propósito de este capítulo gira en torno de este instituto, etapa inicial y *sui generis* de la relación de trabajo que está caracterizada, como veremos adelante, por una relajación de los requisitos para dar por terminado el contrato de trabajo, como rasgo fundamental.

Para ello, se debe tener en claro los principales temas respecto del período de prueba, pues el estudio a realizar debe tener bases sólidas sobre las cuales pueda sustentarse la hipótesis a defender: si bien puede despedirse al trabajador durante el período de prueba, dicha decisión no puede transgredir derechos fundamentales; debiendo declararse nulas las extinciones de la relación de trabajo donde se compruebe la lesión de los derechos fundamentales protegidos por el despido nulo.

Así, en el presente capítulo –y a falta una disposición en la normativa nacional que realice una explicación del mismo- fijaremos un concepto de período de prueba y expondremos las principales teorías respecto de la naturaleza del mismo, a fin de que extraigamos los principales elementos (características) de la institución; no obstante, y con el fin de dejar sentadas las bases de los capítulos siguientes, dejaremos planteados los principales vacíos en cuanto a su regulación.

De esta manera, se responderán preguntas como ¿qué es el período de prueba?, ¿está justificada su existencia?, ¿cómo está regulado?, ¿cuáles son sus características, vacíos y deficiencias?, etc., Con todo ello, se abordará esta institución en forma integral, para –a la luz de lo normado en la doctrina autorizada y legislación nacional- intentar darle una solución que vaya acorde no sólo con los derechos fundamentales que detallaremos más adelante, sino también con la prerrogativa de cualquier empleador de ejercer la facultad de dar por finalizado el contrato de trabajo durante la etapa inicial de la relación laboral.

## **1.1. Concepto**

La legislación nacional no regula el período de prueba partiendo de su concepto, sino más bien de sus principales efectos y características (sobre los cuales nos referiremos más adelante), por lo cual se tendrá que comenzar a definir dicha etapa de la relación laboral.

Para ello sería pertinente partir por definir el período de prueba. Así, de entre las definiciones que pueden extraerse del Diccionario de la Lengua Española, Asquerino (2015) indica lo siguiente:

El término “prueba” es un concepto rico en significados, pero de todas las acepciones, destacamos tres: (a) Ensayo o experimento que se hace de algo, para saber cómo resultará en su forma definitiva. (b) Examen que se hace para demostrar o comprobar los conocimientos o aptitudes de alguien. (c) Operación que se ejecuta para comprobar que otra ya hecha es correcta. De estas definiciones se pueden extraer las siguientes aseveraciones: (i) Oportunidad para constatar si algo funciona. (ii) Referido a las personas, la finalidad es la de que queden en evidencia el saber de éstas y sus cualidades. (iii) El objetivo es conocer si se ha acertado en la primera impresión (p. 11).

En cuanto a las definiciones respecto de “período de prueba”, la doctrina ha seguido un derrotero que si bien se basa en formulaciones distintas (ya sea partiendo desde un punto de vista relacionado al trabajador, al empresario o del propio período de tiempo), desembocan en el objetivo de esta: ser una etapa inicial de conocimiento y aprendizaje que sentará las bases respecto del devenir de la relación de trabajo. Así, las definiciones sobre período de prueba podrían clasificarse en las siguientes:

### **1.1.1. Desde el punto de vista subjetivo**

Desde el punto de vista subjetivo, el período de prueba puede ser definido partiendo de lo que cada parte deberá hacer o de lo que debe esperar de la otra. Así, se tienen las siguientes perspectivas:

### **a. Desde el desempeño de los servicios del trabajador**

Partiendo desde un punto de vista empresarial, el período de prueba podría definirse, en cuanto a su finalidad, como apunta De la Cueva (1970), al señalar que “se conoce como Período de Prueba en las relaciones de trabajo, un término breve, al iniciarse la prestación de los servicios, destinado a que el trabajador pruebe su aptitud” (p. 764).

### **b. Desde el beneficio del empleador**

En cuanto a las expectativas del empresario, Ferro (citado por Jara, 2017), entiende que:

[...] se encuentra establecido fundamentalmente, en beneficio del patrono y tiene por objeto que pueda cerciorarse de la capacidad del trabajador, es benéfico, empero, aún para éste, en atención a que, transcurrido ese período, está seguro el obrero de que su capacidad para el trabajo es cierta (p. 52).

### **c. Desde la apreciación de ambas partes**

Desde esta perspectiva, Sabogal (2016), haciendo referencia al artículo 76 del Código Sustantivo de Trabajo de la República de Colombia, indica que el período de prueba es definido como “la etapa inicial del contrato de trabajo que tiene por objeto, por parte del patrono, apreciar las aptitudes del trabajador, y por parte de este, la conveniencia de las condiciones del trabajo” (p. 159).

### **1.1.2. Desde el punto de vista objetivo**

Desde un punto de vista objetivo, la definición del período de prueba estará centrada, más que en los deberes o expectativas de cada parte, en lo que significa en sí, el período de tiempo, para -a partir de ello- desplegar las prerrogativas/deberes/expectativas de cada parte.

Desde este punto de vista, Rodríguez (citado en Jara, 2017) define al período de prueba “como el espacio de tiempo en el cual el trabajador demuestra su aptitud profesional, así como su adaptación a la tarea encomendada, y durante el cual cualquiera de las partes puede hacer cesar la relación que las vincula” (p. 51).

Circunscribiéndonos al contexto nacional, para Blancas (2006), el período de prueba puede ser definido como:

[la] 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 y las propias del medio en que debe realizar el servicio- antes de otorgar a dicha relación un grado mayor de seguridad (p. 126).

Asimismo, para Pacheco Zerga (2008), este período

[c]onsiste en el otorgamiento de un tiempo determinado para que el empresario pueda comprobar la idoneidad del trabajador y para que éste evalúe si el trabajo satisface sus aspiraciones personales y de no estar conforme cualquiera de las partes con el negocio pactado, ponerle fin libremente, sin asumir ninguna obligación adicional (p. 3).

Finalmente, para Toyama y Vinatea (2005):

El período de prueba es el tiempo de transición regulado por nuestro ordenamiento, el cual sujeta al trabajador a los efectos de la evaluación de su idoneidad para el puesto en que ha sido contratado, con el fin de determinar su situación jurídica laboral en la empresa en que decida prestar sus servicios (p. 41).

Luego de ello y coincidiendo con Jara (2017), podríamos afirmar que el período de prueba cumpliría con una doble finalidad, a saber:

- (i) El empleador que contrata cuenta con un lapso para evaluar si la elección del trabajador fue correcta y para apreciar las aptitudes y destrezas del trabajador.
- (ii) El trabajador puede comprobar la proporción entre servicios exigidos y la retribución concebida; asimismo, las condiciones laborales en que desempeña sus servicios de modo que le permita comprobar si la misma satisface sus aspiraciones personales (p. 53).

Sin perjuicio de validar las definiciones anteriormente citadas, se tiene que el período de prueba se constituye así como una fase especial de la relación de trabajo que,

además de los elementos inherentes a vínculo laboral (servicio por cuenta propia en condición de subordinación, a cambio del pago de una remuneración) tiene consigo una premisa especial: una mutua construcción de confianza sobre la base de las prestaciones de la otra parte que definirá, a futuro, si la relación de trabajo se convierte en estable o no.

De acuerdo con ello, desde la presente investigación estamos convencidos de que, a fin de poder realizar un examen más preciso de la institución que nos ocupa, la definición que adoptaremos para el período de prueba podría ser sintetizada desde una perspectiva de tipo objetivo, definiendo al mismo como aquel período de tiempo en el cual las partes tienen la oportunidad de conocerse, cumplir con sus obligaciones y conocer (al menos en forma inicial) si sus expectativas respecto de la contraparte serán cumplidas; siendo que, en función de dicho objeto, durante este tiempo se otorgará una mayor flexibilidad a fin de que cualquier de las partes pueda resolver el vínculo sin estar sometida a las consecuencias que regirían a lo largo de la relación de trabajo.

Sin embargo, hay que precisar que si bien sólo está regulada en forma expresa la facultad del empleador de poder poner fin al vínculo laboral sin las exigencias previstas una vez concluido el período de prueba, consideramos que el trabajador puede actuar de igual forma, pues -de un lado- no existe disposición alguna que lo prohíba, ni tampoco parece lógico que el empleador tenga la potestad de poner final vínculo laboral, mientras que a trabajador se le exija el denominado preaviso de renuncia.

## **1.2. Naturaleza**

El siguiente paso es precisar cuál es la naturaleza del período de prueba, pues considero importante señalar -aunque a muy grandes rasgos- el tratamiento doctrinario que ha tenido este tema, pues la manera como ha sido recogida la doctrina por los operadores del derecho (jueces, abogados, etc.) ha dependido siempre de asumir al período de prueba como un período de tiempo en el cual la continuidad del vínculo laboral está sujeta al mero parecer del empleador, considerándolo en la práctica, una analogía de alguna de las figuras existentes en el derecho civil, aunque sin las consecuencias que podrían desprenderse de las mismas. Así, siguiendo los criterios establecidos por Martín (1976), se resumen las principales teorías sobre la naturaleza del período de prueba en las siguientes:

### **1.2.1. Teorías dualistas**

De acuerdo con este grupo de teorías, el período de prueba no es otra cosa más que un contrato distinto, anterior al contrato de trabajo, propiamente dicho, denominado “contrato de prueba”. Ejemplos de estas teorías pueden ser las regulaciones establecidas en países como Uruguay o Ecuador, en donde se ha recogido en forma expresa, la existencia de un contrato a prueba. Estas teorías, a su vez, se dividen entre i) aquellas que consideran al período de prueba como contrato preliminar o preparatorio, ii) aquellas que consideran a este período como un contrato de trabajo por tiempo determinado; y, iii) otras que consideran al período de prueba como un contrato especial. A continuación, se indica cada una de las mismas.

#### **1.2.1.1. Período de prueba como contrato preliminar o preparatorio**

Respecto a esta teoría, Martín (1976) refiere lo siguiente:

El contrato celebrado en calidad de ensayo se caracteriza [...] por su finalidad de preparación y facilitación de otro contrato, al que está ligado teleológicamente, pudiendo contener una promesa unilateral del mismo, y funcionando como su nombre indica, con un contenido de prestaciones similar al de éste (p. 196).

Para esta concepción del período de prueba, el mismo vendría a configurarse a través de otro vínculo cuyo propósito es el de hacer asequibles las condiciones del futuro contrato a celebrar, el mismo que sería (en los hechos) una extensión del mismo. Por su parte, dicho autor cuestiona dicha teoría partiendo de que “no es lo mismo un contrato celebrado en calidad de ensayo que un contrato en el cual haya un ensayo” (Martín, 1976, p. 196), además de afirmar que dicho planteamiento tropieza con algunas dificultades, a saber:

- Generalmente, la prolongación de las relaciones de trabajo, luego de la etapa de prueba se hace sobre la base del contrato primitivo y sin la mediación de un documento contractual posterior que marque una secuencia de contratos.
- De las dos funciones atribuidas a los contratos preliminares –preparar un contrato a celebrar más adelante y asegurar situaciones jurídicas futuras mediante una promesa de las mismas–, sólo cumpliría, aunque de manera muy limitada, la primera; dejando de cumplir la más importante, que es la segunda.

En nuestra opinión, estamos de acuerdo con el autor en que esta teoría resulta artificiosa, pues tiende a forzar la flexibilización de las condiciones para que las partes del contrato se libren del mismo, con la figura de la suscripción de un contrato distinto y que, además, cuya finalidad (el ensayo) es diferente a las prestaciones acordadas por las partes al interior de una relación de trabajo.

#### **1.2.1.2. Período de prueba como contrato de trabajo por tiempo determinado**

Respecto de esta segunda teoría, hay que indicar que se trata de la concepción del período de prueba como un tipo de contrato modal, donde el trabajador tendría hasta el término del contrato para convencer al empleador de tener las cualidades necesarias para desempeñar el puesto de trabajo. Así, mientras el contrato de trabajo no se haya extinguido por alegación de las partes, la relación laboral nacida del mismo continuará (ya sea en forma modal o indefinida) hasta su culminación, en virtud del resultado; siendo que el resultado de la prueba se entenderá como aprobatorio.

Esta concepción del período de prueba no se presenta como viable, puesto que tiene como un obstáculo:

[la] incongruencia de adicionar un término final a un contrato cuando las previsiones de los propios contratantes anticipan que la salida normal del mismo es la continuidad de la relación, y que sólo en el caso más improbable de resultado negativo de la prueba se recurrirá a la facultad unilateral de extinción (Martín, 1976, p. 183).

Ello reforzaría, la ventaja que tendría el empleador de extinguir el vínculo laboral de manera arbitraria, pues podría hacerlo en cualquier momento del vínculo, incluso llegada la culminación, en donde el trabajador ya habría alcanzado el derecho a estabilidad y sólo podría ser despedido (refiriéndonos a nuestra legislación) por causales atribuibles a su capacidad o su conducta.

Así, este tipo de concepción del período de prueba, según Martín (1976),

[o]torga al empresario una libertad absoluta para la extinción unilateral del contrato –más allá de las exigencias funcionales del instituto del período de prueba- que no se puede justificar, ni siquiera desde la base de partida de una mera estabilidad obligatoria en el empleo, más que en la contratación de trabajos temporales (p. 198).

La presente tesis comparte estas críticas (como contra todas las teorías dualistas), porque -sin importar la justificación- resulta forzado pretender aplicar las prerrogativas de una fase del contrato de trabajo (el período de prueba), con la existencia de otro contrato (adicional y anterior al propio contrato de trabajo); ignorando figuras contractuales que explicarían mejor este fenómeno, como es la de la novación.

### **1.2.1.3. Período de prueba como un contrato especial**

De acuerdo con Martín (1976), para esta teoría “la causa del contrato de prueba, aun conservando el esquema básico del intercambio entre trabajo y retribución adquiere [...], un nuevo ingrediente [...] la experimentación de la relación de trabajo en vistas a la prolongación o no de la misma” (pp. 198-199); constituyendo un contrato de causa mixta; es decir, “de aquellos tipos contractuales en los que se produce una hibridación de elementos causales, que da lugar a una figura diversa de contrato” (Martín, 1976, p.199), que sería la siguiente: “la función económico-social específicamente propia del contrato de trabajo a prueba es la actuación del experimento, y el cambio entre prestación de trabajo y retribución tiene en el mismo un valor meramente instrumental” (Martín, 1976, p. 199).

Desde nuestro punto de vista, en esta figura se concibe un contrato de trabajo entre cuyas causas está la realización misma de la prueba; lo cual -a nuestro juicio- constituye una contradicción, puesto que, si del éxito de la prueba depende que las partes decidan la continuidad de la relación de trabajo, no existiría motivo para crear una ficción que suponga la existencia de un contrato especial, si la etapa que prosigue (es decir, el resto de la relación laboral) es parte del mismo vínculo.

Asimismo, también se critica esta teoría al afirmarse que la misma no se corresponde con la realidad, entre otras cosas, en función a que:

[e]xiste un solo consentimiento, una sola causa y un solo objeto. Una vez terminada la prueba –y salvo que se haya ejercitado la facultad extintiva- el vínculo continúa sin que sea preciso constituir nueva relación. El contrato de trabajo surge desde el principio en la medida en que en la práctica se produce el intercambio de servicios por remuneración y concurren en esta relación las notas definitorias de la relación laboral (p. 44).

Martín (1976), comparte estas críticas (al igual que para todas las teorías dualistas) al indicar que, de un lado, que se le da una importancia exagerada al papel de la experimentación, al convertirlo en un elemento principal del contrato, cuando mismo estaría condicionado a la propia dinámica de las prestaciones entre las partes (prestación personal de servicios subordinados contra remuneración). De otra parte, también incide en la independencia “artificial” que lo que en realidad es sólo una etapa de una única relación, la misma que pudo ser relacionada con la prueba haciendo uso de otras figuras, como la novación.

Por parte nuestra, encontramos coherentes las críticas de ambos autores, ya que no puede dividirse una única relación laboral (en virtud de la cual nace un contrato) en dos relaciones laborales distintas, dando una importancia exagerada a la prueba o ensayo, a tal punto de indicar que el contrato de trabajo tendría una causa mixta.

### **1.2.2. Teorías monistas**

Este grupo de teorías tiene como factor común que consideran al período de prueba como parte integrante del contrato de trabajo y no (a diferencia de las teorías dualistas) como un contrato previo. No obstante, las diferencias entre las diversas posturas que veremos a continuación van, principalmente, entre aquellas que consideran al período de prueba como: i) condición suspensiva al contrato de trabajo; y, ii) condición resolutoria al contrato de trabajo.

De acuerdo a la bibliografía consultada con ocasión de la presente investigación, se tiene que las teorías monistas han sido incorporadas por la mayor parte de legislación comparada como el ordenamiento español, en donde su tratamiento se ha ido perfilando a través de la jurisprudencia (como veremos más adelante)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Para mayor detalle respecto de este tema, véase, Asquerino (2015, p. 38).

### 1.2.2.1. Período de prueba como condición suspensiva del contrato de trabajo

De acuerdo con esta teoría, Martín (1976) indica lo siguiente:

El contrato de trabajo a prueba no existe en plenitud de efectos en tanto [y]en cuanto se cumple la condición del resultado satisfactorio de aquella [...] o del transcurso de la fase probatoria sin ejercicio de la facultad de despido [...]. El período de prueba se concibe, pues, como una fase de pendencia del contrato de trabajo, desencadenándose la eficacia de éste a partir de la terminación de la situación provisional de experimento (p. 201).

A su vez, esta corriente presenta dos variantes:

la primera considera que el evento condicionante es la valoración positiva por el empleador de los servicios prestados durante el período de prueba [...]; la segunda estima que el despliegue de la eficacia del contrato depende exclusivamente de la mera voluntad de las partes en la consolidación del mismo (Martín, 1976, p. 202).

El principal inconveniente de dicha teoría, de acuerdo al autor citado, versa en que no puede explicar la producción de efectos del contrato antes de la supuesta *eficacia del contrato*; puesto que es imposible concebir al período de prueba como una fase de mera expectativa de los efectos contractuales cuando en la práctica el contrato surte plenos efectos desde su puesta en marcha (Martín, 1976). Ello obedece a que, durante el período de prueba, la relación laboral tiene plenos efectos (al igual que a lo largo de todo el vínculo), ya que se da el intercambio entre una prestación personal y subordinada y el pago de la remuneración. Así, el concebir el período de prueba como una condición resolutoria resulta contraproducente con la naturaleza misma de esta figura, ya que no se pueden soslayar los efectos del contrato (intercambio de prestaciones recíprocas) mediante su uso, pues de no cumplirse la condición (cuando se extinga el contrato), los efectos de este no pueden ser anulados (generándose beneficios sociales truncos, etc.).

Dichos inconvenientes tampoco se verían superados por la variante de esta teoría que explica el período de prueba como una cláusula compleja, “en la que se combinan un término final referido a la relación de trabajo a prueba ([...] habida cuenta de la innecesariedad de agotamiento de la fase probatoria), y una condición suspensiva [...], referida a la relación de trabajo definitiva” (Martín, 1976, p. 203), mediante la cual se quiso sortear la críticas expuestas en el párrafo anterior, pero que tampoco puede ser aceptada por 2 razones:

La primera [...], es que se sigue recurriendo al esquema condicional para explicar el desistimiento del contrato a prueba; la segunda [...], es que no explica satisfactoriamente la articulación entre el período de prueba y los momentos posteriores de la relación de trabajo; [por lo que] la situación de prueba y la situación contractual posterior no son dos relaciones distintas, surgidas de un único contrato inicial de formación sucesiva, sino dos fases de la misma relación, cuyo contenido es idéntico salvo diferencias accesorias; la transición que supone el final sin fracaso del período de prueba no se opera, pues, por conversión o transformación de una relación en otra, sino por simple continuidad de dos momentos distintos de la misma relación (Martín, 1976, pp. 205-206).

Sin entrar en detalles doctrinarios señalados por el autor mencionado, compartimos su opinión en el sentido de que el afirmar que el período de prueba es una condición suspensiva al contrato de trabajo sería quitarle eficacia jurídica al tiempo laborado dentro de dicha etapa si es que cualquiera de las partes decide ponerle fin a la relación de trabajo; siendo artificioso cualquier intento realizado por la doctrina destinado a forzar que el período inicial de la relación de trabajo entre en el molde de la condición suspensiva, pues con ello no se hace sino complicar la articulación entre el período de prueba y el posterior devenir de la relación laboral.

#### **1.2.2.2. Período de prueba como condición resolutoria del contrato de trabajo**

Al contrario de la teoría anterior (que entiende la naturaleza del período inicial de la relación de trabajo como el de una condición suspensiva), para esta postura el período de prueba tiene la naturaleza de una condición resolutoria adicionada al contrato; en función de que, si bien el vínculo despliega todos sus efectos, su continuidad se encuentra condicionada a la ocurrencia de un hecho futuro e incierto (una eventual no

superación de la prueba), expresada en la terminación de la relación de trabajo antes del vencimiento de la etapa de prueba.

De acuerdo a lo que indica la doctrina especializada,

[d]e las distintas posiciones doctrinales en cuanto a su naturaleza jurídica – contrato sujeto a condición resolutoria, contrato sujeto a condición suspensiva, contrato especial “experimental”, precontrato de trabajo- probablemente es la primera de ellas la que mejor se acomoda a la regulación de la institución, concibiendo la condición suspensiva como positiva y potestativa, posición que ha venido a ser aceptada explícitamente por la jurisprudencia (Alonso & Casas, 2008, p. 322).

Asimismo, Pacheco – Zerga (2008) asegura lo siguiente:

[a] nuestro entender el período de prueba no constituye un contrato “especial”, sino una modalización del contrato de trabajo realizada por imperio de la ley, que lo somete a una condición resolutoria potestativa y positiva encomendada a las partes. En esa medida, la condición sobreviene en forma de declaración de voluntad resolutoria expresada por el trabajador o por el empleador, sin necesidad de expresión de causa ni forma especial alguna, que ocasiona la extinción del contrato de trabajo celebrado (p. 12).

Sin embargo, la aceptación de esta teoría presentaría algunos obstáculos:

La definición de la condición como elemento del negocio jurídico apela a un evento del que depende la existencia de la relación obligatoria; pues bien, en el pacto de prueba no hay tal, en rigor: lo que depende de la no superación del período de prueba no es la existencia sino simplemente la subsistencia del contrato de trabajo (Martín, 1976, p. 208).

Así, cuando se da por terminada la relación de trabajo durante la etapa inicial, lo que en realidad se produce es la finalización del vínculo laboral hacia el futuro, mas no la nulidad de la relación desde la fecha de celebración del contrato; ya que -al margen de la terminación del vínculo- se produjo un intercambio de prestaciones recíprocas (prestación personal y subordinada a cambio de remuneración).

Si se traslada ello al plano de la teoría del funcionamiento de las condiciones en el ámbito de las relaciones jurídicas (como es la relación de trabajo), se tiene que el principio de estabilidad en el empleo (ya sea absoluta o relativa, de acuerdo a lo recogido en nuestra Constitución) constituye un ambiente *sui generis* para este tipo de condiciones, pues convertirían en ilusoria la protección del interés a la conservación del puesto de trabajo, ya que, según Martín (1976):

La admisión de la condición resolutoria *ex nunc* en el contrato de trabajo sólo podría hacerse a costa de invadir el campo conceptual del despido (o de la dimisión), en la medida en que aquella coincide con éste en todos los elementos de su definición –extinción de la relación de trabajo para el futuro, por voluntad unilateral, del empleador (o del trabajador en caso de dimisión)-. Siendo así, una de dos: o bien se acepta la prevalencia de la calificación de condición resolutoria sobre la de despido, con todo lo que ello supondría a efectos de régimen jurídico; o bien se acepta que la calificación de despido desplaza, a nivel normativo, a la de condición resolutoria (p. 210).

Siendo que para este autor es esta última solución la más satisfactoria, admitiendo la imposibilidad de encajar el propio concepto de despido en el molde civil de la resolución de los contratos. De esta forma, si bien la teoría explicada en el párrafo anterior puede hacer que el período de prueba aparezca como “útil y viable”, debe tenerse en cuenta que, desde la misma, no podría explicar el mismo en forma total, ya que no resolvería toda la problemática de la prueba (desde el inicio hasta la terminación de la relación laboral, como los efectos del tiempo laborado) (Martín, 1976).

Después de haber realizado un análisis de cada una de estas teorías, somos de la opinión que, al margen de las críticas formuladas por Martín (1976) a la postura monista del período de prueba como condición resolutoria, esta es la teoría que mejor explica la forma en que la relación de trabajo queda perfeccionada inalterablemente (salvo los supuestos de cese de la relación laboral previstos por cada ordenamiento), a la conclusión de la prueba entre las partes (aunque sin llegar a calzar exactamente con las implicancias laborales de la estabilidad en el empleo). Así, el contrato de trabajo tendrá plenos efectos, pero condicionado a la voluntad de los contratantes hasta que la etapa experimental termine, para seguir desarrollando dichos efectos, pero sin la posibilidad de que las partes puedan desistirse del acuerdo como en la etapa previa.

Ello quiere decir que, durante la primera fase de la relación laboral, sólo operará la condición (resolutoria) en tanto y en cuanto alguna de las partes desee dar por finalizado el contrato; por lo que, si ello no sucede, el contrato seguirá teniendo plenos efectos hacia adelante.

### **1.3. Fundamento jurídico del período de prueba**

Una vez revisados el concepto y naturaleza del período de prueba, la siguiente interrogante que surge es si existe alguna justificación o finalidad para la existencia del denominado período de prueba. Esta pregunta aparece porque, dependiendo de la formación y puesto a ocupar por el trabajador contratado, así como de los sistemas de evaluación a los que son sometidos los candidatos a un puesto de trabajo, por parte del empleador, se entendería que el empresario tendría que haber tenido el cuidado suficiente de contratar a la persona correcta, pues este es el motivo para la toma exámenes psicotécnicos, de conocimientos, entrevistas personales, etc., dentro de los distintos modelos de reclutamiento y selección realizados por las áreas de Recursos Humanos de cualquier empresa.

Así, partiendo de la nomenclatura elaborada por Asquerino (2015), complementada con los conceptos de otros autores, trataremos de explicar a qué obedece la existencia del período de prueba.

#### **1.3.1. Diligencia en la contratación**

Este tópico hace referencia a la denominada diligencia in contrahendo a través de la cual el período de prueba se justificaría en que la finalidad del mismo no es otro más que la comprobación de las aptitudes del trabajador que determinaron su contratación; aunque dicha justificación podría relativizarse en virtud de la disponibilidad de múltiples herramientas que permitirían prevenir (o corregir) cualquier error que pudiera determinar el consentimiento de las partes, lo que haría "superflua) la relajación de los requisitos del despido durante la fase inicial de la relación de trabajo (Martín, 1976).

Siguiendo a este autor, se tiene que lo anterior sólo sería válido si se demuestra que la diligencia in contrahendo o la acción de anulación no son siempre operativas o suficientes para evitar el error in qualitaet en el contrato de trabajo, siendo que ello obedece a los siguientes pasos:

i) Descripción de las transformaciones de los procesos productivos y de la organización del trabajo que definen el contenido y explican los caracteres de la aptitud y de las cualidades profesionales en el sistema industrial contemporáneo; y ii) Indicación de las eventuales limitaciones de las técnicas comunes de prevención o corrección del error sobre la aptitud en el contrato de trabajo (Martín, 1976, p. 125).

Las transformaciones de los procesos productivos y la organización del trabajo corresponden a una teoría expuesta por Touraine (citado en Martín, 1976<sup>2</sup>), que, si bien está referida a obreros manuales, es aplicable –de acuerdo con nuestro criterio- a otros grupos de trabajadores. La misma indica que la evolución profesional de las sociedades mercantiles corresponden a tres fases diferentes: a) la adquisición de un “patrimonio profesional”, concebido como el desarrollo de ciertas habilidades técnicas que permiten que el individuo esté capacitado para confeccionar todo el producto final o para cubrir gran parte del proceso de elaboración del mismo-b) el oficio cede su hegemonía ante el “puesto de trabajo”, consistente en la reunión de objetivos laborales fácilmente moldeables, el mismo que está determinado según el caso, por cada unidad del negocio, y en la que el aprendizaje (en el sentido clásico del término) declina su relevancia debido al declive de los oficios u ocupaciones que constituían su objetivo, convirtiéndose en una capacitación o entrenamiento de reflejos y; c) la mecanización del proceso productivo, que consiste en la automatización que reduce al máximo (cuando no elimina) las labores manuales, convirtiendo a los trabajadores conocidos como “obreros” de las fábricas en controladores de máquinas automatizadas (Martín, 1976).

En cuanto a las demás tipos de ocupaciones (administrativos, profesionales, etc.), “esta dinámica de cambio ha sido generada por la mecanización creciente de las oficinas y, sobretudo, por la racionalización productivista del trabajo burocrático”; asimismo, en los puestos de mayor jerarquía, “la relativización de la aptitud puede obedecer a una de las siguientes causas: a) La aproximación de muchos técnicos e ingenieros a tareas directamente productivas [...]; b) El desarrollo del trabajo en equipo como consecuencia de las dimensiones de las unidades de producción; y c) El cambio de los métodos de dirección de empresas y administración de personal” (Martín, 1976, pp. 129-130). Es por ello que, de acuerdo a este autor, “A partir de estos dos últimos fenómenos se explica la exigencia para ciertos empleados superiores, aparte [de] la capacitación técnica, de una serie de cualidades psicosociales, convertidas en ingredientes

---

<sup>2</sup> Para más información, véase Martín (1976, p. 124).

indispensables de la aptitud: flexibilidad, capacidad para motivar a otros, disponibilidad al cambio, entendimiento con el equipo, interiorización de los fines de la empresa” (Martín, 1976, pp. 129-130); a las cuales se le podrían agregar valores como liderazgo, capacidad de trabajar bajo presión, etc.

Por su parte, las eventuales limitaciones de las técnicas comunes de prevención o corrección del error sobre la aptitud en el contrato de trabajo tienen su origen en que los resultados de las evaluaciones practicadas antes del comienzo de la relación de trabajo podrían no ser del todo certeras, tratándose de posiciones de alta cualificación o en determinadas estructuras de negocio en donde la importancia de las aptitudes tiene un peso relativo (como podría ser, por ejemplo, un puesto gerencial); es por ello que muchas veces es imposible que el empleador pueda estar seguro de la idoneidad del trabajador para el puesto contratado si es que no se cerciora de si es que éste posee el conjunto de habilidades necesarias al interior de la relación de trabajo.

De esta forma, herramientas como las políticas de reclutamiento y selección, evaluaciones de desempeño, etc. (entre otras herramientas de Recursos Humanos) podrían quitarle cierto peso a este tipo de diligencia; pero no olvidemos dichas políticas no suelen aplicarse del todo en la mayoría de las corporaciones. Así, en muchas ocasiones, la búsqueda de personal idóneo se ve reducida a los temas de la captación del personal con mejor formación (calificaciones), experiencia, etc. (*hard skills* o habilidades duras); dejando en un segundo plano algunos valores como las denominadas actividades blandas (*soft skills*) como la inteligencia emocional, comunicación, personalidad, etc., que -para muchas ocupaciones- son igual de importantes que las indicadas anteriormente.

Es por ello que a nuestro juicio y al margen del devenir de los fenómenos inherentes a los procesos productivos y la organización del trabajo (detallados en los párrafos anteriores), la diligencia en la contratación constituye un fundamento razonable que da sentido a la existencia del período de prueba.

### **1.3.2. Conservación del negocio**

Otra de las teorías sobre la justificación del período de prueba es la expuesta por Asquerino (2015), que se apoya en el denominado Principio de Conservación del Negocio, el mismo que parte –de acuerdo a lo manifestado por la autora- de la premisa del conflicto de intereses entre las partes del contrato de trabajo (empleador y

trabajador) y cómo los ordenamientos jurídicos han tratado de ofrecer soluciones de acuerdo a cada momento. Así, y a diferencia del Derecho Civil, el Derecho del Trabajo ha tratado de contrarrestar la disparidad de partes en toda relación de trabajo, mediante disposiciones que suelen favorecer a una de las partes: el trabajador.

En cuanto al término de la relación de trabajo –y sin perjuicio de lo que veremos en el próximo capítulo- se tiene que el legislador ha querido dotar de la máxima seguridad a la parte débil del contrato (el trabajador), proscribiendo el denominado despido *ad nutum* (sin causa) mediante el Principio de Estabilidad en el Empleo, además de algunas presunciones dirigidas a defender la estabilidad en el mismo (como la presunción de una relación laboral a plazo indefinido, etc.)<sup>3</sup>; motivos por los que, según indica Asquerino (2015):

[l]a facultad de extinción contractual unilateral de empresario se “restringe, pues, exclusivamente, a la defensa de los intereses patrimoniales del empleador conectados a los principios de libertad contractual y de libre iniciativa económica. Ello quiere decir que aquella facultad puede ser limitada, o condicionada, o incluso suprimida, si entra en conflicto con otros intereses jurídicos que se consideren dignos de protección. Esto es, precisamente, lo que ha ocurrido con el interés de los trabajadores a la conservación del vínculo laboral (p. 52).

Es por ello que los actos de terminación de la relación de trabajo por parte del empleador tienen que llevarse a cabo respetando el principio de causalidad del despido, entendiéndose que cualquier tipo de despido deberá estar originado en una causa relacionada a la capacidad o a la conducta del trabajador; sin embargo, ello tendría su excepción durante la etapa objeto de estudio, ya que esta etapa de la relación de trabajo está concebida como un período de tiempo en el cual cualquiera de las partes (aunque ello suele hacerlo, generalmente, el empleador) podría dar por finalizada la relación de trabajo sin motivo alguno (Asquerino, 2015); aunque, como se verá más adelante, esta última aseveración está sujeta a límites.

Respecto de este motivo, opinamos que esta teoría se justifica en un criterio bastante razonable; en el hecho de que el Estado, en su rol de tratar de equilibrar a las partes de la relación laboral (al menos en forma teórica), regula el poder del empresario al

---

<sup>3</sup> A efectos de profundizar en el tema, revisar ASQUERINO, María. El período de prueba en los contratos de trabajo. Universidad de Sevilla, Tesis doctoral, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2015. págs. 50 y siguientes.

restringir la arbitrariedad de sus decisiones. No obstante, también considera que el hecho de dar a la estabilidad laboral el mismo valor al inicio de la relación de trabajo que a lo largo de todo el vínculo podría convertirse en algo pernicioso para el propio negocio, pues considera que el empleador estaría en desventaja si es que tuviera que estar obligado a contar con un trabajador que, desde la etapa inicial del vínculo, no reúne las cualidades profesionales y personales que requeridas para el puesto de trabajo.

Es por ello que, al margen de que al interior del período de prueba cualquiera de las partes puede dar fin a esta etapa en forma válida, consideramos que la conservación del negocio constituye una justificación de la existencia del período de prueba perfectamente válida desde el punto de vista del empresario, pues ayuda a que pueda darse fin a las relaciones de trabajo que nacen fallidas o que dejan de ser viables al poco tiempo, considerando que con ello se ayuda a que el empleador no se vea perjudicado al permitirle sacar al trabajador y contratar a otro que pueda cumplir con las cualidades deseadas, reformular sus necesidades empresariales y suprimir el puesto de trabajo, etc.

Si bien ello puede parecer contradictorio desde el punto de vista del trabajador, hay que tener en claro que, al margen de que el servidor también pueda poner fin a la relación de trabajo durante la etapa inicial en forma válida sin las cargas exigidas para el resto de la relación de trabajo (tal como veremos más adelante), el principio aquí estudiado está pensado desde el punto de vista del empleador; ya que los casos más comunes son aquellos en donde el empresario ejerce la facultad de terminar la relación de trabajo durante el período de prueba.

### **1.3.3. Razón de ser del período de prueba**

En esta etapa de la relación laboral y al ser un vínculo de carácter personal, surge un intercambio de intereses que sobrepasa la simple mano de obra por salario; De esta manera, la relación laboral puede dividirse en aspectos objetivos (vinculados a la calificación y experiencia del trabajador) y subjetivos (vinculados a ciertas cualidades personales).

En dicho sentido, el puesto de trabajo (como el empleador) podría demandar que el trabajador ostente ciertas cualidades que puedan ser calificadas como imprescindibles (o importantes, cuanto menos) para que la función desempeñada pueda ser evaluada como satisfactoria. De esta forma, al introducir el concepto de satisfacción se hace

referencia a un conjunto de características que se conectan directamente a las cualidades personales del trabajador y que pueden ser de diverso tipo (capacidad de liderazgo, empatía, habilidad para trabajar en grupo, empatía, habilidades personales y sociales, etc.), cuya apreciación por parte del empleador es muy difícil (quizá imposible) en el momento en que se formaliza la contratación, aún después de haberse superado un exhaustivo proceso de reclutamiento y selección (Asquerino, 2015).

De la misma forma, desde el punto de vista del trabajador, se tiene que también deseará comprobar qué tal resulta el empleo al cual está ingresando, ya que -al igual que el empleador- el trabajador también tiene una serie de expectativas que cualquier trabajo al que acceda deberá cumplir. Es por ello que apenas comience a desempeñar las funciones para las cuales ha sido contratado constatará sobre el terreno no sólo las labores a desarrollar y el salario a percibir, sino también que valorará algunos tópicos que podrían ser decisivos en su deseo de proseguir o no con el vínculo, tal como podría ser la convivencia con sus compañeros de trabajo, la interacción con sus superior inmediato y otros clientes internos, etc.

La autora, citando a Alonso y Casas (2015), indica que:

[...] de entre todos los componentes a valorar por el empresario solo uno de ellos hace referencia a sus cualidades profesionales. Se entiende que la prueba busca constatar respecto del trabajador: “1º motivación para el trabajo; 2º un mínimo de aptitud; 3º capacidad de ajustarse a reglas; 4º capacidad para obtener un rendimiento con ciertos niveles mínimos de cantidad y calidad; 5º apariencia personal adecuada según costumbre; 6º relación apropiada con superiores y compañeros de trabajo; 7º capacidad de concentración y aislamiento en el trabajo (p. 55).

Es por ello que, a diferencia de Martín Valverde, para esta autora es innegable que el período de prueba tiene su utilidad porque permite la constatación tanto de las cualidades profesionales como de aquellas de índole personal, sin que la evaluación de una cobre importancia respecto de la otra, siendo esta etapa de la relación de trabajo de carácter idóneo a efectos de cubrir cualquier tipo de ocupación (Asquerino, 2015); pues como ya indicamos, en todas las relaciones de trabajo que se encuentran durante el período de prueba no sólo se realiza una evaluación objetiva sobre los conocimientos o habilidades profesionales de la persona (aunque el peso de este componente dependerá del grado de cualificación necesaria para el desempeño de la función

contratada), sino que también está presente un componente subjetivo, que es la evaluación de las habilidades personales, de interacción con la contraparte, ambiente laboral, etc. Así, dentro de las cualidades personales esenciales que tendrían que existir para dar inicio a un contrato de trabajo habría que señalar, por parte del empleador, a la evaluación de la capacidad de sociabilizar, la corrección, diligencia, disciplina, creatividad, receptividad ante las instrucciones patronales, rendimiento, etc.; mientras que, por parte del trabajador, se tomará en cuenta el ambiente de trabajo, la organización de las labores, las relaciones interpersonales, etc. (Asquerino, 2015).

De acuerdo con ello, el período de prueba es concebido como una etapa que sirve para constatar no sólo la existencia de las cualidades profesionales que sirvieron para escoger la contratación del trabajador, sino también para que ambas partes puedan apreciar en el terreno la presencia de ciertas cualidades personales (las mismas que están determinadas, al margen de las necesidades del puesto de trabajo en sí, dentro de la persona del trabajador y el empleador, concebido éste como el jefe o de quien depende la contratación del lado empresarial); siendo esta la razón por la cual se posibilita a que los contratantes puedan dar fin a la relación de trabajo sin expresión de causa alguna.

No obstante, el aspecto personal tiene su límite en la esfera privada del trabajador; así –haciendo referencia a Cruz Villalón- la autora indica lo siguiente:

La interdependencia existente entre las condiciones personales y humanas de un trabajador concreto y su adaptación a las exigencias empresariales, lo que en ningún caso se habilita a través del período de prueba es la indagación de la esfera privada del trabajador. El problema, por tanto, como pone de manifiesto este autor, es de deslinde puesto que lo que está vedado es cualquier experimentación que afecte al derecho de intimidad y dignidad (en este caso ¿del trabajador). Esto es, cualquier medida empresarial alcanzada tras el conocimiento de aspectos directamente relacionados con la esfera intangible y particular del trabajador supondrá su directa calificación como discriminatoria, lo que a la postre supondrá la declaración de nulidad del cese (Asquerino, 2015, pp. 59-60).

Por nuestra parte, nos adscribimos a lo establecido por la autora en mención, ya que -salvo puestos en los que se requiera muy pocas cualificaciones profesionales o en donde se desarrollen tareas monótonas, simples o repetitivas (donde quizá el

componente personal exigido pueda relativizarse)- es en el período de prueba en donde las partes pueden verificar las aptitudes de la otra. En cuanto al empleador, comprobar el conocimiento en la práctica de las funciones materia del contrato, así como verificar el componente personal será algo de suma importancia a fin de experimentar una satisfacción inicial que permitirá que la relación laboral pueda permanecer en el tiempo.

Desde el punto de vista del trabajador, es claro que será en el período de prueba en donde, además de probar sus cualificaciones de acuerdo con la exigencia del puesto para el cual ha sido contratado, podrá interactuar con sus superior inmediato, los compañeros de trabajo, etc.; hechos que podrían reforzar su decisión de haber elegido postular al puesto donde se encuentra, o, por el contrario, indisponerlo para proseguir en una relación contractual con la que, desde el comienzo, no se sienta a gusto.

#### **1.3.4. Satisfacción de intereses como justificación al período de prueba**

Desde el inicio de la relación laboral es obvio que ambos contratantes tienen interés en conocer la manera en cómo la otra desarrolla su prestación; así, el trabajador deseará profundizar en temas como la puntualidad en el pago de sus haberes, el ambiente de trabajo, la carga laboral, el trato ofrecido por sus superiores, etc., mientras que el empleador querrá saber si no se equivocó al elegir a ese trabajador, por lo que verá algunas cosas como su ritmo de trabajo, su manejo a la presión, su liderazgo, etc.; además de comprobar si tiene las habilidades para el puesto por el cual se le contrató.

Sin embargo, al ser el trabajo una fuente de ingresos alimentarios será siempre el trabajador el que tenga un mayor interés en conservar el puesto al que ha ingresado, por lo que será consciente que durante el tiempo de la prueba tendrá que desplegar todo su esfuerzo a fin de hacer valer sus capacidades, con el propósito que el empresario decida continuar con el vínculo hacia el futuro y no haga uso de la atribución de extinguir la relación. En los hechos, el establecimiento del período de prueba en los contratos de trabajo se debe más a los requerimientos del empleador, los cuales son recogidos por el legislador en la idea de que existe la necesidad de empresarial de comprobar la idoneidad de la contratación sin incurrir en cargas excesivas; en cambio, el trabajador -a diferencia del empleador- puede desistirse de continuar con el contrato de trabajo en cualquier momento sin tener que expresar causa alguna (Asquerino, 2015).

De igual modo, para De Val Tena (citado en Aparicio, 2013), la finalidad del período 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” (p.24); cumpliendo así dos objetivos:

Desde la perspectiva empresarial, conocer las aptitudes, cualidades y competencias de un trabajador para el desempeño de un determinado puesto de trabajo. Desde la perspectiva del trabajador, comprobar si puede adaptarse a ese trabajo y/o si éste responde a sus intereses y expectativas (García & Pedrosa, 2014, p. 371).

Para poner fin a la relación laboral, el trabajador puede presentar su renuncia en cualquier momento del vínculo (recordemos que durante el período de prueba, no se ha regulado expresamente la necesidad de realizar el preaviso previsto en el artículo 18 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en adelante, LPCL)<sup>4</sup>. En función de ello, la etapa inicial del vínculo laboral beneficiará al trabajador, por ejemplo, en el caso que se haya pactado algún tipo de carga para que pueda ejercer su derecho de salida, como podría ser –por ejemplo- un pacto de permanencia<sup>5</sup>; o, cuando ciertos tipo de trabajadores (como podrían ser los altos ejecutivos de alguna gran corporación) pactan la percepción de beneficios especiales en caso fuesen cesados antes de transcurrido cierto número de tiempo (lo que se conoce en el mundo de los recursos humanos como “Golden Parachute”, al cual mencionaremos más adelante). Por lo que, durante el período de prueba, el trabajador podría ejercer libremente su opción de dar por terminada la relación laboral, sin estar obligado a realizar preaviso alguno.

De otro lado, para que el empresario pueda despedir el trabajador después de transcurrida la etapa inicial del contrato, sólo podría hacerlo por causales relacionadas a la capacidad o la conducta del trabajador (al margen de algunas excepciones previstas en nuestra legislación, como el cese colectivo por causas objetivas, etc.), además de estar obligado a ceñirse al procedimiento establecido en las normas vigentes. De no ser

---

<sup>4</sup> Aprobado por Decreto Supremo No. 003-97-TR.

<sup>5</sup> Este tipo de pactos suele darse cuando el empleador invierte en temas de capacitación profesional al empleado, exigiendo la permanencia de este por un período de tiempo (con el fin de que la inversión realizada en la formación pueda ser aprovechada por la Empresa). Para más información, consultar Quiñonez (2007, pp. 173-177).

así, el empresario podría enfrentar una posible demanda que busque cuestionar el término de la relación de trabajo, de acuerdo con las categorías de despido (que aparejan distintos tipos de tutela) existentes. Por lo que el período de prueba constituye la única etapa de la relación de trabajo en la cual la legislación le da la opción de terminar con la relación laboral sin estar atado a las cargas que impone la legislación para hacerlo a lo largo del vínculo laboral.

Por lo visto hasta aquí, cobra sentido la afirmación realizada por Ballester (1995), de que “La institución jurídica del período de prueba tiene su justificación última en el carácter personalísimo de la relación laboral y en la necesidad de que ambas partes se aseguren de las aptitudes de la contraparte” (p. 9). Sin embargo, no hay que perder de vista –al margen de que el trabajador pueda tener algún beneficio- que

[e]l período de prueba, [...] se encuentra establecido, fundamentalmente, en beneficio del patrono y tiene por objeto que pueda cerciorarse de la capacidad del trabajador; es benéfico, empero, aun para éste, en atención a que, transcurrido ese período, está seguro el obrero de que su capacidad para el trabajo es cierta (De la Cueva, 1970, p. 765).

De esta forma, según indica Martín (1976):

La finalidad del período de prueba es, para el empresario, formar preciso criterio y con conocimiento de causa sobre las cualidades y eficiencia del trabajador en orden al trabajo contratado, y para el trabajador, constatar la forma y condiciones en que el trabajo se ha de realizar; [buscándose así] la comprobación práctica de las condiciones profesionales y personales del personal de nuevo ingreso (p. 113).

Así también lo indica Cáceres (2009), al indicar lo siguiente:

[d]ado que el contrato de trabajo tiene vocación de permanencia en el tiempo – salvo la contratación temporal que opera de forma excepcional–, tanto al trabajador como al empleador se le otorga un periodo de prueba inicial durante la relación de trabajo, mediante el cual ambos pueden evaluar las aptitudes y satisfacciones de la prestación de servicios, así como del ambiente y condiciones laborales donde se ejecutará el trabajo (p. 2).

De lo indicado por la doctrina a la que hemos hecho mención, el período de prueba tiene su fundamento, por parte del empleador, en la necesidad de conocer si es que el trabajador –al margen de su formación y aptitudes para el desarrollo de las funciones requeridas y experiencia previa- desarrolla de la manera idónea el encargo específico para el cual ha sido contratado; asimismo, por parte del trabajador, conocer si es que el trabajo ofrecido cumple con los criterios bajo los cuales el empresario se comprometió para dar comienzo a la relación.

## **1.4. Regulación normativa**

Luego de analizar las cuestiones doctrinales respecto del período de prueba, es el turno de ver la regulación normativa recogida tanto a nivel internacional como a nivel nacional; por lo que trataremos de estas cuestiones a continuación.

### **1.4.1. Regulación internacional**

En primer lugar, el Convenio Internacional de Trabajo No. 158<sup>6</sup> de la Organización Internacional de Trabajo (OIT, 1982), Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, indica lo siguiente:

Artículo 2

[...]

1. Todo Miembro podrá excluir de la totalidad o de algunas de las disposiciones del presente Convenio a las siguientes categorías de personas empleadas:

[...]

- (b) los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable.

Dicho articulado también es reproducido al interior de la Recomendación No. 166 de la OIT (1982), recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, dispone lo siguiente:

I. Métodos de Aplicación, Campo de Aplicación y Definiciones

[...]

---

<sup>6</sup> Si bien el Perú no ha ratificado dicho Convenio, el mismo tendrá el valor de una Recomendación.

2. [...]

(2) Todo Miembro podrá excluir de la totalidad o de alguna de las disposiciones de la presente Recomendación a las siguientes categorías de personas empleadas:

[...]

(b) los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable.

De esta forma, si bien la OIT -a través de las normas ya indicadas (convenio y recomendación)- ha dispuesto que se presta una adecuada protección frente al despido de los trabajadores, ha previsto la exclusión de dicha protección en determinados supuestos, como cuando se está en el período de prueba.

Así, la Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo indican lo siguiente:

Las exclusiones en función de la índole del contrato de trabajo se indican en el párrafo 2 del artículo 2 del Convenio que prevé: «Todo Miembro podrá excluir de la totalidad o de algunas de las disposiciones del presente Convenio a las siguientes categorías de personas empleadas: a) los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada o para realizar determinada tarea; b) los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable; c) los trabajadores contratados con carácter ocasional durante un período de corta duración» (OIT, 1982, p.5).

Como se puede apreciar, la propia OIT indica que la aplicación de su normativa (Convenio y Recomendación citadas) podría dejar de lado a aquellos trabajadores que no hayan cumplido con el período de prueba; y siendo que los instrumentos internacionales mencionados versan respecto de la terminación laboral, se entendería que dicha exclusión operaría en la regulación normativa nacional inherente al despido.

#### **1.4.2. Regulación a nivel nacional**

De acuerdo con Jara (2017), se tiene que, a nivel interno, el período de prueba se encuentra regulado en nuestro país desde el año 1902, en que se expide el Código de

Comercio. Esa norma, que era una reproducción del Código de Comercio Español de 1885, indicaba lo siguiente:

Artículo 294º.-Causas de despido a los dependientes. Serán causas especiales para que los comerciantes puedan despedir a sus dependientes; no obstante, no haber cumplido el plazo de empeño: (i) El fraude o abuso de confianza en las gestiones que les hubieren confiado. (ii) Hacer alguna negociación de comercio por cuenta propia, sin conocimiento expreso y licencia del principal. (iii) Faltar gravemente al respeto y consideración debidos a éste o a las personas de su familia o dependencia (resaltado nuestro) (p. 36).

Como puede apreciarse, lo que se conoce actualmente como período de prueba, se denominaba “plazo de empeño”, en una época en donde las normas de trabajo aún no conseguían independizarse de aquellas de índole civil y comercial. Sin embargo, debe apreciarse la idea de protección hacia el dependiente luego de transcurrido cierto plazo de adaptación.

Luego de ello, Blancas (2006) precisa:

[...] el período de prueba existe en virtud de la disposición contenida en el artículo 6 del reglamento de la ley 4916, que fijó su duración en tres meses, concepto que fue afirmado por la ley 6871, cuyo artículo 4 se refirió a tres meses «consecutivos» como «tiempo» de prueba (p. 125).

Aunque en forma indirecta, pues sólo se llega esta definición -tal como existe en la actualidad (como veremos más adelante)- desde sus exclusiones, al indicar que luego de transcurrido el período ya indicado, se tendrá derecho a los beneficios de ley.

Siguiendo al mismo autor, mediante Decreto Ley 14218 (1962) se incluyó a los obreros, precisándose “[...] otros aspectos relativos al período de prueba, entre ellos los motivos para exonerar de él a un trabajador” (Blancas, 2006, p. 125). Dicha norma tiene como nota particular, que regulaba la percepción de un concepto denominado *compensación por tiempo de servicios* en tanto el trabajador sea despedido durante dicho período. Según Álvarez (1985):

Ello quiere decir que, para los efectos del pago de la indemnización por tiempo de servicios, el cómputo del récord se inicia desde la fecha de ingreso del

servidor al centro de trabajo y no desde la fecha en que supera el período de prueba (Álvarez, 1985, p. 26).

Actualmente, se tiene – de acuerdo con lo indicado en los puntos precedentes, que el período de prueba no ha sido regulado desde su concepto ni desde sus principales características, sino más bien desde sus efectos y exclusiones (los mismos que veremos en el punto siguiente). Es así que la LPCP, dispone lo siguiente:

Artículo 10.- El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección (Decreto Supremo No. 003-97-TR, 1997, p. 10).

En cuanto a los contratos sujetos a modalidad, el artículo 75 de la LPCL dispone que el período de prueba también rige para este tipo de contratos al expresar que: Artículo 75.- En los contratos sujetos a modalidad rige el periodo de prueba legal o convencional previsto en la presente ley.

A su vez, el Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 001-96-TR (RLFEE), indica lo siguiente:

Artículo 16.- En caso de suspensión del contrato de trabajo o reingreso del trabajador, se suman los periodos laborados en cada oportunidad hasta completar el periodo de prueba establecido por la Ley. No corresponde dicha acumulación en caso de que el reingreso se haya producido a un puesto notoria y cualitativamente distinto al ocupado previamente, o que se produzca transcurridos tres (3) años de producido el cese.

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

Artículo 84.- El período de prueba a que alude el Artículo 109 de la Ley [actual artículo 75 de la LPCL], sólo podrá establecerse en el contrato primigenio, salvo que se trate del desempeño de una labor notoria y cualitativamente distinta a la desempeñada previamente.

De acuerdo con lo anterior, pasaremos a ver las principales características, las mismas que hemos dividido en las siguientes: plazo, formalidades, exoneraciones, efectos y deficiencias.

## **1.5. Características del período de prueba en el Perú**

Una vez conocido el concepto y justificación del período de prueba, el siguiente paso es precisar cuáles son sus características, lo que se tendrá que hacer respecto de la regulación (vista en el punto anterior), así como precisar hasta qué punto se puede aplicar lo hasta aquí tratado.

### **1.5.1. Plazo**

De acuerdo con el texto de las normas citadas, la legislación nacional ha optado –a diferencias de otros ordenamientos, como el español<sup>7</sup>- por una regulación homogénea; la cual establece una única duración de la prueba para la prestación de todo tipo de servicios (y para todos los trabajadores), sin tener en cuenta el tipo del negocio, el nivel de estudios, experiencia y autonomía (individual y colectiva) de los trabajadores.

Así, la duración del período de prueba para todos los trabajadores será de tres meses (salvo las excepciones que veremos en el párrafo siguiente); no obstante, hay que hacer notar que la rigidez de esta disposición es sólo hacia arriba, ya que -salvo las excepciones que trataremos a continuación- las partes podrían acordar un período de prueba más corto que el exigido por ley; pues no existe prohibición alguna en dicho sentido. Es por ello que para Arce (2006a) al indicar lo siguiente:

---

<sup>7</sup> En España, el denominado Estatuto de los Trabajadores, se indica como regla general (numeral 1 del artículo 14) que “Podrá concertarse por escrito un periodo de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. En defecto de pacto en convenio, la duración del periodo de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el periodo de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados”.

[...] una interpretación basada en la ratio legis de la misma debe llevarnos a pensar que estamos ante una norma de máximos de derecho necesario (vg., una norma que impone un “techo” dejando a la autonomía privada, ya a través de contratos imperativos individuales, convenios colectivos o costumbres, plena libertad para pactar por debajo del límite de tres meses) (p. 62).

La primera de las excepciones es la contemplada al inicio del segundo párrafo del artículo 10 de la LPCL, en la cual se indica que se puede pactar un período de prueba mayor en los siguientes casos: i) en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación; ii) en caso que las labores a realizar sean de tal naturaleza o grado de responsabilidad que tal prolongación pueda resultar justificada y siempre que se haga de manera escrita, exigiéndose así de una formalidad *ad solemnitatem*, es decir, que cuando no se cumpla con la misma, la ampliación de la duración del período de prueba será nula.

Sin embargo, existe un tope en la prolongación del período de prueba, dependiendo del tipo de función realizada por el trabajador; así el período de prueba podrá ser ampliado de acuerdo con lo siguiente: i) personal de dirección, para quienes puede extenderse hasta por 1 año; y, ii) personal calificado o de confianza, para quienes puede extenderse hasta los 6 meses.

De acuerdo al primer párrafo del artículo 43 de la LPCL, “Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquéllas funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial” (Decreto Supremo No. 003-97-TR, 1997, p. 26). De este modo, el concepto de personal de dirección hace alusión al personal de la empresa que resulta clave para la toma de decisiones, no sólo por su posición jerárquica, sino también por el grado de responsabilidad que dichas decisiones conllevan. Ejemplos conocidos del denominado personal de dirección son aquellos directivos o funcionarios principales, tales como los Gerentes (cualquiera sea la denominación que se use al interior de la empresa).

De esta forma, el plazo para que empleador y trabajador puedan constatar las cualidades de la contraparte está plenamente justificado; pues para el caso del trabajador, la junta de accionistas, matriz de la empresa transnacional, etc., necesitará un tiempo mayor al ordinario (en este caso, de un año) para poder ver si el

desenvolvimiento de la Empresa en el mercado es el esperado, o si los objetivos de la Gerencia o Dirección encargados se llegan a cumplir (por mencionar algunos empleos). De otra parte, el trabajador podría apreciar si quienes lo contrataron lo dejan desarrollar las ideas estratégicas que tiene para el negocio, etc.

No obstante, a fin de salvar los efectos de esta regulación, muchas empresas optan por entregar a sus altos ejecutivos compensaciones especiales en caso la relación laboral tuviera fin durante cierto período de tiempo a partir de su inicio (que puede tanto coincidir con la duración de la prueba como exceder el plazo establecido en la norma), como es el denominado como Golden Parachute, que puede ser conceptualizado como una “[...] compensación por la terminación anticipada e injustificada de un contrato de trabajo, generalmente, establecida en los contratos de trabajo de Altos Ejecutivos, como es el caso de un Gerente, sirve para garantizar al trabajador su protección en caso de un despido intempestivo” (Pacori, 2017, párr.3), el cual estará regulado de acuerdo a lo expresado en el mismo convenio.

Por su parte, el párrafo siguiente de la norma ya citada, indica lo siguiente:

Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales (Decreto Supremo No. 003-97-TR, 1997, p. 26).

En cuanto a ello, el concepto de trabajadores de confianza hace alusión a un abanico de puestos bastante amplio, entre los que destacan las notas de contacto personal con el personal de dirección (como, por ejemplo, una Secretaria de Gerencia), el carácter de la información a la que accede (podría ser el contador, un especialista en informática, etc.) o el nivel en el que el trabajo realizado por el empleado es analizado o usado (personal especializado como abogados, ingenieros, etc.); de acuerdo al contexto en el que se desarrollen las labores.

Al igual que para el personal de dirección, un plazo mayor a fin de que las partes (pero, sobre todo, el empleador) puedan apreciar las habilidades de la otra resulta adecuada, toda vez que se tienen que evaluar algunas cualidades personales (como en las relaciones de estricto contacto con el personal de dirección, cual es el caso de la

Secretaría de Gerencia) y profesionales (el manejo de la información reservada, respeto de las exigencias de confidencialidad, etc. para el caso del personal de las áreas de soporte; o la calidad de los informes o los resultados obtenidos en base a los mismos) que el trabajador deberá reunir para que pueda proseguir la relación de trabajo a lo largo del tiempo.

Por último, de acuerdo con la norma reglamentaria (RLFE), se dispone que el plazo correspondiente se suspende en dos casos: i) suspensión del contrato de trabajo; y, ii) reingreso.

Respecto al primer caso, entendemos que -al margen de que no se precisa si la suspensión a la que se hace alusión es de tipo perfecta (cese de la obligación de ambas partes) o imperfecta (remuneración sin trabajo efectivo)- lo relevante es que sin una prestación de labores no es viable una evaluación de las aptitudes personales y profesionales del trabajador; por lo que el período de prueba sólo tendrá sentido en tanto y en cuanto exista una ejecución de funciones que permita realizar una evaluación de las mismas (de acuerdo a lo ya visto respecto del punto 3 del presente capítulo: fundamento jurídico del período de prueba).

En el caso de reingreso del trabajador el tratamiento es parecido, puesto que el período de prueba que no haya transcurrido durante el primer vínculo laboral continuará rigiendo durante el nuevo contrato por el tiempo que reste hasta su culminación (ya sea del plazo máximo establecido por ley o de aquel acordado por las partes; salvo en el caso que el reingreso del trabajador se produzca a un puesto notoria o cualitativamente distinto. Es decir, que siempre que el trabajador reingrese a un puesto igual o parecido al que ya tenía (antes del cese), el período de prueba a computar sólo sería el que resta para completar el tiempo acordado durante el comienzo del primer vínculo laboral; salvo que el reingreso se produzca después de 3 años de producido el cese, en donde se deberá pasar por un nuevo período de prueba. Por ejemplo, si un trabajador deja la empresa luego de transcurrido mes y medio, para luego un tiempo reingresar al mismo puesto, seguirá estando a prueba durante un mes y medio.

En el caso de los contratos de trabajo sujetos a modalidad<sup>8</sup>, se tiene que el período de prueba deberá estar consignado en el primer contrato de todos los que se realicen. Así,

---

<sup>8</sup> No debe perderse de vista que los contratos de trabajo sujetos a modalidad son la mayoría en nuestro país, de acuerdo con lo que se desprende de los Cuadros Nos. 74 y 75 del Anuario Estadístico Sectorial del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE, 2019).

si el contrato tuviera una duración mayor a los 3 meses de la prueba (o menos, en caso de acuerdo entre las partes), en caso de sucesión contractual no habría un nuevo período de prueba; sin embargo, “[...] si la duración del contrato sujeto a modalidad es inferior a tres meses, el plazo de prueba dura lo que dure el contrato. En este último caso, la recontractación supone una renovación de la confianza empresarial en su trabajador” (Arce, 2006a, p. 63); aunque ello podría suponer un problema, tal como lo veremos más adelante.

Finalmente, la norma reglamentaria sólo dispone la falta de efectos del período de prueba pactado contrario a ley, cuando éste sea superior a lo dispuesto de acuerdo con el tipo de trabajo a realizar o de la categoría del trabajador, según sea el caso.

### **1.5.2. Formalidades**

De acuerdo a las normas relativas al período de prueba, esta etapa sólo requerirá de la formalidad de ser por escrito, en los siguientes casos: a) cuando se trate de trabajadores de dirección o de confianza; y b) cuando se trate de contratos sujetos a modalidad.

En el primer caso, la norma prevé expresamente que el aumento del período de prueba debe constar necesariamente por escrito; o que, de acuerdo con lo indicado en el punto anterior, constituye una formalidad *ad solemnitatem*, lo que quiere decir que cuando empleador desee ampliar el período de prueba hasta en 6 meses (para trabajadores calificados o de confianza) o 1 año (para trabajadores de dirección), dicha ampliación deberá constar, necesariamente por escrito.

Si bien las mismas reglas rigen para el caso de los trabajadores bajo contratos sujetos a modalidad, se tiene que -en caso de acordar un período de prueba menor a los tres meses de ley (cosa que, como ya hemos visto, no se encuentra prohibida), ello deberá estar consignado al interior del contrato primigenio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 84 del RLFE. De no ser así, se tomará dicho período de prueba como uno de tres meses de duración<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> No obstante, no hay que perder de vista que el período de prueba no está contemplado dentro de los campos exigidos por las tablas paramétricas del sistema de Planilla Electrónica (administrada por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT) en el que se exige registrar a todo trabajador.

Por lo demás, cuando no exista ningún tipo de disposición formal al interior del período de prueba, la duración de este siempre será de tres meses (de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 10 y 75 de la LPCL).

Por último, en lo que respecta a la decisión de finalizar la relación de trabajo (ya sea por iniciativa del empleador o del trabajador) tampoco será necesaria formalidad alguna; puesto que, para el despido del trabajador, no es necesaria siquiera la existencia de un procedimiento escrito (aunque puede ser que lo haya), mientras que -para el caso del trabajador- tampoco se estará ante la obligación de presentar una renuncia por escrito (como veremos en el punto siguiente), mucho menos comunicar la decisión con anticipación.

### **1.5.3. Efectos**

Como ya se ha visto en la parte correspondiente a la naturaleza del período de prueba, en esta etapa de la relación laboral el contrato de trabajo despliega todos sus efectos; no obstante, y de acuerdo al artículo 10 de la LPCL, sólo finalizado dicho período, la parte laboral obtendrá la protección contra el despido arbitrario.

Si nos detenemos a analizar el texto de la LPCL, se tiene que no existe una definición de despido arbitrario, sino que la misma puede ser extraída a través de interpretación de varios de sus artículos. Así, de acuerdo con el artículo 22 de dicha norma, se tiene lo siguiente:

Artículo 22.- Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada.

La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador.

La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso Judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido Decreto Supremo No. 003-97-TR, 1997, p. 15).

A continuación, la misma norma señala cuáles serían dichas causales, indicando además los supuestos de despido nulo; además de regular el procedimiento a realizar

para poder proceder al despido del trabajador (forma, plazo, etc.), precisando, en el segundo párrafo del artículo 34, lo siguiente:

Artículo 34.- El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

[...]

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

[...]

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que, en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38 (el subrayado es nuestro) (Decreto Supremo No. 003-97-TR, 1997, p. 23).

Es decir, la primera aproximación al concepto de despido arbitrario es: i) aquel en el que o no se ha expresado causa; o, ii) aquel en el cual la misma no ha podido ser demostrada (por el empleador) en juicio. Sin embargo, de ambos supuestos, sólo el segundo corresponde a un sistema legal que hace del despido causal el eje de protección contra el despido injusto o arbitrario, pues el primer se encuadra, sin que quepa duda alguna, en la idea del despido libre, ad nutum o incausado, en que no se exige al empleador justificar el despido en una causa o incumplimiento determinado (Blancas, 2006).

De acuerdo con el autor citado, se tiene que:

[...] la ilegitimidad del despido en la LPCL, se reduce a un concepto único, a un tipo exclusivo denominado “despido arbitrario”, que engloba varias formas distintas, a saber: a) el despido de hecho, es decir, sin expresión de causa y sin comunicación al trabajador (sin procedimiento previo ni carta de despido); b) el despido debidamente notificado al trabajador, pero sin expresión de causa (sin procedimiento previo, pero con carta que sólo señala fecha de cese), y c) el despido con procedimiento previo, imputación de causa y carta de despido (Blancas, 2006, p. 131).

Por los motivos antes expuestos –y al uso desmedido que muchos empleadores dieron al artículo 34- es que el Tribunal Constitucional (TC) desarrolló en su jurisprudencia<sup>10</sup> el esquema de protección contra el despido lesivo de derechos fundamentales que es, fundamentalmente, el que rige hasta el día de hoy; el mismo que indica, básicamente, que el artículo 27 de la Constitución, no puede ser interpretado separado del artículo 22 de la propia Carta Magna<sup>11</sup>.

Así, según Blancas (2006):

[n]o puede interpretarse el artículo 27 prescindiendo del artículo 22° que reconoce el derecho al trabajo y, en función de tal omisión subsumir en la categoría “despido arbitrario” cualquier clase de despido, incluyendo aquel que lesiona derechos fundamentales, dejando por consiguiente la cuestión relativa a la reparación del mismo a lo que establezca de la ley ordinaria que, como se ha visto, puede elegir entre una u otra clase de tutela reparadora (p. 380).

Este criterio que fue perfilado por casos posteriores -como el Expediente No. 976-2001-AA/TC (Eusebio Llanos Huasco) y el Expediente No. 206-2005-PA/TC (César Antonio Baylón Flores), para citar los más importantes-, en los cuales el despido arbitrario quedó reducido sólo a aquellos ceses iniciados por el empleador cuya causa no logra ser probada en juicio.

Sin perjuicio de lo anterior, no hay que perder de vista que, al margen del denominado despido arbitrario, se tiene que -al interior del período de prueba- el trabajador también podría hacer uso de su facultad de dar por terminado el contrato de trabajo sin estar obligado a respetar el preaviso al que está obligado en virtud del artículo 18 de la LPCL<sup>12</sup>. Ello es así puesto que, de la lectura en conjunto de los artículos 10 y 18 de la LPCL, así como de los artículos 27<sup>13</sup> y 28<sup>14</sup> del RLFE sería ilógico afirmar que durante

---

<sup>10</sup> A partir de la sentencia de fecha 11 de julio de 2002, recaída en el Expediente No. 1124-2001-AA/TC.

<sup>11</sup> “Artículo 22.- El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona. [...] Artículo 27.- La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

<sup>12</sup> “Artículo 18.- En caso de renuncia o retiro voluntario, el trabajador debe dar aviso escrito con 30 días de anticipación. El empleador puede exonerar este plazo por propia iniciativa o a pedido del trabajador; en este último caso, la solicitud se entenderá aceptada si no es rechazada por escrito dentro del tercer día”.

<sup>13</sup> “Artículo 27.- La negativa del empleador a exonerar del plazo de preaviso de renuncia, obliga al trabajador a laborar hasta el cumplimiento del plazo”.

<sup>14</sup> “Artículo 28.- La puesta a disposición del cargo aceptada por el empleador, equivale a una renuncia y se encuentra comprendida dentro de los alcances del Artículo 51 de la Ley”.

el período de prueba el empleador pueda dar por finalizada la relación laboral en forma arbitraria, mientras que el trabajador esté obligado a comunicar su renuncia con treinta (30) días de antelación (cuando uno de los fines de la existencia del período de prueba es, justamente, dar una mayor flexibilidad para dar por finalizado el vínculo); además de no existir ninguna prohibición expresa al respecto.

De esta forma, si bien “[...] se entiende que la búsqueda del trabajador se direcciona a conseguir la estabilidad laboral” (Jara, 2017, p. 65), ello no significa que sólo sea el empleador el único habilitado a fin de poner fin a la relación de trabajo en forma arbitraria durante el período inicial, sino que, como es la parte del contrato que con más frecuencia se vale de la prueba para poner fin al vínculo, muchas veces se pierde de vista que también puede ser el trabajador quien puede poner fin a la relación contractual sin estar atado a las cargas que conlleva hacerlo una vez superada la fase inicial del contrato.

Luego de transcurrido el período de prueba, en que el trabajador alcanza la protección contra el despido arbitrario, es que -de acuerdo con lo indicado en el párrafo anterior- el trabajador estará obligado a cursar su carta de renuncia con treinta (30) días de anticipación; siendo que dicho acto sólo surtirá efectos en caso el trabajador cumpla con comunicarlo formalmente al empleador. Por ello, la renuncia es un acto de naturaleza recepticia.

Ante ello, es potestad del empleador aceptar o no la exoneración de todo o parte del plazo indicado (siempre y cuando sea propuesta por el trabajador), aceptación que podrá ser expresa (si es que el empleador responde la comunicación de renuncia con otra en dicho sentido) o tácita (si es que el empleador no responde a la misiva enviada); siendo que la exoneración sólo podrá ser rechazada si es que el empleador hace valer esta prerrogativa en forma expresa (por escrito) dentro del tercer día de recibida la comunicación del trabajador.

De ser ese el caso, si el trabajador da por concluido el vínculo haciendo caso omiso de la negativa del empleador, éste tendrá la facultad de despedir al trabajador por abandono de trabajo, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso h) del artículo 25 de la LPCL; en lo que constituye un despido por causa justa.

#### **1.5.4. Deficiencias**

De acuerdo con lo visto en los acápites previos, el período de prueba regulado en la legislación peruana presenta una serie de deficiencias que, si bien podrían deducirse de los puntos ya tratados, aquí las precisaremos en función de que, en virtud de estas, surgen los problemas cuyas dudas intentaremos resolver a lo largo de la presente investigación.

##### **1.5.4.1. En cuanto a la duración de la prueba (regla general)**

En primer lugar, se tiene que la norma peruana ha decidido que todos los trabajadores tengan un período de prueba de tres meses, sin importar el tipo de contrato que tienen, las funciones a realizar o la naturaleza de las labores en que se va a desempeñar; pues consideramos que el período de prueba debería fijarse no sólo como un criterio general (tres meses), sino que debería ser definido de acuerdo no sólo al tipo de contrato, sino la naturaleza de las funciones a realizar, así como indicar -en forma expresa- que la autonomía de las partes podría modificar el tiempo de duración de esta etapa.

Si bien se ha expresado que el período de prueba puede durar hasta 6 meses (para los trabajadores calificados o de confianza) y 1 año (para los trabajadores de dirección), consideramos que estos criterios no deberían ser los únicos por los cuales se modifique la duración de esta etapa, pudiendo ser otros factores el tipo de contrato, la negociación entre las partes (cuando exista organización sindical<sup>15</sup>); tal como se hace en otros países, como en España, en donde el período de prueba se fija de vía Convenio Colectivo (entre otros).

##### **1.5.4.2. En cuando al tipo de contrato (sujetos a modalidad)**

En cuanto al tipo de contrato, es contradictorio que el mismo plazo del período de prueba para los contratos de trabajo a plazo indeterminado (3 meses) sea el que esté regulado para los contratos sujetos a modalidad, de acuerdo con la disposición contenida en el artículo 75 de la LPCL, la misma que indica que “En los contratos sujetos a modalidad

---

<sup>15</sup> Consideramos que, si bien la existencia de la posibilidad de fijar un período de prueba a través de la negociación colectiva puede ser vista como poco viable en un ordenamiento como el peruano, con la existencia de pocas organizaciones sindicales, débiles en su mayoría y de nivel empresarial; somos de la opinión que esta posibilidad pudo contemplarse para negociaciones colectivas por rama de actividad, gremio, o para sindicatos de empresa que tengan la condición de mayoritarios.

rige el periodo de prueba legal o convencional previsto en la presente ley” (Decreto Supremo No. 003-97-TR, 1997, p. 38) ; pues de acuerdo con lo ya indicado, pueden existir contratos modales cuya duración sea menor de los 3 meses establecidos como regla general.

En estos casos, se tendría una relación de trabajo en la que se está, enteramente, bajo el período de prueba; es decir, sin protección contra el despido arbitrario, lo que - justamente- no se condice con la finalidad de dicho período, el cual es el realizar una evaluación de la prestación a cargo de la contraparte, con miras a que, una vez superado dicho período, la relación de trabajo se afiance durante toda su duración.

Es así como, de acuerdo con lo indicado por Arce (2006a):

Quizá la salida más razonable pase por determinar el plazo máximo de prueba a través de porcentajes aplicables a cada contrato. Es decir, si un contrato por necesidades del mercado tiene una duración de 10 meses, el período de prueba no debería pasar del 15% por ejemplo (mes y medio). El problema de ello, obviamente, va a estar en los contratos que no tienen fechas fijas y concretas de término, tal como ocurre en el contrato por obra determinada o servicio específico y el de suplencia (p. 63).

Asimismo, concordamos con dicho autor en que, para estos últimos casos, la duración podría fijarse por rango, de acuerdo con la duración estimada de las actividades<sup>16</sup>.

Otro problema relativo a la duración del período de prueba en los contratos sujetos a modalidad es el tema de la sucesión de contratos en cadena; en donde podría darse la situación en que el empleador contrate los servicios del trabajador en forma sucesiva (incluso si cada contrato tiene una duración igual o menor a los 3 meses). En dicha situación podría llegarse a la conclusión absurda de que el trabajador tendría que cumplir los 5 años a fin de alcanzar la protección contra el despido arbitrario

Es por ello que, a través del artículo 84 del RLFE se indica que el período de prueba sólo podrá ser aplicado al contrato primigenio. Arce (2006a) distingue esta situación de la regulada en el artículo 16 de la misma norma (que trata sobre supuestos de

---

<sup>16</sup> Para mayor alcance respecto de este tema, revisar Arce (2006a, p. 63).

suspensión de la relación de trabajo dentro de un mismo contrato)<sup>17</sup>, sobre la premisa que, mientras en este último caso la prestación de servicios no ha sido evaluada (un ejemplo, sería el trabajador que está con descanso médico durante toda o parte del período inicial), en la contratación sucesiva sí habría una evaluación realizada durante la relación primigenia.

El autor mencionado critica que la disposición contenida en el artículo 84 del RLFE debió de encontrarse en la LPCL, en función a que su continuidad dentro del Reglamento podría suponer un atentado contra el principio de jerarquía normativa, ya que, a diferencia del artículo 10 de la LPCL (que regula un período de prueba de 3 meses), el artículo 84 no podría complementarlo en la medida en que lo hace un reglamento (precisar el contenido de una ley), puesto que este último permite períodos de prueba menores a lo establecido en la LPCL, lo que produciría una antinomia (Arce, 2006b, pp. 63-64).

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con dicha crítica, en función a que la norma Reglamentaria tiene una incidencia directa en la norma legal, que -lejos de precisar sus alcances- contiene una posibilidad que puede contraponerse a la duración prevista en la LPCL. Así, si el primer contrato de la sucesión tiene una duración menor de 3 meses, en el segundo contrato no debería computarse período de prueba alguno (ni siquiera del tiempo que falte completar para los 3 meses), ya que habría una renovación de confianza en el trabajador; salvo en el caso en que sea recontratado para una función notoriamente distinta a la que venía realizando anteriormente.

#### **1.5.4.3. En cuando a la protección contra el despido arbitrario**

Al margen de los problemas anteriores, el problema más importante que se tiene con relación al instituto que nos ocupa (el período de prueba) es el de la protección frente al despido arbitrario.

El empleador podría actuar de muchas formas; por ejemplo, intentado ocultar una relación de trabajo a plazo indefinido bajo la suscripción de contratos sujetos a modalidad con distintos trabajadores por períodos iguales o inferiores a los 3 meses, situación en la cual el ocupante del puesto se encontraría siempre “a prueba”. O, a pesar de la existencia de un contrato a plazo indeterminado, finalizar los contratos de trabajo

---

<sup>17</sup> Para más información sobre ello, consultar Arce (2006a, p. 63).

cada 3 meses valiéndose de la facultad extintiva inherente a la prueba. Lo que se resume, en que el empleador asuma que la institución del período de prueba sea una licencia legal para despedir al trabajador antes del plazo estipulado por el motivo que crea conveniente; sin importar que, a través del cese, pueda dañarse derechos fundamentales del trabajador.

Así las cosas, el período de prueba es asumido por muchos como un lapso dentro de la relación de trabajo en el que los derechos del trabajador no existen, permitiéndose el despido libre e inmotivado (*ad nutum*), sin que el trabajador tenga opción alguna de tutelar sus derechos por no haberse perfeccionado la protección a la que tiene derecho cualquier trabajador una vez transcurrido el período de prueba. Esta situación no puede ser permitida por el derecho del trabajo, entre cuyas finalidades está la protección de la parte débil de toda relación de trabajo (el trabajador), por más que esta protección pueda estar matizada cuando la relación de trabajo se encuentra en la etapa correspondiente a la prueba.

De esta forma, si bien el trabajador que se encuentra en la etapa inicial de la relación de trabajo (período de prueba) sólo alcanzará la protección contra el despido arbitrario una vez transcurrida la misma, de acuerdo a lo indicado en el artículo 27 de nuestra Carta Magna; ello no quiere decir que el trabajador no tenga protección alguna cuando se está durante el período de prueba; pues como indicaremos más adelante, los derechos fundamentales del trabajador tienen una eficacia transversal a la relación de trabajo, sin importar el estado en que se encuentre la misma.

De acuerdo a lo indicado en la introducción del presente trabajo, esto último no es asumido por los juzgados de trabajo, quienes en muchas oportunidades han rechazado las impugnaciones de despidos en función a que el trabajador se encontraba “durante el período de prueba”; lo que -a nuestro criterio- es contraproducente con la legislación que regula la protección de los derechos fundamentales del trabajador (como la que dispone la reposición en casos de despido nulo), pues una cosa es que el trabajador que se encuentre en el período de prueba no tenga protección contra el despido arbitrario y otra que no tenga ningún derecho dentro de esta etapa (como a la protección contra el despido lesivo de derechos fundamentales protegidos a través de la figura indicada, a través del artículo 29 de la LPCL).

Si bien el despido de la trabajadora embarazada tiene una protección reforzada (de acuerdo con lo dispuesto por las normas que rigen la materia, a la que nos referiremos

en los capítulos siguientes), el problema se da, sobre todo, en los otros supuestos de protección (libertad sindical, discriminación y tutela judicial efectiva); habiendo encontrado sentencias en donde se realiza un adecuado análisis (en los supuestos de abuso de derecho), disponiéndose, por ende, de una reparación adecuada.

En función de ello, surge la necesidad de redefinir el período de prueba, con el fin de que se pueda garantizar la protección de los derechos fundamentales del trabajador a lo largo de toda la relación de trabajo, a través de una visión de qué es lo que está protegido durante el período de prueba; pero ello será materia de los siguientes capítulos.



## **CAPÍTULO II**

### **LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL INTERIOR DE LA RELACIÓN LABORAL**

Luego de haber realizado el análisis de todo lo relacionado al período de prueba en la doctrina y la legislación, pasaremos a tratar lo relacionado con la afectación de los derechos fundamentales al interior de la relación de trabajo.

#### **2.1. Sobre los derechos fundamentales**

Para empezar con ello, la primera pregunta que deberíamos hacernos es qué es un derecho fundamental, cómo es que ingresan a las relaciones de trabajo, de qué se componen y cómo están regulados en el ordenamiento positivo, a fin de poder acercarnos más al objeto de nuestro estudio.

##### **2.1.1. Concepto**

Los derechos fundamentales suelen conceptualizarse de muchas maneras, como la indicada por Pérez (citado en Effio, 2014), para quien son “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada” (p. 2). Otra definición es la dada por Pérez Barba (citado en Nogueira, 2003), que indica que los derechos fundamentales son:

[la] Facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecta el desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción (p. 52).

Por su parte, Ferrajoli (citado en Ku & Cuadros, 2016), que indica que los derechos fundamentales pueden definirse como aquellos derechos que “corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar” (p. 240).

Podríamos referirnos a estos conceptos en un lenguaje un poco más simple, indicando que los derechos fundamentales son aquellas atribuciones brindadas por el ordenamiento jurídico en favor de todos los ciudadanos, a fin de proteger ciertos aspectos de su vida que inciden en su realización como persona; o, como indica la doctrina, aquellos derechos inherentes al ser humano por su condición de persona. Es por ello que para Cea (citado en Nogueira, 2005), los derechos fundamentales son aquellos

[...] derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos.

Así, los derechos fundamentales constituyen una especie de límite, barrera o muro infranqueable frente al cual las acciones de terceros no pueden tener efectos o -de tenerlos- tendrían que ser debidamente tutelados, declarando nulos sus efectos. De esta forma, los derechos fundamentales se constituyen en ese mínimo indispensable (o indisponible) de facultades que reciben una protección prioritaria de parte del ordenamiento, a través de las normas constitucionales, pero que -como veremos a continuación- necesitan para su desarrollo de la debida configuración legal.

### **2.1.2. Contenido**

Después de definir el concepto, tenemos que referirnos a aquellas situaciones de contraposición de los derechos fundamentales. Es decir, a aquellas circunstancias por las cuales éstos podrían ser afectados, de alguno u otro modo, a fin de permitir el disfrute de otros de estos derechos.

La doctrina coincide que fue luego de la Segunda Guerra Mundial, en que el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana buscó la forma de dotar al texto constitucional de un peso suficiente ante las eventuales arbitrariedades que podría cometer el legislador ordinario. Así, de acuerdo con Parejo (citado en Quiñonez, 2007), “se buscaba que los derechos fundamentales, al ser reconocidos en la Constitución, no perdieran su inicial alcance y contenido, pasando a ser modificables y limitables por el

legislador ordinario” (p. 54). Es en esta etapa en que la teoría constitucional, según Ku y Cuadros (2016),

[...] adquiere mayor relevancia, produciendo el cambio en el paradigma del derecho por reglas a un derecho por principios, y en que la Constitución adquiere fuerza vinculante como norma jurídica de aplicación inmediata (constitucionalismo de derechos), se gesta la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales [...] (p. 240).

Dicha corriente quedó de manifiesto, a través del artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn, así como del artículo 53.1 de la Constitución española (a través de la cual llega a nuestro país, como veremos más adelante), que indica lo siguiente:

Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a) (Constitución española, 1978, p. 19).

De acuerdo con lo que ya hemos indicado, Luciano Parejo (citado en Quiñonez, 2007), sostiene que los derechos fundamentales, en tanto derechos subjetivos

[...] no son ilimitados, sino que están sujetos a todo un sistema de límites, frente a la cual la garantía del contenido esencial actúa como una barrera infranqueable [...] al resultado de la aplicación y concreción de todos esos límites posibles. En otros términos, el contenido esencial es el «límite constitucional de los límites de los derechos fundamentales (p. 55).

Así, según Carpio (2004),

[...] la actividad misma de limitar un derecho, entonces, debe estar sujeta a un límite final, aquella frontera que permite evaluar si se trata de una tolerable restricción del derecho o, por el contrario, de una constitucionalmente inadmisibles limitación. Esa zona de frontera es lo que las constituciones alemana y española han venido en denominar el «Contenido esencial del derecho» (p. 495).

Es en este orden de ideas en que surgen las dos teorías respecto del contenido esencial de los derechos fundamentales: la absoluta y la relativa. Vamos a referirnos brevemente a cada una de ellas:

#### **a) Teoría absoluta del contenido esencial**

En esta teoría, se establece que los derechos fundamentales tienen un núcleo (el denominado “contenido esencial”) y tienen una periferia (a la que denominaremos como “contenido no esencial”). Así, “Desde este punto de vista, ambos contenidos (el esencial y el accesorio) se presentarían como elementos identificables y permanentes en todo derecho fundamental. Pero solo el primero -el denominado contenido esencial- tendría la condición de elemento indisponible para el legislador” (Carpio, 2004, p. 497); o como lo diría Martínez – Pujalte (citado en Quiñonez, 2007), “[...] el contenido esencial como «límite de límites» significa que el legislador puede establecer restricciones a los derechos fundamentales sólo en su parte accesorio pero no en su núcleo esencial” (p. 55).

Como indica Quiñonez (2007):

De ello se desprende que «el contenido esencial de un derecho fundamental no coincide con el contenido normativo o constitucionalmente declarado» de éste, toda vez que los derechos fundamentales tendrán un «núcleo duro» o «contenido mínimo» y una «periferia» o «contenido no esencial» (p. 56).

De esta forma, el contenido esencial de cualquier derecho fundamental es esa parte que permite al derecho ser reconocido como tal; sin la cual el derecho tendería a desnaturalizarse o, simplemente, desaparecer; siendo que el resto del derecho sería la parte disponible para el legislador o aquella que podría ser afectada. En pocas palabras, para esta teoría, el contenido esencial de un derecho fundamental se parecería a muchas de las normas presentes en el derecho del trabajo (normas de derecho necesario relativo), en las cuales la parte indisponible sería el contenido esencial, mientras que la parte relativa, sería el contenido no esencial.

## **b) Teoría relativa del contenido esencial**

Por su parte, Carpio (2004) indica lo siguiente:

La teoría relativa no parte de considerar que en el contenido protegido por cada derecho fundamental exista uno que sea accesorio y otro que sea esencial, y que se afecta este último, cuando se pasa la frontera del contenido accesorio. Por el contrario, considera que tal afectación se produce siempre que la limitación se presente como injustificable (p. 500).

Para esta teoría, el contenido esencial no será fijo e inmutable, sino que obedecerá a la justificación que exija el caso; siendo que dicho “[...] contenido esencial no está preestablecido, pero es determinable en aplicación de un principio de ponderación y según las particularidades de cada caso concreto” (Ku & Cuadros, 2016, p. 241). “Esta parte de la constatación de que toda restricción de los derechos fundamentales exige una justificación, por lo que el contenido esencial coincide precisamente con dicha exigencia” (Quiñonez, 2007, p. 56).

De acuerdo con ello Nogueira (2005) indica lo siguiente:

Para la teoría relativa, el contenido esencial es lo que queda después de la ponderación de los derechos o del derecho respectivo con otros bienes jurídicos constitucionales, buscando proteger el derecho en toda su extensión, a través de un equilibrio entre los derechos de las personas y los intereses de la sociedad.

Esta ponderación no es otra que el denominado test de proporcionalidad (también llamado principio de proporcionalidad en sentido amplio), “[...] el cual exige que cualquier norma o decisión que involucre la regulación de un derecho fundamental debe responder a un fin lícito, para cuya obtención deberán utilizarse medios proporcionales, vale decir, adecuados, necesarios y proporcionales en sentido estricto” (Quiñonez, 2007, p. 57).

De acuerdo con los entendidos, ambas teorías tienen pros y contras, pero lo importante es que cada una de las mismas coincide en precisar que los derechos fundamentales tienen un contenido esencial (aunque difieren del modo como este se configura) y otro que, dependiendo de la teoría, podría ser afectado por el legislador.

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional (con ocasión de la emisión de la sentencia recaída en el Expediente No. 00050-2004-AI/TC<sup>18</sup>), se ha pronunciado respecto de este tema, distinguiendo entre contenido esencial, no esencial y adicional; refiriéndonos a las mismas a continuación haciendo las precisiones que resumimos a continuación:

### **2.1.2.1. Contenido esencial**

El Tribunal ha establecido que para la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales

[...] debe tenerse en cuenta tanto las disposiciones constitucionales expresas, como los principios y valores constitucionales. Esta teoría identifica dichos derechos como facultades subjetivas y como instituciones jurídicas objetivas. Por ende, el contenido esencial se deduce del cuadro general de la Constitución compuesto por la suma de valores, bienes e intereses en ella consignados; los cuales deben ser objeto de ponderación para fijar dicho núcleo mínimo e ineludible (García, 2018, p. 25).

Siguiendo a García (2018), la determinación del contenido de constitucionalidad, deberá hacerse a través de los principios de unidad y concordancia práctica; en el sentido que, de un lado, tiene que resguardarse “[...] la relación de interdependencia de los distintos elementos normativos con el conjunto de las decisiones básicas de la Constitución [...]”; y del otro, garantizando que todos los derechos, valores y bienes constitucionales conserven en un grado razonable su identidad e indemnidad” (García, 2018, p. 25).

Una visión que se complementa con la anterior es la indicada por Castillo (2014), para quien, si bien tendría que acudir, en primer lugar, al propio texto de la Constitución, con el objetivo de ver lo que recoge la disposición concreta; seguidamente (como segundo criterio) se tendrá que “[...] acudir a todas aquellas disposiciones relacionadas con la norma que recoge el derecho fundamental cuyo contenido se desea delimitar (criterio de interpretación sistemática o unitaria)” (Castillo, 2014, p. 151), al considerarse la Constitución como una unidad.

---

<sup>18</sup> Si bien esta sentencia trata respecto del régimen pensionario regulado en el Decreto Ley No. 20530, los alcances dados respecto del tema que nos ocupa son de alcance general, pues así se demuestra que el supremo intérprete de la Constitución tiene una posición fijada respecto de este tema; la que, al parecer, se acogería a la teoría absoluta que hemos visto en estas líneas. Asimismo, también se ha pronunciado respecto de este tema al interior del Expediente No. 1417-2005-AA/TC, etc.; entre otros.

Seguidamente, y de acuerdo a los criterios esgrimidos por el Tribunal Constitucional, éste último autor afirma lo siguiente:

Acudir a la Constitución, como tercer criterio, también significará acudir a la Norma internacional sobre derechos humanos vinculante para el Perú y a la jurisprudencia que con base en esa normativa haya expedido los Tribunales internacionales con competencia para ello, pues así lo ha dispuesto la IV disposición final y transitoria de la Constitución (criterio de la cláusula internacional) [lo que en la doctrina nacional del Derecho del Trabajo conocemos como Bloque de Constitucionalidad]. Además, como cuarto criterio, se ha de tomar en consideración el bien humano que está detrás del derecho fundamental cuyo contenido se intenta determinar (interpretación teleológica) (Castillo, 2014, p. 125).

Para terminar, como quinto criterio, Castillo (2014) afirma que se tiene que tomar en consideración las circunstancias de cada caso en concreto, con el objetivo de justificar el alcance de la protección constitucional que cada derecho fundamental trae consigo<sup>19</sup>.

Finalmente, dicho autor concluye aclarando que

[...] con base en estos criterios de interpretación jurídico- constitucional, la herramienta de razonabilidad (principio de proporcionalidad) es empleada no para jerarquizar derechos ad casum (establecer cuál derecho pesa más que otro en las circunstancias del caso concreto), sino que será empleada para definir el concreto y razonable alcance constitucional de un derecho fundamental (Castillo, 2014, p. 126).

#### **2.1.2.2. Contenido no esencial**

De acuerdo con el Tribunal Constitucional, “[...] en cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de

---

<sup>19</sup> Para mayor detalle, consultar CASTILLO, Luis: El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales. En: Foro Jurídico 13, Lima, 143 y siguientes.

proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados [...]” (Expediente No. 00050-2004-AI/TC, 2005, p. 65)<sup>20</sup>.

Posa su parte, García (2018), el contenido no esencial de los derechos fundamentales hace referencia al ámbito material externo y pasible de ser desligado del espacio protegido que representa el contenido esencial. Así, esta parte es pasible de ser intervenida reglamentariamente, García (2018) indica lo siguiente:

[...] a efectos de optimizar el ejercicio o defensa de otros derechos o bienes constitucionales. El legislador ordinario puede “acomodar” dicho marco normativo en pro de concordarlo con el goce o resguardo señalado, siempre que respete los principios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad (p. 25).

De esta forma, si bien el contenido no esencial también formaría parte del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, este contenido está sujeto a los límites dispuestos por el legislador ordinario con miras a asegurar la eficacia otros derechos; claro está, respetando los principios ya indicados.

### **2.1.2.3. Contenido adicional**

En concordancia con lo indicado en el punto anterior, se tiene que los derechos fundamentales están

[...] formado[s] por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales<sup>21</sup>. [Así, dicho contenido] [...] hace hincapié en el ámbito material añadido y accesorio al contenido esencial de un derecho fundamental; y en el cual el legislador puede hacer pleno uso de su potestad de libre configuración normativa (García, 2018, p. 25).

---

<sup>20</sup> Fundamento 75 de la sentencia recaída en el Expediente No. 00050-2004-AI/TC.

<sup>21</sup> Ídem.

#### 2.1.2.4. Derechos fundamentales de configuración legal

Lo visto hasta aquí no obsta para indicar que los derechos constitucionales (fundamentales<sup>22</sup>) suelen dividirse en dos grandes grupos: los derechos de preceptividad inmediata y los derechos de preceptividad diferida, que son aquellas en los que la efectividad del derecho se pospone hasta que el legislador adopta las medidas legislativas correspondientes (Blancas, 2006). Esta significación (continúa el autor), no significa que los derechos de preceptividad inmediata no puedan ser regulados a través de normas de rango infra constitucional; sino destacar que, para el caso de las normas de eficacia diferida (o programáticas) la actuación del legislador es indispensable para su plena eficacia.

No obstante, hay un grupo de normas en las que si bien el texto constitucional se remite a la regulación que haga de ellas el legislador ordinario, no parece posible catalogarlo como de normas programáticas, en cuanto que el mandato que se otorga al legislador “[...] enuncia ciertos elementos en base a los cuales resulta posible identificar un contenido mínimo del derecho, que si bien reconoce la actuación del legislador un amplio margen de discrecionalidad, no lo libera de la obligación de ceñirse a dicho contenido” (Blancas, 2006, p. 115). Asimismo, dicho autor sostiene que:

Descartada su catalogación, tanto como «norma de preceptividad inmediata» cuanto como «norma programática» [...] vendría a formular, más bien, un derecho de «configuración legal», que es aquella categoría de derechos previstos por las constituciones, en los que «la posibilidad de ejercicio del derecho se hace pender de un necesario desarrollo legislativo». (Blancas, 2006, p. 115).

Así, este tipo de derechos “[...] pueden definirse a partir de la concurrencia de dos elementos: primero, la disposición general que los recoge no alcanza para definir su operatividad; pues, y, en segundo lugar, son derechos cuya naturaleza demanda de una estructura adicional por parte del poder público” (Castillo, 2010).

---

<sup>22</sup> No vamos a ingresar a realizar una distinción doctrinaria entre lo que algunos académicos denominan “derechos fundamentales” de los denominados “derechos constitucionales”, puesto que el objetivo del presente estudio es el análisis de las consecuencias de las afectaciones a aquellos derechos recogidos en la Constitución, para cuya protección la norma fundamental se remite al legislador ordinario; por lo tanto y para efectos de la presente investigación, los consideraremos sinónimos.

De esta forma, los derechos fundamentales de configuración legal,

[...] exponen la condición derivada de las disposiciones-principios establecidas en la Constitución. Por dicha razón devienen en mandatos de optimización a ser concretizados en el tiempo, conforme a condiciones y circunstancias tales como la capacidad económica, grado de evolución política, etc. Se trata de atributos consignados en disposiciones abiertas y de eficacia diferida; que por tales requieren de la intermediación de una fuente legal (la ley) para alcanzar su concreción fáctica (García , 2018, p. 25).

El tema de los derechos fundamentales de configuración legal toma importancia porque el objeto de la presente investigación (que veremos en el capítulo siguiente) tiene que ver con dos de ellos, que -a nuestro criterio- pertenecen a esta categoría. Nos referimos al derecho al trabajo y al derecho a protección frente al despido arbitrario, regulados por los artículos 23 y 27 de la Constitución Política de 1993. Es justamente, a propósito de este último, en que el profesor Blancas conceptualiza a los derechos fundamentales de configuración legal (como se ha indicado en el presente punto), mientras que el derecho al trabajo ha sido materia de múltiples pronunciamientos por el Tribunal Constitucional; especialmente a partir de la sentencia de fecha 11 de julio de 2002 del Expediente No. 1124-2001-AA/TC; temas a los que volveremos en el capítulo siguiente.

#### **2.1.2.5. Eficacia**

Pero quiénes son los terceros que no podrían transgredir este tipo de derechos. Sin ánimo de querer ingresar en una discusión de tipo constitucional, hay que indicar que la eficacia de los derechos fundamentales (históricamente) estuvo ligada, en un principio, a aquellas actuaciones del Estado respecto de los particulares -de ahí la teoría de los derechos fundamentales como “derechos públicos subjetivos”, a la que hace alusión Blancas (citando a Jellineck) (Blancas, 2003).

De acuerdo con Blancas (2003), se “[...] atribuye a estos derechos la función de definir y garantizar la posición del individuo ante y en el Estado” (p. 155). No obstante, esta concepción, como es evidente, restringe “el ámbito de actuación o eficacia de los derechos fundamentales al campo de las relaciones de derecho público, excluyendo aquellas que tienen su origen y están reguladas, por el derecho privado, como es el caso de la relación de trabajo” (Blancas, 2003, p. 155).

Es por ello que, parafraseando a Blancas, frente al escenario antes descrito, surge la teoría desarrollada por el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana, que supera dicha noción anterior (denominada “clásica”) para construir la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares; doctrina conocida como “Drittwirkung”, que considera que

[...] los derechos fundamentales son oponibles, no solamente frente al poder estatal, sino, también, en las relaciones entre particulares, afirmando, de ese modo, que el amplio campo de las relaciones privadas o está exento de conductas y hechos lesivos de los derechos fundamentales de las personas (Blancas, 2003, p. 155).

De esa forma, “[...] si bien existen derechos fundamentales que sólo vinculan a los poderes públicos, otros garantizan también al ciudadano un status en sus relaciones con los demás, y especialmente con los grupos y organizaciones cuyo poderío amenaza al individuo” (Sanguineti, 2003, p. 224).

En opinión del Blancas (2003), esta doctrina habría hecho su aparición debido a los siguientes factores (que, a continuación, pasamos a resumir)<sup>23</sup>:

- a) La existencia de poderes privados o fácticos, que influyen decisivamente en la vida social y ejercen poderes superiores a los de la persona considerada en su individualidad.

De acuerdo con ello, para nadie es desconocido el poder ejercido sobre las personas por terceros como organizaciones de la más distinta índole: económicas, políticas, religiosas, etc.

- b) La consideración de la Constitución como norma fundamental, que informa y penetra el conjunto del ordenamiento jurídico estatal, otorgándole su unidad.

Aquí se deja de lado a la norma fundamental como una declaración de mera ordenación de la actividad estatal, o de regulación de los derechos públicos subjetivos para convertirla en norma directamente aplicable.

---

<sup>23</sup> Para hacer una revisión integral respecto de este tema, consultar Blancas (2003, p. 154).

- c) La conformación del Estado Social de Derecho, que se orienta al logro de la igualdad sustancial, imponiendo al Estado la obligación de promoverla y de remover todos los obstáculos que se oponen a ella.

Con ello se produce lo que se denomina “[...] la extensión del catálogo primigenio de los derechos fundamentales mediante la incorporación de los derechos sociales, o de segunda generación, así como la reformulación, en clave social, de algunos derechos de la primera generación” (Blancas, 2003, p. 156).

De esta forma, y de acuerdo con el devenir de la doctrina, se pasó de un sistema en el cual los derechos fundamentales son oponibles a la autoridad estatal a otro en el cual dichos derechos son oponibles, además, entre particulares; entre los que se encuentran:

[...] los acuerdos o resoluciones de asociaciones, sindicatos, partidos políticos, sociedades comerciales, las decisiones u órdenes de empleadores -en relaciones laborales sometidas al régimen de derecho privado-- en ejercicio de su potestad de dirección y organización (siempre que sean actos concretos o individuales y no asuman la condición de actos normativos que son reconducibles, más bien, a la categoría siguiente) como traslados de personal, realizar una labor determinada (que el trabajador estime contraria a su libertad de conciencia, por ejemplo), los procesos de elección de los órganos de las personas jurídicas privadas, etc. (Mendoza, 2005, p. 249).

Es así que se produce el fenómeno denominado como la “[...] constitucionalización de los derechos laborales, cuyos titulares sólo pueden ser los trabajadores” (Arce, 2012, p. 436).

De igual manera, existe “[...] un fenómeno más reciente denominado “laboralización de los derechos constitucionales”, donde el trabajador no pierde sus derechos como ciudadano” (Arce, 2012, p. 436); al cual la doctrina ha denominado “derechos inespecíficos”. De acuerdo con Arce (2006b),

[...] tanto la normativa comparada como en la jurisprudencia vienen reivindicando algo que es de por sí manifiesto en un Estado de Derecho: el contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano (p. 79).

Así, la consolidación de los derechos fundamentales de todo ciudadano tiene un ámbito de aplicación que trasciende a todos los ámbitos de su vida y la relación de trabajo no puede ser la excepción, muchos menos considerarse un ámbito separado de la realidad del trabajador en su condición de ciudadano.

## **2.2. La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento laboral peruano**

De la mano de este último tema, se tiene que pasar del ámbito constitucional para ingresar al contexto de las normas laborales, a fin de apreciar cuál es el tipo de protección que la legislación ofrece contra la violación de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo; y como el tema de la presente investigación se circunscribe a la afectación de los derechos fundamentales del trabajador durante el período de prueba.

Así, de todas las formas en que el empleador puede afectar los derechos fundamentales al interior de la relación de trabajo durante el período de prueba (sin perjuicio del resto de la relación), la mayor es -sin duda- ponerle fin a la misma, sin que la legislación disponga la exigencia de justificar tal decisión (ya sea por la capacidad o conducta del trabajador), ejerciendo un poder cuasi omnímoto durante la duración de tal período.

No obstante, de acuerdo con lo dispuesto al interior de la LPCL, la protección de los derechos fundamentales al interior de la relación de trabajo frente al acto extintivo que pueda disponer el empleador, se da a través de lo dispuesto por el artículo 29 de dicha norma, el mismo que indica lo siguiente:

Artículo 29º.- Es nulo el despido que tenga por motivo:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25º;
- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole;

- e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir.

La disposición establecida en este inciso es aplicable también a la trabajadora durante el periodo de prueba regulado en el artículo 10, así como a la que presta servicios bajo el régimen de tiempo parcial de cuatro o menos horas diarias, dispuesto en el artículo 4.

Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa”<sup>24</sup>.

A continuación, detallaremos cada uno de dichos supuestos.

### **2.2.1. Discriminación**

Aunque los supuestos de despido nulo podrían reducirse a un tema de discriminación, he convenido respetar el tratamiento dado por la LPCL, refiriéndonos en el presente acápite al supuesto regulado por el inciso d) del artículo 29 de dicha norma; asimismo, ello se hace en función a que por más que el término “discriminación” haya sido estudiado ampliamente por la doctrina, el tratamiento respecto del mismo es incompleto y, por tanto, requiere de ciertas precisiones adicionales a los demás tipos de despido.

#### **2.2.1.1. Concepto**

De acuerdo con las regulaciones constitucionales de muchos países, uno de los mandatos más importantes es recoger el principio de igualdad ante la ley y no discriminación. En nuestro país, ello está regulado a través del numeral 2 del artículo 2 de nuestra Carta Magna<sup>25</sup>. De acuerdo con Arce (2006b), la presencia de estas

---

<sup>24</sup> Este inciso fue modificado recientemente, a través de lo dispuesto por el artículo Único de la Ley No. 31152, publicada el 01 abril 2021.

<sup>25</sup> “Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona. Toda persona tiene derecho: [...] 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

conductas “[...] resulta particularmente negativa para la vida social” (p. 134); por lo que, siguiendo a Fernández (citado en Blancas, 2006),

[...] la prohibición de discriminación «parte de la constatación de la existencia en la sociedad de grupos o colectivos de personas sistemáticamente marginados, ciudadanos con una posición secundaria respecto de aquellos que gozan o pueden gozar de plenitud de posiciones de ventaja, pese a al formal reconocimiento de su condición de «iguales» a éstos» (p. 305).

Al margen de entrar a las diferencias entre el principio de igualdad y el de no discriminación<sup>26</sup>, se tiene que

[...] el principio de no-discriminación pasa a configurarse, en el ámbito de la garantía constitucional de la igualdad, sólo como el perfil negativo de la misma [de la igualdad]. Razón por la cual, cualquier atentado perpetrado contra el principio de igualdad, cuya propia esencia rechaza toda desigualdad introducida entre sujetos iguales y carentes de una justificación objetiva y razonable, será considera discriminatorio (Arce, 2006b, pp. 134 - 135).

Así, la discriminación puede ser conceptualizada en los términos establecidos por el artículo 1 del Convenio No. 111 de la OIT<sup>27</sup>, los mismos que se indican a continuación:

A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación [...].

De acuerdo con esta definición, lo que cada Estado debe hacer es disponer de políticas dirigidas, según Toyama y Neyra (2016),

[...] a eliminar la existencia de cualquier tipo de discriminación, y solo en caso no se logre evitarlo porque resulte insostenible se realice un análisis objetivo de las razones de dicha diferenciación, siendo en algunos casos que ni siquiera las

---

<sup>26</sup> Si se desea profundizar entre la diferencia de estos principios, se puede consultar a Blancas (2006, p. 302). Asimismo, Arce (2006b, p.134).

<sup>27</sup> Ratificado por nuestro país el 10 de agosto de 1970.

razones objetivas podrán ser suficientes a efectos de admitir la derogación del principio de no discriminación (p. 240).

### **2.2.1.2. Tipos**

De acuerdo con la doctrina especializada, los tipos o clases de discriminación son los siguientes:

#### **a) Discriminación directa**

La discriminación directa es aquella que se configura cuando se adoptan medidas que contravienen abiertamente los listados de motivos inadmisibles que pueda recoger la normativa nacional y/o internacional. En palabras de Aguilera (2007), “La discriminación directa consiste pues en el hecho de tratar a una persona, que se encuentran en una situación comparable a otra, de forma menos favorable por reunir una de las características previstas en la ley” (p. 3).

A su vez, de acuerdo a lo indicado por Caamaño (2001), la discriminación directa puede dividirse en 2 tipos: abierta o encubierta. Se está frente a un caso de discriminación directa abierta cuando el motivo prohibido es el elemento explícito que origina un trato o condiciones laborales menos favorables para un trabajador, frente a otro que se encuentre en una situación laboral comparable.

Por otra parte, se está frente a un caso de discriminación directa oculta cuando la medida discriminatoria que afecta a un trabajador se vincula con ciertos atributos o cualidades personales que exclusivamente o en gran medida sólo pueden ser cubiertos por personas con una condición determinada (en detrimento de otras) (Caamaño, 2001). Siguiendo con el mencionado autor, a propósito de la discriminación por motivos de sexo, se afirma que

[...] la discriminación oculta no es sino el intento de evadir la prohibición de discriminación, vinculando la obtención o no obtención de beneficios o mejores condiciones laborales a cualidades o condiciones que son inseparables a un sexo determinado (por ejemplo, la mayor fuerza física o la maternidad), sin que sea determinante para configurar esta forma de discriminación la intención o ánimo de discriminar a cierto grupo de trabajadores (Caamaño, 2001, p. 71).

## b) Discriminación indirecta

Por su parte, la discriminación indirecta es aquella en la que, a través de una medida de apariencia neutra, se proyectan en efectos negativos hacia determinados colectivos. A nivel de legislación internacional, la *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*<sup>28</sup> (de la República Federal de Alemania), de acuerdo a la traducción realizada por Caamaño, define a este tipo de discriminación en los siguientes términos:

Hay una discriminación indirecta si disposiciones, criterios o procedimientos aparentemente neutrales pueden poner a ciertas personas, por una de las razones previstas en el §1, en desventaja particular respecto de otras personas, salvo que las disposiciones, criterios o procedimientos en cuestión estén objetivamente justificadas por una finalidad legítima y los medios elegidos para la realización de dicha finalidad sean adecuados y necesarios (Caamaño, 2001, p. 9).

Realizando una adaptación desde el concepto de la discriminación por motivos de sexo planteada por Caamaño (2001), a efectos de su aplicabilidad para todos los tipos de discriminación, podemos considerar que,

[...] se está frente a un caso de discriminación indirecta cuando una disposición o regla formulada neutralmente, esto es, sin referencia a un [motivo prohibido] determinado, en los hechos genera un trato esencialmente menos favorable para trabajadores de [dicha prohibición], sin que aquel trato menos favorable pueda explicarse por razones o circunstancias que no digan relación con una discriminación por [el motivo prohibido aludido] (p. 72).

De acuerdo con Arce (2006b),

[...] la distinción entre uno y otro tipo de discriminación viene dada por el momento de la realización del trato desfavorable. Mientras en el primer caso, de las discriminaciones directas, aquél ocurre cuando el agente lesivo toma en cuenta un factor diferencial prohibido para hacer una diferenciación; en el

---

<sup>28</sup> Traducida como Ley General de Igualdad de Trato.

segundo caso, de las discriminaciones indirectas, aquél se manifiesta recién en el resultado, en el punto de llegada (p. 143)

Lo que, a criterio de dicho autor, impregna a este tipo de discriminación de un elemento colectivo en cuanto a su aplicación, perjudicando a los individuos pertenecientes a alguno de los grupos de personas que se busca proteger.

### **2.2.1.3. Causales establecidas en el ordenamiento nacional**

Si bien de acuerdo con lo dispuesto por la Séptima Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29973<sup>29</sup>, los alcances de los supuestos de discriminación mencionados al interior del inciso d) del artículo 29 de la LPCL se amplían, al ejemplificar más supuestos, además de convertir la relación de causales en un *numerus apertus* (similar al numeral 2 del artículo 2 de la Carta Magna<sup>30</sup>), se tiene que el artículo 48 del RLFE restringe las conductas configuradoras del supuesto al indicar que “Se considera discriminatoria, para efectos de lo dispuesto por el inciso d) del Artículo 62 de la Ley [actual inciso d) del artículo 29 de la LPCL], una notoria desigualdad no sustentada en razones objetivas o el trato marcadamente diferenciado entre varios trabajadores”; lo que tendría como efecto dejar de lado aquellos hechos que no supongan una notoria desigualdad o cuando la diferencia de trato entre varios trabajadores no sea “marcada”.

Frente a ello, Toyama y Neyra (2016), concordando con Arce, indican que,

[...] si bien no existe una definición exacta a esta terminología, ni tampoco una escala de niveles que permita determinar cuándo es o no permisible un acto de diferenciación, cabe indicar que lo que busca el Estado es eliminar la existencia de cualquier tipo de discriminación, y solo en caso no se logre evitarlo porque resulte insostenible se realice un análisis objetivo de las razones de dicha diferenciación, siendo en algunos casos que ni siquiera las razones objetivas podrán ser suficientes a efectos de admitir la derogación del principio de no discriminación (p. 240).

---

<sup>29</sup> Publicada el 24 diciembre 2012.

<sup>30</sup> Englobando también a la disposición contenida en el artículo 6 de la Ley No. 26626, el legislador ha aumentado los motivos de discriminación al indicar que “*Es nulo el despido laboral cuando la causa es la discriminación por ser portador del VIH/SIDA*”.

Otra reflexión importante respecto de este tema es el tratamiento de los despidos realizados en casos de discriminación por el padecimiento del VIH/SIDA (supuesto que ahora está contenido en la regla general del inciso d) del artículo 29); pues dependiendo del grado de la enfermedad, puede ser posible que el trabajador despedido ya no esté en condiciones de realizar las funciones para las cuales ha sido contratado. A propósito de ello, nos adherimos a lo indicado por Arce (2006b), en el sentido que

[...] esta regla debe ser matizada en supuestos donde la enfermedad provoque que el trabajador «seropositivo» un cuadro de incapacidad profesional que impida el cumplimiento normal de sus labores habituales o en casos de centros de trabajo de «contagio riesgoso», más aún cuando no exista otro puesto para trasladar al enfermo (p. 147).

Otro tema importante en el presente acápite, es que existe el obstáculo de que la norma peruana exige que la discriminación practicada tenga por motivo los factores señalados en la misma, a fin de considerar el despido como nulo; pero, de ser ello así, ¿qué pasaría con las discriminaciones de tipo indirecto (en las cuales la lesión al derecho se produce no en la motivación, sino en los efectos o resultados de la aplicación de medidas neutras)? Neves (citado en Arce, 2012) indica que el acto que constituye una discriminación indirecta debería invalidarse por el órgano judicial encargado de conocer sobre él, pues los jueces

[...] atendiendo a los elementos configuradores de cada forma discriminatoria, deberá hacer prevalecer el mandato constitucional de que «Nadie puede ser discriminado». Aunque para ello y para corregir los desequilibrios que se producen en la vida socio-económica, tenga, en no pocas oportunidades, prescindir del elemento intencional o de una voluntad lesiva del agente (Arce, 2012, p. 145).

Finalmente, y estando relacionado tanto con el presente acápite como con el siguiente, no podemos dejar de mencionar que, a través de la Ley No. 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, se dispuso expresamente lo siguiente:

Artículo 6º.- Prohibición de despido y no renovación de contrato por motivos vinculados con la condición del embarazo o el período de lactancia.

[...]

Queda prohibido que la entidad empleadora despidan o no renueve el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en período de lactancia en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad.

#### **2.2.1.4. Estado de gestación como causa especial de discriminación**

Si bien la causal vinculada al estado al estado de gravidez (embarazo) podría estar inmersa en la discriminación por motivos de sexo, el legislador ha querido darle un énfasis excepcional, regulando este supuesto por separado de las causales de discriminación vistas en el numeral anterior, a través de la introducción de aspectos de tipo temporal y probatorio que veremos a continuación.

En cuanto al primero de estos aspectos, se tiene que el legislador ha querido extender la protección contra el despido nulo, a todo el tiempo del embarazo, además del nacimiento, sus consecuencias y la lactancia; abarcando un período amplio de tiempo en que el empleador esté impedido de terminar con el vínculo laboral (a menos que se trate de un despido por causa justa). Ello obedece a que la garantía temporal tiene por finalidad

[...] impedir que se ejerza algún tipo de discriminación contra las mujeres durante el embarazo, prohibiendo el trato desfavorable de aquellas, y evitando que sufran las consecuencias de carácter material o moral que la pérdida de su empleo podría suponer, tanto para ellas mismas como para sus hijos (Arce, 2006, p. 148).

No obstante, hay que indicar que -a juicio de quien realiza la presente investigación- el plazo de 90 días no debería interpretarse en forma literal para la aplicación de la protección contra el despido nulo, ya que, a través de la modificatoria del artículo 1 de la Ley No. 26644<sup>31</sup>, el plazo de la licencia pre y post natal aumentó de 90 a 98 días (los cuales pueden gozarse, de acuerdo con ciertos requisitos legales, en forma diferida); lo cual se origina por la ratificación del Convenio No. 183 de la OIT<sup>32</sup>, cuyo artículo 4 dispone lo siguiente:

---

<sup>31</sup> Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley No. 30792, publicada el 15 de junio de 2018.

<sup>32</sup> Nuestro país ratificó este Convenio el 09 de mayo del año 2016.

Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas [...].

Ahora, tampoco se quiere decir que la protección contra el despido sea sólo hasta de 98 días; sino que la misma debería activarse por todo el tiempo en que la madre trabajadora podría ser perjudicada en función de su estado de gestación, como durante el embarazo, parto y la lactancia. Toyama y Neyra (2016) concuerdan con ello al afirmar que,

[...] a través de diversos instrumentos internacionales, la situación de la trabajadora como madre gestante se encuentra respaldada en su periodo de gestación, durante el parto e inclusive en el periodo de lactancia; esto quiere decir que el Estado, además de proteger la situación de gravidez de la madre, extiende un periodo adicional de protección para evitar cualquier tipo de perjuicio que se pueda ocasionar a la trabajadora por su misma condición, por ello considera como plazo de protección hasta un año contado después del parto (p. 241).

Ello no hace otra cosa que ir en la línea de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 23 de la Constitución Política, que dispone que “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan” (Constitución Política del Perú, 1993, p.10); lo que ha sido plasmado por el Estado al interior de la Ley No. 30709 ya mencionada.

En consonancia con lo anterior y pasando al plano probatorio, se tiene que la carga de la prueba recaerá en el empleador, pues será éste quien tenga que probar la existencia de causa justa para despedir, de lo contrario se presumirá que el despido ha sido realizado en su condición de gestante o madre trabajadora (lo que concuerda con el mandato de especial protección establecido en el artículo 23 de la Constitución Política).

No obstante, y al igual que en el acápite anterior, somos de la opinión que no es saludable que la norma haya dispuesto que el despido deba tener como “motivo”, el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia; pues consideramos que -

concordando con el espíritu garantista impreso en el artículo 6 del Convenio 103 de la OIT<sup>33</sup>- la posición de Arce (2006b) es más adecuada, en el sentido de que “No hace falta, [...] probar la motivación discriminatoria, puesto que basta la ocurrencia del despido dentro del período de ausencia, para que este se declare un acto «ilegal»” (p. 150); siendo el mismo razonamiento podría aplicarse a las consecuencias del embarazo, nacimiento e, incluso a la lactancia.

Eso sí, consideramos que para que nos encontremos ante esta causal, “[...] no basta que la trabajadora se encuentre en estado de gestación, sino que además se comunique de forma previa y escrita al empleador” (Toyama & Neyra, 2016, p. 241); salvo que el estado de gravidez resulte evidente (de acuerdo con los criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la República<sup>34</sup>).

### **2.2.2. Libertad sindical**

La libertad sindical también es otra de las causales de despido que merece especial tutela, ya que “[...] constituye un requisito indispensable para que el individuo pueda aspirar a vivir conforme a su condición humana” (Arce, 2006b, p. 151). Así, la norma laboral peruana dispone de dos supuestos de protección:

#### **a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales**

Respecto de este supuesto, no es otra cosa que la materialización de la garantía del ejercicio del derecho de libertad sindical consagrado en el artículo 28 de la Constitución<sup>35</sup>; el mismo que tiene dos variantes, una individual y una colectiva, que son el afiliarse (o no) a un sindicato y, en general, a conformar organizaciones sindicales (lo que se conoce como derecho de sindicación); en consonancia con lo dispuesto por los artículos 11 del Convenio No. 87 y 1 del Convenio No. 98 de la OIT (respectivamente), que indican lo siguiente:

---

<sup>33</sup> No ratificado por nuestro país, pero que puede actuar como una recomendación.

<sup>34</sup> Casación Laboral No. 275-2005-LIMA.

<sup>35</sup> “Artículo 28.- Derechos colectivos del trabajador. Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga

El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical [...].”

## Artículo 11

Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación.

[...]

## Artículo 1

1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.
2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:  
[...];
  - (b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

Así lo manifiestan Toyama y Neyra (2016) al afirmar que “tanto la afiliación a un sindicato como la participación en actividades sindicales son supuestos que se encuentran comprendidos dentro del derecho a la libertad sindical, los mismos que están protegidos por la Constitución. Por ello, y al considerarse como un derecho esencial laboral se ha considerado como una causal de nulidad” (p. 237).

De esta forma, para la configuración del despido nulo regulado en el inciso a) del artículo 29 de la LPCL, ni siquiera es necesaria la existencia de organización sindical, ya que, como ya se dijo, “[...] desde el propio momento de la constitución de una organización sindical, los trabajadores actúan para organizarse y se organizan para actuar. Más aún, la libertad sindical se ejercita hasta cuando no hay sindicato, por ejemplo, mediante las labores proselitistas dirigidas a crearlo” (Villavicencio, 2010, p. 95).

No obstante, no hay que perder de vista el criterio establecido por la Corte Suprema de la República<sup>36</sup> que -además- dispone como requisito de la configuración de esta causal la licitud de la actividad sindical de la demanda en forma posterior a las actividades

---

<sup>36</sup> Casación Laboral No. 324-2003-LIMA

sindicales y el nexo causal entre la afiliación o el ejercicio de la actividad sindical y el despido, tal como lo explican Toyama y Neyra (2016), quienes afirman que,

[e]sto significa que la actividad sindical que realice el trabajador debería enmarcarse dentro de los márgenes de la legalidad, cuyo accionar se encuentre vinculado al despido, y que esto haya conllevado una posterior demanda judicial cuestionando la desvinculación. Siendo así, no basta que el trabajador se haya afiliado a un sindicato o participe en las actividades sindicales, sino que además se requiere otros medios probatorios para la configuración de esta causal de nulidad (p. 237).

**b) Ser candidato a representante de los trabajadores, o haber actuado en dicha calidad**

Con relación a este supuesto, hay que indicar que lo que se busca es dar una protección especial a determinados sujetos que, actuando o habiéndolo hecho en representación de los trabajadores, puedan ser despedidos por el empleador en función de ser los portavoces de las reclamaciones laborales de los trabajadores; diferenciándose del supuesto anterior en que

[...] esta se refiere a un aspecto de representación, como facultad de los trabajadores, además de su propia condición como tal para poder ejercer una actividad sindical. Esto significa que en este caso no se exige como requisito previo la constitución de un sindicato, pudiendo ejercerse inclusive de manera personal o como representante de los trabajadores (Toyama & Neyra, 2016, p. 237).

No obstante, de acuerdo con el artículo 46 del RLFE, dicha protección se ve restringida a partir de lo siguiente:

Artículo 46.- La nulidad del despido procede:

- a) Tratándose de candidatos a representantes de los trabajadores debidamente inscritos, desde los treinta (30) días anteriores a la realización del proceso electoral, hasta treinta (30) días después de concluido este;
- b) Tratándose de representantes de los trabajadores, hasta noventa (90) días después de haber cesado en el cargo.

En ambos casos, la protección alcanza sólo a quienes postulan, han sido elegidos o han cesado en cargos que gozan del fuero sindical, conforme a Ley.

De acuerdo con la norma reglamentaria, se tiene que existen dos tipos de restricciones: en primer lugar, una restricción de tipo temporal, mediante la cual se restringe el tiempo en que los dirigentes o candidatos a dirigentes pueden gozar de la protección contra el despido: 30 días antes y 30 días después para el caso de los candidatos y, en caso fueran elegidos, hasta 90 días después de cesar en el cargo.

En segundo término, esta protección se encuentra restringida sólo a quienes gozan de la protección del fuero sindical (segunda restricción); por lo que los candidatos o dirigentes elegidos sólo podrán serlo en función del cargo que ocupen; según el tipo de organización y grado de la misma; de acuerdo a lo indicado en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo No. 010-2003) y su Reglamento (Decreto Supremo No. 011-92-TR)<sup>37</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, no podemos dejar pasar las críticas a esta norma realizadas por Arce (2006b) y Blancas (2006), en el sentido que con la redacción nacional de la norma se estaría dejando fuera de la protección del despido nulo a aquellos dirigentes que no pertenecen a una organización sindical, como las “Comunidades Laborales” o, en general, para “[...] otros representantes de los trabajadores, no integrados en la estructura sindical [...]” (Blancas, 2006, p. 297), ya que -tal como se indicó en el primer párrafo del presente acápite- los representantes de los trabajadores son susceptibles de ser despedidos, por el sólo hecho de ser las personas por quienes se canalizan las reclamaciones de los trabajadores.

---

<sup>37</sup> Decreto Supremo No. 011-92-TR

“Artículo 12.- El fuero sindical a que hace referencia el Artículo 31 de la Ley, comprende: [...] (b) En sindicatos de primer grado hasta tres (03) dirigentes sindicales si el número de trabajadores a quienes representa no alcanza a cincuenta (50), adicionándose, uno (01) por cada cincuenta (50) trabajadores que sobrepasen dicho límite, sin exceder en ningún caso de doce (12); (b) En federación de dos (02) dirigentes sindicales por cada sindicato que agrupe y hasta un máximo de quince (15); (c) En confederación hasta dos (02) dirigentes sindicales por cada federación que agrupe y hasta un máximo de veinte (20); (d) A los dirigentes sindicales que representen a los trabajadores en la negociación colectiva hasta tres (03) meses después de culminada la misma. Artículo 13.- Los dirigentes amparados por el Fuero Sindical, en el caso de sindicatos de rama de actividad, gremio, oficios varios, federaciones y confederaciones no podrán ser más de uno (1) por empresa. Artículo 14.- La protección a que se refiere el inciso b) del segundo párrafo del Artículo 31o. de la Ley, alcanza a los titulares de la Junta Directiva o a quienes hagan sus veces, sin exceder los límites precisados en los Artículos 12 y 13 del presente Reglamento”.

Un ejemplo sería el caso de los representantes de los trabajadores ante el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo, quienes, en palabras de Toyama y Neyra (2016), deberían gozar de esta protección; ya que,

[...] si bien, este supuesto, podría entenderse que se encuentra referido únicamente al ámbito sindical, no necesariamente es así; toda vez que dentro de esta causal también se encuentran incluidos los representantes de los trabajadores ante el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo. Esto quiere decir que, aquellos trabajadores que democráticamente fueron elegidos por el resto de sus compañeros tampoco podrían ser despedidos por realizar dicha labor, encontrándose blindados por ejercer dicha representación [posición con la que coincidimos] (p.237).

### **2.2.3. Tutela judicial efectiva**

Respecto de este supuesto, se tiene que no es más que la materialización de la protección contra las represalias que pueda tomar el empleador frente al trabajador que presente una queja o reclamo de índole laboral ante las autoridades competentes. De esta forma, se constituye en la laborización de la protección del derecho al trabajo, en su fase de conservación, derivado del derecho al debido proceso regulado en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución Política<sup>38</sup>.

De acuerdo con Toyama y Neyra (2016),

[...] es facultad del trabajador interponer cualquier tipo de reclamo, ya sea ante instancias administrativas o judiciales, en aquellos casos que el empleador no cumpla con sus obligaciones legales afectando, de manera directa o indirecta, al trabajador. En este tipo de situaciones, y considerando que el trabajador está en su legítimo derecho de accionar, el empleador se encuentra impedido de efectuar como represalia el despido (p. 238).

---

<sup>38</sup> “Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

Es por ello por lo que esta causal es conocida en la doctrina como “despido-represalia”. Hay que indicar que esta causal deja fuera de su ámbito a la comisión de la falta grave regulada en el inciso f) del artículo 29 de la LPCL<sup>39</sup>, por lo que la norma busca excluir en forma expresa, el proceso judicial iniciado por aquel trabajador no despedido que se construya “[...] sobre la base de actos violentos, injuriosos o que traduzcan faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, [situación en la que] éste no podrá alegar como motivo prohibido el despido” (Arce, 2006b, pp. 161 - 162).

De esta forma, el trabajador que presente una queja, en sede judicial o administrativa, y que -como consecuencia de la misma- se vea perjudicado su derecho al trabajo (en la faceta de conservación), podrá impugnar su despido mediante el uso de esta figura; para lo cual deberá demostrar que el despido se debió a la presentación de la queja o reclamo ante las autoridades competentes, ya sea en sede judicial como en sede administrativa<sup>40</sup>; dejándose fuera a las quejas o reclamaciones planteadas ante el mismo empleador.

Por su parte, el artículo 47 del RLFE dispone una serie de restricciones, al indicar lo siguiente:

Artículo 47.- Se configura la nulidad del despido, en el caso previsto por el inciso a) del Artículo 62 de la Ley, si la queja o reclamo, ha sido planteado contra el empleador ante las Autoridades Administrativas o Judiciales competentes y se acredita que está precedido de actitudes o conductas del empleador que evidencien el propósito de impedir arbitrariamente reclamos de sus trabajadores.

La protección se extiende hasta tres meses de expedida la resolución consentida que cause estado o ejecutoriada que ponga fin al procedimiento.

No obstante, nos llama la atención las precisiones en cuanto a las actitudes previas del empleador, así como la mención de los tres meses del fallo que resuelve la queja o reclamo previo. En cuanto a la primera de estas limitaciones, consideramos que no es razonable que se exija de alguna actitud o conducta previa, pues podría ser que el caso del trabajador despedido por represalia sea el primero de este tipo (por lo que sería imposible buscar actitudes o conductas previas cuyo objetivo sea impedir reclamos); sin

---

<sup>39</sup> Actual inciso f) del artículo 25 de la LPCL.

<sup>40</sup> Poder Judicial, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo/ Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, etc.

perjuicio de que dichas actitudes o conductas sean imposibles de demostrar ante el juez. No obstante, según Toyama y Neyra (2016):

Ahora, si bien el Reglamento es un complemento a la LPCL, esta no debería crear nuevas situaciones que generen requisitos previos para su configuración. Es por ello que, y como lo veremos más adelante, en algunos casos la Corte Suprema ha hecho caso omiso a las citadas exigencias, considerando que no se puede generar una interpretación distinta a la establecida por LPCL; [posición que compartimos] (p. 239).

En cuanto a la segunda limitación, se tiene que si bien es fácil poner un límite de tiempo a la protección (al margen de que un plazo de 3 meses pueda parecerse arbitrario o no, es similar a los 90 posteriores al ejercicio de cargos sindicales regulados en el inciso b del artículo aquí tratado) en sede judicial, en sede administrativa es más complejo, pues en muchos casos no se tiene certeza acerca de la finalización del procedimiento; sobre todo cuando este finaliza en documentos en los que se exonera de responsabilidad al empleador<sup>41</sup>. De acuerdo con Arce (2006b), “[...] ante la inexistencia de un plazo expreso para el caso de quejas, cuyos efectos habrán de agotarse, usualmente en un solo acto, entendemos que debe aplicarse análogamente el período de tres meses” (p. 166).

De la misma forma, la Corte Suprema<sup>42</sup> ha fijado los criterios que deben tenerse en cuenta para la configuración de la nulidad de despido que tenga por motivo la presentación de una queja o reclamo contra el empleador, el mismo que (de acuerdo con el resumen realizado por Toyama y Neyra, 2016), son los siguientes:

(a) Que el trabajador haya presentado una queja o participado en un proceso contra el empleador en defensa de sus derechos reconocidos por ley, y no con ánimo de obtener un medio de prueba para defenderse frente a un posible despido por causa justa. (b) Que el acto del despido se produzca con posterioridad a la formulación de la queja por parte del trabajador y dentro de un plazo tan cercano que produzca convicción en el juzgador que el móvil por el cual se dio término al vínculo laboral es la represalia por el reclamo formulado.

---

<sup>41</sup> Un ejemplo de ello es el Informe de Actuaciones Inspectivas, mediante el cual la Autoridad Administrativa de Trabajo resuelve no hallar responsabilidad en el empleador, sin que este documento sea notificado a las partes.

<sup>42</sup> Casación Laboral No. 1363-2005-LIMA

(c) Que el empleador no haya motivado expresamente su decisión de despedir al trabajador (p. 238).

En cuanto al primero de los criterios, consideramos que es obvio del propósito que se desprende de la norma, pues -de la redacción del inciso c) del artículo 29 de la LPCL- es claro el propósito de excluir de la causal de despido por falta justa a la injuria, al grave faltamiento de palabra oral o escrita, etc. El segundo criterio es de orden casuístico y dependerá de cada caso ver las circunstancias del paso del tiempo entre la interposición de la queja o reclamo y el despido; en dicho sentido, se exige cierta “inmediatez” (por llamarlo de alguna manera) entre la queja o reclamo y la lesión del derecho fundamental protegido.

Pero sin duda, el criterio más importante (a nuestro juicio) es el tercero, no sólo porque la cuestión probatoria dentro de un despido nulo suele ser compleja, recayendo casi siempre en el rabajador (con la excepción del inciso e) del artículo 29 de la LPCL), sino porque la parte inicial de la redacción de dicho artículo nos indica que el despido tiene que tener por “motivo” (haciendo alusión al origen de la conducta y no al resultado) el atentado contra algún derecho fundamental. En este caso, la Suprema ha hecho bien al asumir que, ante la falta de motivación expresa, el despido se tenga por nulo; pues de lo contrario, podría llegarse al absurdo de declarar infundadas las demandas en las que se alegue esta causal en los que, habiendo la relación directa entre queja o reclamo y despido, e incluso habiendo actitudes previas de impedir reclamos de los trabajadores en forma arbitraria, se trate de despidos desprovistos de motivación (o aquellos en los que se pone cualquier motivo, a fin de darle a la medida la apariencia de veracidad).

#### **2.2.4. El caso de los denominados derechos inespecíficos**

Sin perjuicio de lo anterior, se tiene que las causales reconocidas al interior de la LPCL no agotan los derechos fundamentales que pueden ser vulnerados al interior de la relación de trabajo, pues debemos indicar -como es lógico- que al interior de toda relación de trabajo existe una interacción entre los sujetos laborales susceptible de ser afectada en todo sentido.

Es aquí en donde, a propósito de la eficacia de los derechos fundamentales *inter privados* y del surgimiento de los fenómenos de la constitucionalización de los derechos laborales y la laboralización de los derechos fundamentales (tocados en el punto 1.3 del

presente capítulo) en donde aparecen los denominados derechos laborales inespecíficos.

Para tocar este tema, lo primero que debemos de saber es a qué se llaman derechos laborales. La primera respuesta que podría darse es que los derechos inespecíficos con aquellos derechos que no son específicos; tal como indicó Efrén Córdova (citado en Pasco, 2012), con ocasión del XI Congreso Internacional de la SIDTSS (Caracas, 1985). En concordancia con ello, Pasco (2012) afirma estos derechos no tratan de categorías enfrentadas o excluyentes, sino que se complementan entre sí, al no contraponerse entre ellos.

Así, los derechos específicos (específicos de las relaciones de trabajo) son aquellos que sólo pueden ejercerse dentro de una relación de trabajo, pues están circunscritos a la protección de la figura del trabajador de los excesos del poder empresarial, al que se ve sometido en virtud de la subordinación. El ejemplo por excelencia de esta clase de derechos es la libertad sindical; pues las acciones dirigidas al ejercicio de este derecho no podrían ejecutarse fuera del ámbito de una relación laboral.

De acuerdo con Pasco (2012),

[...] los grandes instrumentos internacionales en materia, sobre todo, de derechos humanos, cuanto las constituciones nacionales y las respectivas legislaciones suelen contener, y cada vez más asiduamente, un elenco nutrido de derechos laborales, reconocidos y expresados como tales; derechos como la limitación de la jornada de trabajo, el descanso diario, semanal y anual, la remuneración mínima, la protección contra el despido arbitrario y, naturalmente, los derechos colectivos: libertad sindical, negociación colectiva, huelga; [concluyendo que] todos ellos corresponden a los trabajadores (y solo a ellos) en su calidad de tales, vale decir, por ser trabajadores (Pasco, 2012, p. 13).

Con relación a los derechos inespecíficos, debemos indicar que, el hecho de que el trabajador se encuentre sometido a una relación de trabajo (cuya principal característica es la subordinación), no convierte al contrato de trabajo en un marco o muralla infranqueable en el cual los derechos fundamentales (como aquellos a los que no hemos referido en el presente capítulo) puedan quedar de lado, con el pretexto de la autonomía contractual. Así, en palabras de Colmenares (2011):

Los derechos laborales inespecíficos están altamente vinculados con los derechos humanos, cuyo titular en este caso será el trabajador; estos derechos laborales inespecíficos están contenidos en los ordenamientos jurídicos internos de cada país, especialmente en la Constitución, bajo la figura de derechos fundamentales; éstos son inherentes a todas las personas y deben ser respetados en el ejercicio de todas sus actividades. Estos derechos inespecíficos tienen como principal característica que pueden ser ejercidos por todas las personas (así también por los trabajadores). Se les categoriza como inespecíficos laborales, porque no se encuentran especificados en los ordenamientos jurídicos laborales y son normas tan subjetivas e inherentes a la persona en sí misma, que la rigen en todos los actos de su vida sin necesidad de que para su efectividad se encuentre categorizadas en los ordenamientos jurídicos de cada rama en especial (pp. 66 - 67).

Para Pasco (2012), existen

[...] otros derechos constitucionales de carácter general, y no específicamente laborales, [que] pueden igualmente ser ejercitados por y entre los sujetos de las relaciones de trabajo. Son derechos de carácter general, atribuidos a todos los ciudadanos y que son ejercitados por ellos dentro de una relación laboral. Son ciudadanos que, al mismo tiempo y naturalmente son trabajadores y, por lo tanto, esos derechos que en su origen no son estrictamente laborales se convierten en derechos laborales por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se ejercen. Son «derechos del ciudadano trabajador, a fin de cuentas, que ejercita como trabajador ciudadano» (p. 21).

Es por ello que, según indica Colmenares (2011),

[...] los derechos inespecíficos laborales están definidos como otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales, que pueden ser ejercidos por todas las personas, y también por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores en particular) en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laboral sobrevenida. Se produce una impregnación laboral de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su ejercicio por trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo (p. 69).

En conclusión, según Uriarte (citado en Pasco, 2012),

[...] como alguna vez bien dijo Romagnoli, al ingresar a la fábrica, el trabajador no deja colgados en la reja, junto a su gorra, los derechos humanos de que es titular, ni los guarda en el ropero del vestuario, junto a su abrigo, para retomarlos al fin de la jornada (p. 22).

Es por ello que el Tribunal Constitucional español sentenció que “[...] la celebración de un contrato «no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano» (SSTC 120/1983, 88/1985)” (Goñi, 2014, p. 6).

Volviendo a lo indicado por Pasco (2012), es por este motivo por el que los ordenamientos nacionales contienen algunas declaraciones, como es el caso de nuestra Constitución Política, que en su artículo 23, indica que “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador” (p. 21). De acuerdo con ello, “Es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador, en todo momento: al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral” (Expediente No.1124-2001-AA/TC, 2001)<sup>43</sup>.

Al preguntarnos cuáles son estos derechos inespecíficos cuya titularidad también puede ejercerse al interior de una relación laboral, se podría responder, recogiendo algunos de los ejemplos explicados por Palomeque, quien -citado por Sagardoy (y éste, a su vez, citado en Pasco)- identifica dentro de la Constitución española, a los que agrega algunos derechos propuestos por Blancas (Pasco, 2012). Para efectos del presente estudio, hemos realizado una adaptación de los mismos, de acuerdo con el articulado de nuestra Carta Magna.

De acuerdo con ello, algunos de estos derechos inespecíficos son los siguientes:

- A la libertad de conciencia y de religión (art. 2, num. 3)
- A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento (art. 2, num. 4).

---

<sup>43</sup> Fundamento 7 de la sentencia recaída en el Expediente No. 1124-2001-AA/TC.

- Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias (art. 2, num. 7).
- Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados (art. 2, num. 10).
- A no ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley (art. 2, num. 24, inc. d).
- Integridad psíquica y moral (art. 2, num. 24, inc. h).
- Educación para la vida y el trabajo (art. 14).
- Igualdad de oportunidades sin discriminación (art. 26, num. 1).
- La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (art. 139, num. 3).



## CAPÍTULO III

### PRINCIPALES DESAFÍOS EN TORNO A LA AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA

Luego de haber realizado el análisis sobre el período de prueba y los derechos fundamentales, partiendo desde el punto de vista doctrinario y terminando con lo indicado en la legislación respecto a cada uno de estos puntos, en el presente capítulo analizaremos cómo pueden afectarse los derechos fundamentales al interior de las relaciones de trabajo que se encuentren en el período de prueba; así como comprobaremos la validez de nuestra postura inicial.

#### 3.1. El despido como principal manifestación de la afectación de derechos fundamentales durante el período de prueba

De acuerdo con lo ya visto, los derechos fundamentales pueden ser afectados en cualquier situación, sea o no laboral y que, circunscribiéndonos a la relación de trabajo, dicha afectación podría darse en cualquier momento de ésta, ya sea al inicio como a lo largo de la vigencia del contrato de trabajo.

No obstante, a diferencia del resto de la relación de trabajo, en que es más probable que el empleador realice afectaciones a los derechos fundamentales del trabajador sin, necesariamente, extinguir la relación como consecuencia de las mismas (por ejemplo, mediante algún acto de hostilidad, o transgrediendo alguno de los derechos inespecíficos, etc.); dentro del período de prueba, en vista de que no se tiene la protección contra el despido arbitrario<sup>44</sup>, las afectaciones a los derechos fundamentales que pudieran realizarse se manifestarán (sobre todo) mediante el despido, pues no hay mayor forma de afectar los derechos fundamentales del trabajador que extinguiendo la relación laboral.

Así las cosas, tal como ya se ha visto (y comprobaremos más adelante), la legislación no se ha preocupado por resaltar ello, regulando el período de prueba desde una perspectiva netamente empresarial (al indicar la desventaja en la que se encuentra el

---

<sup>44</sup> “El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario”

trabajador hasta alcanzar la protección contra el despido arbitrario<sup>45</sup>, sin expresar que también el trabajador podría dar por terminada la relación de trabajo); lo que ha llevado a suponer que el período de prueba es un espacio en el cual el empresario puede ejercer la facultad de poner fin a la relación de trabajo no sólo sin ninguna motivación, sino también bajo ningún tipo de límite a su actuación (despido *ad nutum*).

No obstante, se debe tener en cuenta que, de acuerdo con lo expresado por el artículo 23 de la Constitución, “*Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador*”; por lo que, dentro de período de prueba, los derechos fundamentales (al igual que en cualquier situación a lo largo de la vida del ser humano) tienen plenos efectos.

Así lo afirma Pacheco-Zerga (2008), al indicar que

[...] conviene resaltar que si bien la extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba es incausado, es decir, no es necesario alegar causa alguna, el desistimiento no puede ejercitarse nunca en contra de un derecho fundamental, como es el de la igualdad u otros derechos fundamentales [...] Y, a mayor abundamiento, el TC ha recordado en diversos pronunciamientos que los actos arbitrarios en los que no se aprecie el principio de razonabilidad, implícitamente derivado del principio de igualdad, y expresamente formulado en el art. 200 de la Constitución no pueden ser amparados por el Ordenamiento. El principio-derecho a la igualdad debe respetarse en todas las etapas de la relación jurídico-laboral, también durante el período de prueba (p. 8).

De acuerdo con ello, Asquerino (2015) afirma lo siguiente:

[...] la extinción contractual que se promueve estando viva la prueba no ha de obedecer a ningún motivo o causa jurídicamente relevante, a diferencia de lo que ocurre cuando el fin del contrato se produce en otros estadios de la relación laboral. Esta aseveración se traduce en la práctica en que toda extinción durante la prueba se presume (como veremos, presunción *iuris tantum*) que es lícita (p. 324).

---

<sup>45</sup> Artículo 10 de la LPCL.

Es así que, si bien los despidos realizados dentro del período de prueba podrían reputarse, en principio, como válidos, los derechos fundamentales se constituyen en una muralla, en un límite infranqueable a la actuación del empleador durante toda la relación de trabajo. Sin embargo, no debe perderse de vista que no todos los derechos fundamentales reciben la misma protección al interior del ordenamiento nacional, pues como ya se ha visto en el capítulo anterior, sólo algunos derechos constitucionales son tutelados de tal forma que sólo admiten la tutela reparatoria perfecta (reposición), mientras que para otros supuestos (al margen de lo indicado por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia), la tutela será más bien resarcitoria.

### **3.2. Extinción de la relación laboral durante el período de prueba: despido libre versus causalización del despido**

De acuerdo con lo que se ha expresado en los párrafos precedentes, los derechos fundamentales son transversales a toda la relación de trabajo; por lo tanto, constituyen principios indisponibles que deben observar las partes (sobre todo el empleador) en cualquier relación de trabajo. En función a ello y a criterio del autor, los despidos realizados en contravención a los derechos fundamentales deberían encontrarse proscritos en cualquier ordenamiento, así como en cualquier etapa de la relación laboral.

No obstante, consideramos que, a efectos de afianzar nuestra posición, tenemos que referirnos a la teoría que aboga por la causalización del despido durante el período de prueba. De acuerdo por quienes defienden dicha posición, el despido durante el período de prueba sólo podría darse en el supuesto de que el trabajador no supere la evaluación practicada por el empleador a lo largo de esta etapa, la misma que deberá estar circunscrita a las habilidades técnicas y personales del trabajador inherentes al puesto de trabajo que ocupa.

#### **3.2.1. Sustento de la teoría de la causalización del despido durante el período de prueba**

Esta teoría es sustentada a partir de lo indicado por Martín Valverde, quien afirma (partiendo del tema de la satisfacción de intereses, de la que tratamos en el capítulo I de la presente investigación) que, según Martín (1976),

[...] si el interés empresarial en el período de prueba sólo puede ser atendido mediante una discrecionalidad total en la valoración de la idoneidad del

trabajador, habrá que estar, una vez reconocida la licitud de la institución, a la no causalidad del despido en la fase probatoria; en cambio, sí cabe algún tipo de control de fondo sobre dicha valoración que no desvirtúe las exigencias del instituto, la solución adecuada sería la contraria (pp. 275-276).

Como resultado de este análisis, se afirma lo siguiente:

[...] 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 no resultaría efectiva la protección antidiscriminatoria en el momento del ingreso a la empresa, si se deja abierta la brecha del despido per arbitrium merum a lo largo de la fase probatoria (Martín, 1976, pp. 276-277).

Obligación que está presente dentro del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores<sup>46</sup> (ET) de España.

Siguiendo esta línea de ideas, Romeral (citado en Aparicio Aldana, 2016) afirma que

[...] la «finalidad tradicional» del periodo de prueba, como la llama el Tribunal, 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, ello porque, obviamente, cuando una empresa contrata a un trabajador desconoce cómo se desempeñará efectivamente dentro del puesto de trabajo, por lo que resulta necesario evaluar sus aptitudes profesionales fácticamente. Por ello, de comprobar su ineptitud para las labores asignadas, el empleador se encontrará habilitado legalmente para desistir de la relación laboral por no tener el trabajador contratado las cualidades necesarias para el adecuado desempeño de sus funciones (p. 149).

---

<sup>46</sup> Estatuto de los Trabajadores

“Artículo 14. Período de prueba. –1. Podrá concertarse por escrito un período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. En defecto de pacto en convenio, la duración del período de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de 25 trabajadores el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados. El empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba [...]” (subrayado nuestro).

Así, de acuerdo con Gallego (2015),

[...] las causas de extinción del contrato de trabajo durante y con ocasión del período de prueba por voluntad unilateral del empresario deben analizarse a la luz de la interpretación del TC, los Convenios OIT y las directivas comunitarias sobre no discriminación en el acceso al empleo, atendiendo, asimismo, al fundamento y finalidad del mismo en relación con el deber de experimento impuesto a ambas partes por el art. 14 ET, de manera que las fronteras del acto extintivo se encuentran, por una parte, en los límites que impone el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, y por otro, en las exigencias derivadas de la legalidad ordinaria (p. 370).

A partir de esta posición doctrinal se ha llegado a afirmar que el ejercicio de la potestad del empleador de extinguir la relación de trabajo sólo puede ser realizada cuando se cumpla con la realización de las experiencias objeto de la prueba, las mismas que tendrían que ser medidas (y cuyo resultado tendría que ser desfavorable al trabajador); de acuerdo con las aptitudes personales y profesionales necesarias para ejercer determinado puesto de trabajo. De esta forma, la extinción de la relación de trabajo llevada a cabo al margen del cumplimiento de estas directrices no debería ser amparada por el ordenamiento.

De acuerdo con estas ideas, una reciente investigación reafirma la aplicación de la causalización del despido en el período de prueba; llegando incluso a proponer, según Mas (2018),

[...] 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 (p. 113).

Con la incorporación de un formato de evaluación a ser enviado al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, “[...] con el listado de todos los trabajadores que fueron evaluados en el mes y los resultados obtenidos” (Mas, 2018, p. 116)<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Para más información, consultar MAS, Alexander: El periodo de prueba en el derecho laboral peruano: alcances, límites y consecuencias de su aplicación irregular. Tesis para optar por el grado académico de Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018.

Con relación a la postura del autor ya mencionado, la causalización del período de prueba se apoyaría en los siguientes elementos:

- Una posición doctrinaria que desarrolla dicha teoría.
- La nueva tipología del despido desarrollada por el TC
- Algunos atisbos mostrados por la jurisprudencia nacional
- El plano de la realidad

Por mi parte, discrepo de las conclusiones del mencionado estudio, por las razones que pasaré a exponer a continuación.

### **3.2.2. Argumentos en contra de la causalización del despido durante el período de prueba**

En mi opinión, la teoría de la causalización del despido durante el período de prueba no cumple con el objeto de explicar el motivo de la existencia de la etapa inicial del contrato de trabajo, además de quitarle su esencia (su razón de ser). A continuación, detallaré los aspectos doctrinales, legales (teniendo en cuenta las categorías de despido) y prácticos en contra del despido causalizado y por bajo rendimiento.

#### **3.2.2.1. Aspectos doctrinales**

De acuerdo con una de las principales posiciones sobre las cuales se sustenta la tesis de la causalización del despido durante el período de prueba (tomando en cuenta lo ya explicado a propósito del fundamento jurídico del período de prueba<sup>48</sup>), el objetivo de la prueba será la comprobación de la idoneidad de la contraparte (en especial, la idoneidad del trabajador) para cumplir las funciones para las cuales ha sido contratado; estando las partes obligadas a realizar las experiencias dirigidas a dicho fin.

No obstante, si bien el realizar las experiencias de la prueba (constatar las aptitudes técnicas de la contraparte en el terreno) es uno de los fines de la etapa inicial de la relación laboral, somos de la posición que dicha constatación no siempre será posible de realizar, debido a que -tal como ya se indicó (a propósito del primer capítulo de la presente tesis)- a pesar del desarrollo de modernas técnicas de reclutamiento y

---

<sup>48</sup> Numeral 3.1 del Capítulo I de la presente investigación.

selección de personal, no siempre es posible detectar las habilidades del trabajador antes del comienzo de la relación (en las etapas de reclutamiento y selección); por lo que será en el terreno de la propia prestación del servicio en que se verá si el trabajador tiene las habilidades técnicas y personales necesarias requeridas para ejercer el puesto para el cual ha sido contratado.

Ello, porque o bien el empresario no podría tener la proximidad suficiente a un trabajador de entre un grupo de cientos o miles, o si -aún teniéndola- el trabajador podría tratar de ocultar o disimular ciertos defectos -ya sea en cuanto a cualidades personales inherentes a la posición que ocupa (liderazgo, orientación a resultados, etc.) o a aquellas inherentes a cualquier puesto de labores (responsabilidad, adaptación, etc.)-, las mismas que podrían salir a relucir durante en cualquier momento del período de prueba. Respecto al tiempo de duración de la prueba, nos reiteramos en el análisis realizado en los puntos 5.4.1 y 5.4.2 del Capítulo I de la presente investigación; en el sentido que la duración de esta etapa de la relación laboral debería ser fijada de acuerdo a las necesidades del servicio, acuerdo entre las partes, tipo de contrato, etc.; siendo que el plazo de tres meses debería ser sólo un tope en la generalidad de casos (es decir, para aquellos trabajadores que no ocupen posiciones calificadas como de confianza o de dirección).

Además de los motivos ya mencionados, no debemos olvidar que el trabajador también tendría que practicar las experiencias objeto del período de prueba (la expectativa de este no se agotará sólo con la percepción de la remuneración), teniendo que evaluar aspectos como el ambiente laboral, la disposición de herramientas adecuadas para llevar a cabo las labores para las cuales ha sido contratado, el carácter del superior inmediato, etc. (pues la obligación de “practicar las experiencias” es para ambas partes y no sólo para el empleador).

En esta línea de ideas, debe tenerse en cuenta que, a diferencia de la normativa española (que obliga, tanto al empleador, como al trabajador, a practicar las experiencias de la prueba), en la legislación nacional no existe la “obligación” de las partes de hacer tal constatación, pues el artículo 10 de la LPCL sólo nos indica que “El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario”; por lo que si bien el practicar las experiencias de la prueba es una finalidad deseable durante la etapa inicial del contrato de trabajo, a la luz de lo indicado la legislación nacional, no existe la exigencia de que las partes tengan que practicar las mismas (y menos aún, de probar dicha práctica). Por ello,

estamos en contra de querer aplicar una doctrina basada en obligaciones que nuestra legislación no recoge.

Asimismo, no todos los empleadores están en la posibilidad de realizar las constataciones exigidas por normativa como la española en forma real, ya que (tal como veremos más adelante) la plasmación de realización de estas experiencias sólo será posible en el caso de la gran empresa (incluida las actividades realizadas por las entidades del Estado), siendo que la mayor parte de los empleadores de nuestro país suele estar en empresas de pequeña escala (contando a las MYPES<sup>49</sup>), que no se pueden permitir si quiera tener un área de Recursos Humanos, menos aún contar con sistema de evaluación del desempeño de sus trabajadores que permita sustentar la práctica de las experiencias de la prueba.

Adicionalmente, se tiene que el hecho de que no seamos partidarios de la causalización del despido durante el período de prueba no significa que se acepte que dentro de la etapa inicial del contrato de trabajo exista la figura del despido ad nutum, sino que se supone que el motivo por el cual se realiza el despido “[...] con una especie de presunción implícita, según la cual toda extinción producida durante esta fase inicial del contrato obedece a una causa legítima, la constatación de la ineptitud del trabajador” (Aparicio, 2016, p. 149).

Seguidamente, la autora afirma lo siguiente:

De ahí que no haya conflicto entre el derecho fundamental al trabajo y el ejercicio del periodo de prueba, pues tal tiene su fundamento en el ejercicio adecuado de la prestación por parte del trabajador y, por ende, si el trabajador puede probar que son otras las causas que originan la extinción de la relación laboral, como la discriminación, por ejemplo, se encuentra legitimado para acudir al órgano jurisdiccional alegando que se ha utilizado la figura del periodo de prueba para encubrir un despido nulo [...] (Aparicio, 2016, p. 149).

Con ello “[...] no podemos ignorar que determinadas coyunturas han de ser protegidas por encima de estas posibilidades de desistimiento libre que concede el artículo 14 del Estatuto. Los supuestos de hecho dignos de tutela son todos aquellos que afecten a los

---

<sup>49</sup> Micro y Pequeña Empresa.

derechos fundamentales de la persona o constituyan abuso de derecho o fraude de ley” (Asquerino, 2015, p. 324)<sup>50</sup>.

Del mismo parecer es Gallego (2015), al mencionar que

[a]sí, el hecho de que la resolución contractual durante el período de prueba no reclame una exigencia causal, al contemplarse como intrascendente su motivación, no excluye el eventual carácter ilícito de aquella decisión, aún en este ámbito de cualificada libertad, si viene a dar cobijo a una decisión discriminatoria [...] [o atentatoria contra determinados derechos fundamentales] (p. 369).

### **3.2.2.2. Aspectos legales: categorías de despido**

Otro de los fundamentos para apartarnos de la teoría de causalización del despido durante el período de prueba son los cambios en la tipología del despido, a partir de lo indicado en la LPCL y la modificación de la noción de despido arbitrario esbozada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Para comenzar, hay que indicar que de acuerdo al segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL, “Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38º, como única reparación por el daño sufrido”; lo que significaba que si el despido se efectuaba sin causa o si la misma no podía probarse en juicio, la indemnización era la única reparación por el daño sufrido (tutela resarcitoria).

Dichas categorías fueron modificadas por el Tribunal Constitucional (TC) a partir de la jurisprudencia, fundamentalmente en los fallos de las sentencias recaídas en el caso Telefónica<sup>51</sup> y Eusebio Llanos Huasco<sup>52</sup>, mediante el cual -a partir de la interpretación realizada por el TC de los artículos 22 y siguientes de la Constitución sobre el derecho al trabajo, señalando que éste tiene dos vertientes: el derecho a acceder a un empleo; y, el derecho a no ser despedido, sino por causa justa.

---

<sup>50</sup> Lo que va de acuerdo con lo indicado por esta autora en el numeral 1 del Capítulo III de la presente investigación.

<sup>51</sup> Expediente No. 1124-2001-AA/TC.

<sup>52</sup> Expediente No. 976-2001-AA/TC.

A partir de estas consideraciones, se crean las categorías de despido incausado y despido fraudulento, como una forma de obtener una tutela restitutoria mediante el inicio de procesos de amparo (cuando el amparo era alternativo y no residual, como lo es al día de hoy<sup>53</sup>); y que ha evolucionado hasta nuestros días a través de su tramitación ante el juez ordinario<sup>54</sup>; reservando la categoría de despidos arbitrarios, sólo a aquellos cuya causa no logra ser probada en juicio. De esta manera, “[...] el Tribunal Constitucional estima que la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27° de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso” (Expediente No. 976-2001-AA/TC, 2001, p.16)<sup>55</sup>.

Dicho ello, nos toca indicar el por qué consideramos que la modificación de la tipología del despido en el Perú a través de la jurisprudencia no refuerza la tesis de la causalización del despido durante el período de prueba, refiriéndonos a cada una de las categorías creadas.

En cuanto al despido fraudulento, que es aquel en el que

[s]e despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede 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, [...]; o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad [...] o mediante la fabricación de pruebas<sup>56</sup>.

Consideramos que no puede ser objeto de amparo durante el período de prueba, ya que -al margen de que el período de prueba no ofrece protección frente al despido arbitrario (no habiéndose producido una modificación legislativa a fin de prevenir el despido fraudulento durante la etapa inicial del contrato de trabajo)- es fácticamente imposible de que se produzca la afectación del derecho al trabajo mediante la aplicación de este

---

<sup>53</sup> Expediente No. 0206-2005-PA/TC.

<sup>54</sup> A partir del I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral (año 2012), se dispuso que la procedencia de la pretensión de reposición por despido incausado y despido fraudulento en la vía ordinaria laboral.

<sup>55</sup> Expediente No. 976-2001-AA/TC (Fundamento 16).

<sup>56</sup> Expediente No. 976-2001-AA/TC (Fundamento 15).

tipo de despido, ya que durante el período de prueba, el empleador no tendrá ninguna necesidad de imputar una causa (ya sea una inexistente, o basada en algún hecho imaginario, ni mediante la fabricación de alguna prueba, etc.), porque durante el período de prueba, basta con la manifestación de la voluntad empresarial de poner fin al contrato de trabajo, para que éste quede automáticamente extinguido.

Es por ello y siendo que el despido fraudulento no sería otra cosa más que una especie de “disfraz” para un despido incausado, la discusión respecto de este punto se reduciría a la protección que debería tener el despido incausado durante el período de prueba; para lo cual, desde el presente estudio, la respuesta sería la misma, ya que el pretender causalizar el despido durante el período de prueba o, poniéndolo en otros términos, castigar con la nulidad los despidos incausados durante el período de prueba mediante la nulidad del acto extintivo, sería equiparar la fase inicial de la relación de trabajo (período de prueba) con el resto del contrato (en donde las limitaciones a la extinción ejercen todos sus efectos).

Ello es así porque, en primer término, las disposiciones emitidas por el TC, que reconfiguran el despido arbitrario (restringiendo la tutela reparatoria a aquel cuya causa no pueda probarse en juicio; separando dicho tipo de despido de los denominados incausado y fraudulento, cuya tutela es restitutoria) son disposiciones pensadas para lo largo de la relación de trabajo y no para el período de prueba; tal es así que -de acuerdo a lo investigado por el autor de la presente tesis- ningún fallo jurisprudencial emitido después de la reconfiguración del esquema del despido en el Perú, se ha pronunciado en dicho extremo (más aún cuando, a partir de lo indicado por el del I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral, dichos despidos se tramitan en la vía ordinaria).

Asimismo, en tanto y en cuanto (como ya se explicó a propósito del primer capítulo de la esta tesis), dentro de la justificación de la existencia del período de prueba, se encuentran la verificación de cualidades (sobre todo aquellas ajenas al ámbito profesional) y la satisfacción de intereses que se tienen que realizar dentro de la etapa inicial de la relación de trabajo, consideramos que la causalización del despido durante el período de prueba no sería viable, puesto que iría en contra de la naturaleza de la prueba, pues si el empresario está obligado a causalizar su decisión de extinguir el contrato de trabajo, no habría diferencia entre el período de prueba y el resto de la relación de trabajo. Es por ello que, según Asquerino (2015):

[...] el derecho a la libertad de empresa consagrado constitucionalmente [en el artículo 59 de nuestra Constitución Política] le gana la partida al derecho fundamental al trabajo que queda relegado durante la prueba a un segundo plano, para surgir una vez finaliza esta con toda su fuerza y esplendor (pp. 65-66).

Lo cual está en concordancia con lo dispuesto por el literal b del artículo 2 del Convenio 158 de la OIT.

Ante ello, podría alegarse como alternativa que el empleador tendría que señalar cuál es la causa del despido, aunque sin desarrollarla (como en el procedimiento de despido ordinario dispuesto por el artículo 31 de la LPCL), indicando que, de esta forma, se establecería sólo una obligación “parcial” en cuanto a nombrar la causa, pero sin llegarla a sustentar como se hace a través de un preaviso. Frente a esta opción, somos de la opinión que, de acuerdo con el texto del artículo 10 de la LPCL, no existe tal obligación, ni siquiera en la forma “parcial” de sólo indicar la causa (al margen de si se desarrolla o no), por lo que, tal como indica Gallego (2015):

[...] la protección específica contra el despido no surge sino hasta que se supera el citado período de prueba, encontrándonos, durante el inicio de la relación laboral, ante una suerte de “despido” que puede denominarse “libre”, al no exigir la norma [en este caso, la norma peruana] que concurra una causa concreta para desistir (pp. 368-369).

De la misma forma, en el supuesto negado que se quisiera aplicar dicha exigencia en forma parcial (tal como se indica en el párrafo anterior), consideramos causaría los mismos efectos que una la causalización completa, puesto que se debería tener el sustento de la decisión en caso el trabajador decida cuestionar la extinción del vínculo. Sin perjuicio de lo anterior, de aplicarse ello en los términos mencionados se podría llegar al extremo de que los empleadores, con tal de tener una causal, tiendan a “inventar” una serie de justificaciones que sólo sirvan para dar cumplimiento a este criterio (que, como ya se ha indicado, no es parte de la norma positiva); amparándose (sobre todo y a nuestro criterio) en el incumplimiento de cualidades personales (liderazgo, empatía, orientación a resultados, etc.), que son de índole subjetivo y más difíciles de desvirtuar al interior de un proceso judicial, pues no olvidemos que, en las

demandas de nulidad de despido (salvo lo dispuesto por el inciso e) del artículo 29 de la LPCL), será el trabajador el que tenga que demostrar el motivo de nulidad invocado<sup>57</sup>.

No obstante, no hay que perder de vista lo mencionado por Asquerino (2015):

La libertad de empresa se configura –desde un plano estrictamente laboral- en la libertad que goza el empleador para elegir a sus operarios y gestionar su capital humano, aun cuando –como ocurre con el resto de derechos- tal libertad no pueda entenderse de forma omnímoda y concretamente, ha de equilibrarse con el derecho al trabajo (p. 65).

De esta forma, se tiene que si bien el período 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 [...] (Mas, 2018, p. 85).

Ello es así porque, lo que debe buscarse en cuanto al despido realizado durante el período de prueba, no es el que éste tenga una causa atribuida, sino que el motivo de realización de este no sea uno que atente contra los derechos fundamentales a los cuales la norma les da la máxima protección; nos referimos a las causales del despido nulo dispuestas en nuestra legislación. De esta manera, los despidos realizados durante el período de prueba sólo serán rechazados por el ordenamiento (considerados nulo) en el caso que se consiga probar (como lo indicaremos más adelante) que fueron realizados en detrimento de alguno de los derechos fundamentales protegidos por el artículo 29 de la LPCL (discriminación, libertad sindical, tutela judicial efectiva, etc.).

### **3.2.2.3. Aspectos prácticos: despido causalizado y por rendimiento deficiente**

Otro de los motivos por el que no estamos de acuerdo con la causalización del despido durante el período de prueba está referido a la implementación de los parámetros de

---

<sup>57</sup> De acuerdo con lo dispuesto por el inciso b) del numeral 23.3 del artículo 23.3 de la Ley No. 29497, Nueva Ley General del Trabajo.

medición de aquellas cualidades requeridas para que el trabajador supere con éxito el período de prueba.

Si bien la doctrina que aboga por la causalización sostiene que el despido durante el período de prueba tiene que estar basado, exclusivamente, en aquellas cualidades necesarias para el desempeño de la labor contratada (con los reparos a los cuales ya nos hemos referido), más allá de la causa, no suele profundizar el método por el cual se realiza la verificación o se practica la experiencia de la prueba dentro de la etapa inicial de la relación de trabajo.

Basándose en el formato de evaluación de desempeño al interior de algunas entidades del Estado, Mas postula la realización de una tabla de evaluación de cualidades y aptitudes; de tal forma que “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” (Mas, 2018, p. 113).

Así, el hecho de haber acreditado haber realizado una evaluación (lo que Mas denomina requisito 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 [...] (Mas, 2018, p. 116).

Frente a ello, consideramos que las entidades que han implementado un sistema de calificación para el personal que se encuentra durante el período de prueba lo han hecho como una herramienta de evaluación para su personal (desde el primer día y para toda la relación laboral); y no ante un posible cuestionamiento de un despido en plena fase inicial. No obstante, debemos reconocer que un patrón de medición siempre será de utilidad para evitar futuras eventuales contingencias (demandas por extinción de la relación de trabajo, sea durante el período de prueba o más adelante).

Asimismo, las entidades del Estado, en especial las descritas en el estudio ya citado<sup>58</sup>, son grandes empleadores que tienen una planilla de miles de trabajadores, cuya realidad es muy distinta a la generalidad de empresas pertenecientes al régimen laboral de la actividad privada; ya que tienen personal en más de un régimen laboral (al margen de trabajadores de confianza, dirección, etc.), además de una política dirigida a hacer frente a una gran cantidad de procesos judiciales (sin perjuicio de denuncias ante la Autoridad Administrativa de Trabajo), que hace que adapten una serie de patrones a fin de prever posibles contingencias, cuyos costos no están en condiciones de sufragar la mayor parte de empresas del sector privado, a las que se les aplica el régimen laboral de la actividad privada.

Sin perjuicio de lo anterior, y tal como lo hemos afirmado en distintas partes de la presente investigación, si bien las cualidades profesionales y personales pueden ser susceptibles de ser medidas a través de diversas fórmulas de evaluación del desempeño laboral; el presente estudio considera que la medición de las habilidades personales no podrían ser tomadas en forma adecuada si sólo se hace a través de los instrumentos sugeridos (tabla, encuesta o formulario, etc. o cualquier método escrito), pues respecto de dicho tipo de cualidades existe un factor de subjetividad muy grande (que pueden variar de la persona de un empleador/jefe a otro, etc.) que hace más difícil o complejo el realizar exámenes de este tipo, más aún si lo que se decide a partir de la evaluación realizada es el proseguir o no con el vínculo laboral.

Sin perjuicio de ello, se tiene que, de los instrumentos existentes que han sido analizados tanto por Mas<sup>59</sup> como por el autor de la presente investigación<sup>60</sup> (que evalúan, principalmente, habilidades profesionales) sólo recogen el parecer de una de las partes: el empleador. Por ello, se podría producir un uso tendencioso o antojadizo del mismo (sobre todo en lo que a habilidades personales se refiere), de tal manera que -a través de este tipo de instrumentos- podrían generarse apreciaciones irreales que deriven en el cese de la relación de trabajo, de las cuales el trabajador sólo tendría conocimiento en caso sean, “convenientemente”, utilizadas por el empleador como medio probatorio ante una eventual demanda judicial.

---

<sup>58</sup> Hospital Edgardo Rebagliati Martins (EsSalud), Corte Superior de Justicia de Lima Sur (Poder Judicial) y la Contraloría General de la República.

<sup>59</sup> Como el Formato de Evaluación a Plazo Indeterminado dentro del Período de Prueba de la Contraloría General de la República.

<sup>60</sup> Formatos de Evaluación de Personal Contratado (Empleado y Supervisor) de 30, 60 y 80 días, correspondientes a PETROPERÚ S.A. y el Formulario de Evaluación del Período de Prueba del Banco Central de Reserva del Perú (Anexos A, B y C).

De otra parte, se tiene que la exigencia de plasmar el rendimiento del trabajador tal como debería hacerse (es decir, combinando métodos de evaluación del desempeño escritos y no escritos (como entrevistas, etc.), y con conocimiento del trabajador), a fin de sustentar la causal por la cual se le despide durante el período de prueba, supondría equiparar este tipo de despido “causalizado” (así como el método usado para respaldarlo) al denominado despido por rendimiento deficiente (regulado en el artículo 23 de la LPCL<sup>61</sup>).

En este último, el método utilizado (a nuestro criterio, luego de que la relación laboral se consolida) por el empleador para extinguir la relación de trabajo basándose “[...] en las carencias profesionales o personales que generan un rendimiento deficiente, y que constituyen un antecedente obligatorio [...]” (Obregón, 2015, p. 7); y que entre otros motivos -a criterio de Obregón Rivera- pueden estar relacionados con: a) falta de conocimientos técnicos por los que fue contratado, b) falta de habilidades profesionales para el puesto, c) falta de habilidades, cualidades o talento personal para realizar las funciones encomendadas; y, d) entre otros que objetivamente determine un rendimiento deficiente. De esta forma, el empleador se encontraría respaldado en su decisión, ya que -de acuerdo con el artículo 32 del RLFE- “La demostración de la causa justa de extinción del contrato de trabajo corresponde al empleador”.

No obstante, la aplicación de la extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba propuesto por Mas Lozada, analizada en su analogía con la del despido por rendimiento deficiente, podría devenir en arbitraria, puesto que -si se detectan deficiencias en cuanto las habilidades profesionales (y, eventualmente, personales) para el desempeño del puesto contratado y se postula a la causalización del despido como la forma adecuada de poner fin a la relación de trabajo desde la etapa inicial del vínculo, lo más normal sería otorgarle al trabajador un tiempo para que corrija las deficiencias detectadas<sup>62</sup>; tal como hace el artículo 31 de la LPCL (usada para los despidos por causas inherentes a la capacidad del trabajador).

---

<sup>61</sup> “Artículo 23º.- Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador: [...] (b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares [...]”.

<sup>62</sup> “Artículo 31º.- El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulan, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia” (subrayado nuestro).

Si ello es así (tal como lo hemos venido repitiendo en los acápites anteriores), el período de prueba (concebido como aquella fase experimental dentro de la relación de trabajo que sirve para que las partes detecten las cualidades de la otra, y en la que -en virtud de la incertidumbre en el resultado que ello supone- privilegia la libertad de empresa por sobre el derecho al trabajo) perdería su razón de ser, ya que -en la calidad de empleador- el empresario vería que el despedir a una persona durante el período de prueba sería una gestión de la misma dificultad que despedir a un trabajador por la causal de rendimiento deficiente, una vez que la relación se haya consolidado.

Somos de la idea que los argumentos expuestos permiten desvirtuar aquellos motivos de quienes alegan la causalización del despido durante el período de prueba. No obstante -y tal como ya se ha afirmado- ello no quiere decir que durante la fase inicial de la relación laboral rija el despido *ad nutum*; sino que el despido (aun cuando el empleador no tiene la obligación de expresar causa alguna) puede ser cuestionado en función a que “[...] determinadas coyunturas han de ser protegidas por encima de estas posibilidades de desistimiento libre que concede [...]” (Asquerino, 2015, p. 324) el artículo 10 de la LPCL. Así, descartados los supuestos de despido arbitrario (incluyendo los despidos incausados y fraudulentos), consideramos que los derechos fundamentales protegidos a través de la figura del despido nulo son aquellos que siempre se deberían tutelar (incluso durante el período de prueba), los mismos a los que nos referiremos a continuación.

### **3.3. La protección frente al despido durante el período de prueba**

Desvirtuada la teoría de la causalización del despido durante el período de prueba, nos toca realizar un recuento de los principales mecanismos de protección que, de acuerdo a lo tratado hasta aquí regirían para todas aquellas relaciones de trabajo que se extingan durante el período de prueba por iniciativa del empleador.

#### **3.3.1. Supuestos de despido nulo**

De acuerdo con lo indicado al interior del presente capítulo, haremos un recuento de aquellos derechos fundamentales protegidos por el despido nulo, a fin de ver cómo se aplicaría la protección contra el despido durante el período de prueba; atendiendo a algunos ejemplos, así como a fallos jurisprudenciales vinculados a estos supuestos.

### 3.3.1.1. Discriminación

Citando lo indicado en el inciso d) del artículo 29 de la LPCL (modificada por la Ley No. 29973), será nulo el despido que tenga por motivo “La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole”; lo que quiere decir que este supuesto de despido nulo engloba a todos los tipos de discriminación de la lista abierta (*numerus apertus*) establecida en el artículo 2 de nuestra Constitución Política<sup>63</sup>.

No obstante, no hay que perder de vista que, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso b) del artículo 23 de la Ley No. 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, que “23.3. Cuando corresponda, si el demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador, tiene la carga de la prueba de: [...] b) El motivo de nulidad invocado y el acto de hostilidad padecido”; por lo que será el trabajador quien tiene que probar que el motivo por el cual fue despedido es lesivo a su derecho a no ser discriminado.

Jurisprudencialmente, existen fallos al respecto dentro del derecho comparado, principalmente en casos en que los trabajadores fueron despedidos como consecuencias de estar con descanso médico, ya sea por enfermedades comunes, como también por accidentes de trabajo.

De acuerdo con lo indicado por la Corte Constitucional de Colombia, a través de la Sentencia T-978/04 (Acción de tutela interpuesta por Nhora Yarima Prado Tristancho contra el Banco Colpatría Red Multibanca Colpatría S.A.), en que la demandante fue despedida por su empleador luego de haber estado incapacitada para el cumplimiento de sus labores como Cajera auxiliar. En dicha sentencia, la Corte confirmó la sentencia expedida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de San José de Cúcuta, Norte de Santander, que negó la tutela de los derechos constitucionales a la vida, la salud y la seguridad social de la demandante, quien había sido despedida durante el período de prueba, basándose en que no había logrado acreditar que el despido efectuado tuviera un móvil discriminatorio; basándose -entre otros argumentos- en lo siguiente:

En concreto, esta interpretación parte de considerar que la terminación unilateral del contrato en el periodo de prueba no requiere motivación y, por tanto, es de

---

<sup>63</sup> “Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona. Toda persona tiene derecho [...] 1. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

naturaleza potestativa de las partes dentro de la relación laboral. Sin embargo, la posibilidad resolutoria propia del periodo de prueba, si bien posee un espectro amplio, carece de un alcance tal que faculte al empleador para desconocer los derechos fundamentales del trabajador, en especial, para que fundamente el despido en un criterio discriminatorio inaceptable desde la perspectiva constitucional. Por ende, 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 desempeño de la labor encomendada<sup>64</sup>.

Por su parte, el Poder Judicial de la Nación (Argentina), a través de la Sentencia recaída en el Expediente No. CNT 46928/2012/CA1 (Fritz Leonardo David c/ Envases del Plata S.A. y otros/ Despido), se pronunció a favor del demandante, quien había sido despedido durante el período de prueba como consecuencia de haber sufrido un accidente de trabajo; indicando que

[s]i bien es cierto que el ordenamiento legal prevé la figura del período de prueba como una facultad de la que pueden valerse los empleadores para poner fin al vínculo cuando observan que la contratación efectiva y permanente de un trabajador no es conveniente a los fines de la empresa, no puedo dejar de señalar que no puede hacerse un uso abusivo de la misma, el que no es amparado por el derecho (art. 1071) y que, en todo caso, las facultades que la ley le otorga al empleador deben ceder frente a la tutela de derechos más altos consagrados por ordenamientos constitucionales, supralegales y de los tratados internacionales que prohíben toda forma de discriminación [...].

En dicho sentido,

[...] el principio de no discriminación se erige como una valla infranqueable a las facultades y poderes del empleador y, como lo ha dicho el más alto tribunal, cuando entren en conflicto derechos de contenido económico como puede ser la organización de la empresa, con contenidos profundamente sociales como es el derecho del trabajo y su protección en todas sus formas, la cuestión debe ser

---

<sup>64</sup> Fundamento 5.

resuelta otorgándole prevalencia a esta última, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo [...].

En España, a través de la Sentencia del Tribunal Supremo, Recurso N° 2584/2007, del 3 de octubre de 2008 (caso D. Clemente contra FINAGA S.A.), se resuelve un caso en donde el demandante había sido contratado como peón especialista encofrador; siendo despedido durante el período de prueba con motivo de una incapacidad temporal (descanso médico) a los pocos días de haber empezado con sus labores. En este caso, el Tribunal Supremo indicó que

[...] la decisión de no proseguir la relación laboral, si se manifiesta antes de la duración del plazo de prueba estipulada, no precisa especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora en cuanto que toda motivación es meramente subjetiva de quien la adopta, "salvo que la decisión esté motivada por razón discriminatoria que viole el art.14 CE, o vulnere cualquier otro derecho fundamental" y, a su vez, la STS de 16 de julio de 1982 afirma que la extinción de la relación laboral durante el período de prueba no es equivalente a despido cuyas causas hayan de justificarse, estando facultadas las partes para dar por terminada la relación de trabajo durante tal período de prueba<sup>65</sup>.

En tal sentido, no bastaría el trabajador esté en incapacidad temporal (lo que en el Perú conocemos como descanso médico), para que la extinción de la relación de trabajo durante el período de prueba sea nula; puesto a que

[...] el cese realizado por el empleador dentro del período de prueba de 15 días, y diez después de haber iniciado el trabajador un período de incapacidad temporal, no afecta a ningún derecho fundamental del mismo. Como reiteradamente se ha sentado jurisprudencialmente (por todas STS 12 de julio de 2004, que sigue otras anteriores y entre ellas la de 23 de septiembre de 2002 (rec. 4492/2002)<sup>66</sup>.

De acuerdo a dos de los tres fallos aquí analizados, en donde se bien los jueces pudieron comprobar que los despidos se realizaron luego de existir inasistencias por motivos de incapacidad (con la consecuencia de que los trabajadores no pudieron

---

<sup>65</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Recurso nº 2584/2007, de 3 de octubre de 2008.

<sup>66</sup> Op. Cit.

demostrar, durante gran parte de la etapa inicial, si es que tenían las habilidades que habían motivado su contratación), la judicatura se pronunció en el sentido de que, aún con dicha situación, los despidos eran procedentes porque no se había acreditado la violación de derechos fundamentales; mientras que, en el fallo de la judicatura argentina dicha situación sí quedaría acreditada en virtud de que el despido habría sido discriminatorio en función de que el mismo habría obedecido a la ocurrencia de un accidente de trabajo.

### **3.3.1.2. El estado de gestación como causa de discriminación**

De acuerdo con el texto del inciso e) del artículo 29 de la LPCL (modificado por la Ley No. 30367), será nulo el despido que tenga por motivo

El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir.

Asimismo, la norma indicada dispone que “Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa”; siendo éste el único de los supuestos dentro del despido nulo, en que opera la denominada inversión de la carga de la prueba, pues ante una demanda de nulidad en la cual se alegue esta causal, será el empleador quien tendrá que probar que el despido no tuvo como motivo el embarazo, nacimiento y sus consecuencias, o la lactancia, según sea el caso. De esta forma, se cristaliza el mandato de protección especial a la madre trabajadora contenido en el artículo 23 de la Constitución<sup>67</sup>.

No obstante, a fin de que opere esta excepción a la carga probatoria, se exige que el embarazo sea notificado al empleador de manera documental, dejando al empresario la potestad de realizar un despido basado en causa justa. En cuanto a dicha exigencia, debo indicar que la primera ha sido relativizada por nuestra jurisprudencia, al señalar que no resulta necesaria la notificación documental del embarazo al empleador cuando

---

<sup>67</sup> "Artículo 23.- El Estado y el Trabajo

El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan [...]”.

el estado de gravidez sea evidente; tal como dispone la Casación Laboral No. 4458-2017-Junín<sup>68</sup>. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, a través de la Sentencia recaída en el Expediente No. 00677-2016-PA/TC-Moquegua, ha extendido dicha protección a las no renovaciones de contrato, además de exigirse la puesta en conocimiento y acreditación del estado de gravidez, con el informe médico correspondiente<sup>69</sup>.

Circunscribiéndonos al tema que nos ocupa (despido durante el período de prueba con ocasión del embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia), se tiene a la Sentencia del 10 de octubre del 2013 (2011-03773STC) emitida por el Tribunal Constitucional español<sup>70</sup>, en donde se denegó el pedido de la demandante, en virtud de que no pudo probar que el empleador haya tenido conocimiento del embarazo (a pesar de que, cuando se suscribió el contrato, la demandante ya estaba en estado de gestación) y que se había despedido a un trabajador de sexo masculino el mismo día de que se extinguió la relación laboral con la accionante. Así, dicho órgano concluyó que:

En definitiva, la extinción del contrato durante el periodo de prueba será nula (como cualquier otra decisión extintiva) si se produce con vulneración de derechos fundamentales, como sucederá si la decisión empresarial es una reacción al embarazo de la trabajadora (STC 16 17/2007, de 12 de febrero). Ello sentado, y aplicando la doctrina constitucional en materia de discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero), entiende el Tribunal que en el presente caso no existían indicios de discriminación, pues no ha quedado acreditado que la empresa conociera el embarazo de la trabajadora y que, aunque se hubiera afirmado la existencia de indicios, resulta que en la misma fecha de extinción del contrato de la recurrente se extinguió también por el mismo motivo el contrato de otro trabajador,

---

<sup>68</sup> Aunque dicho criterio no es una regla, mucho dependerá del caso concreto y de las pruebas que puedan aportar una y otra parte.

<sup>69</sup> “Ahora bien, a manera de resumen, estas serán las reglas que operarán en el caso de mujeres que demanden haber sido víctimas de un despido por estado de gestación:

- i) Cualquier despido, terminación o no renovación de contrato, hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de parte de una trabajadora embarazada, deberá presumirse y tratarse como un despido nulo que tiene como causa dicho estado.
- ii) Las mujeres que a través de un proceso judicial demanden haber sido víctimas de un despido nulo por encontrarse en estado de gestación, deben haberlo comunicado y acreditado previamente con el informe médico correspondiente.
- iii) La protección señalada surte efectos hasta la culminación del periodo de permiso por lactancia establecido por ley” Expediente No. 00677-2016-PA/TC-Moquegua (Fundamento 48).

<sup>70</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-A-2013-11684.pdf>

contratado en idénticas condiciones y fechas, dándose en ambos casos la circunstancia de que no se habían alcanzado los objetivos mínimos fijados en el contrato, lo que excluiría el pretendido móvil discriminatorio de la decisión extintiva<sup>71</sup>

Por el contrario, la Cámara Nacional de Apelaciones de Trabajo de Argentina, en su sentencia de fecha 02 de julio de 2015 (Rouco Carol Débora c/ La Gota Farmacéutica S.R.L. s/ despido), dictaminó que

[...] luego de un exhaustivo análisis y fundamentos acerca de la carga probatoria que corresponde a cada una de las partes a los que «brevitatis causae» me remito, determinó que frente a la dificultad probatoria originada en casos como el de autos, en los que se invoca una situación de discriminación, «-resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación<sup>72</sup>.

En función de ello y a que el empleador no mencionó nada, se indicó que

[...] en la comunicación rescisoria ni en la contestación de demanda, limitándose a aludir a las posibilidades rescisorias que se otorga en el art. 92 bis de la LCT, resultando claro que el empleador no puede invocar sus facultades o poderes de organización, dirección e incluso de despedir, cuando a través de tales actos se violentan derechos considerados como fundamentales<sup>73</sup>.

Es por ello que la Corte amparó la demanda realizada por la trabajadora, al concluir que se había cometido un despido lesivo de derechos fundamentales (discriminación por motivos de sexo).

A nivel nacional se tiene la Sentencia recaída en el Expediente No. 02456-2012-AA/TC, mediante la cual el Tribunal Constitucional rechazó la demanda interpuesta de despido

---

<sup>71</sup> 2011-03773STC (Fundamento 4, páginas 15-16).

<sup>72</sup> Rouco Carol Débora c/ La Gota Farmacéutica S.R.L. s/ despido. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. 2 de julio de 2015.

<sup>73</sup> Ídem

por estado de embarazo, a pesar de que el empleador conocía del estado de gestación de la demandante, en función de que “[...] el supuesto despido se produjo antes de vencer el periodo de prueba convencional; segundo, según obra en autos, la actora no ha cuestionado en la demanda ni en otra vía dicha ampliación del periodo de prueba, además que tampoco se ha presentado en el proceso documento alguno que permita acreditar que dicha ampliación sea fraudulenta”<sup>74</sup>.

Si bien desde el presente estudio hemos sido críticos con la causalización del despido durante el período de prueba, debemos estar en contra de lo resuelto por esta sentencia, ya que la discusión de la decisión del empleador respecto de extinguir la relación de trabajo tuvo como posible motivo la discriminación por razón de sexo (supuesto vetado no sólo por nuestro ordenamiento, sino también por la postura que desde la presente investigación defendemos); en consecuencia, consideramos que TC tuvo que analizar los hechos a la luz de lo dispuesto por la norma sustantiva (artículo 29 de la LPCL).

Por último, queremos indicar que esta discusión ha sido recientemente resuelta a través de la modificatoria del inciso e) del artículo 29 de la LPCL realizada por el artículo único de la Ley No. 31152 (publicada el 01 abril 2021); por la cual se agregó, a la versión anterior del inciso, un párrafo que dispone lo siguiente:

La disposición establecida en este inciso [inciso e del artículo 29 de la LPCL] es aplicable también a la trabajadora durante el periodo de prueba regulado en el artículo 10, así como a la que presta servicios bajo el régimen de tiempo parcial de cuatro o menos horas diarias, dispuesto en el artículo 4 (subrayado mío).

De esta forma y al margen de la jurisprudencia presentada sobre el tema, se tiene que el legislador ya ha tomado una posición similar a la sostenida por la presente investigación (pues del sentido original dado a la norma, al menos en su versión inmediata anterior, se podía sacar la misma conclusión): que el despido de la madre trabajadora (así sea realizado durante el período de prueba) se presumirá siempre como ilegal; salvo que el empleador demuestra la existencia de causa justa para despedir.

---

<sup>74</sup> Op. Cit. (Fundamento 3.3.5).

### 3.3.1.3. Libertad sindical

De acuerdo con lo indicado en los incisos a) y b) del artículo 29 de la LPCL, será nulo el despido que tenga como motivo el “La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales” o “Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad”.

Si aplicamos ello al período de prueba, esta causal podría darse cuando, por ejemplo, se despide de un trabajador recientemente contratado por el hecho de haberse afiliado a la organización sindical existente dentro de su centro de labores; o que, si dentro del período de prueba, participa en alguna actividad realizada por la organización a la cual se acaba de afiliarse. Otro caso sería, si dentro del período de prueba, se despide al trabajador recientemente contratado que es elegido por la organización sindical a la cual se ha afiliado para un cargo directivo al interior de la organización.

Al igual que para el caso de discriminación, será el trabajador quien deberá probar que el despido se motivó en su condición de afiliado, dirigente o participar en actividades de tipo sindical.

Como hemos indicado en el Capítulo I, lo que se busca mediante las acciones judiciales a fin de cuestionar los despidos por transgresiones a la libertad sindical es la proscripción de la extinción del contrato de trabajo de aquellas personas que realizan actividades sindicales, fundamentalmente, quienes están protegidos por el denominado “fuero sindical”. Así, en las STSJ emitidas por la Comunidad Valenciana los días 27 de julio de 2004 y 17 de noviembre del mismo año (signadas con los códigos AS 2004/3687 y AS 2004/3876, respectivamente), bastó la pertenencia del trabajador al sindicato UGT<sup>75</sup> (y que se hayan presentado a las elecciones (primer caso), o hayan sido dirigentes (segundo caso) en la anterior empresa adjudicataria; respectivamente), para que el Tribunal ampare las demandas.

Por el contrario, la STSJ de las Islas Canarias, del 27 de junio de 2009 (AS 2009/2566), desestimó la demanda interpuesta en función a que la pretensión se basó sólo en “[...] las simples aseveraciones del empleado que aseguraban que se le discriminó porque durante el tiempo de la relación laboral trató de conseguir más afiliados para su sindicato” (Asquerino, 2015, p. 355). Del mismo modo, mediante la Sentencia del STSJ

---

<sup>75</sup> Unión General de Trabajadores.

de las Islas Baleares del 09 de julio de 2004 (AS 2004/3349) se indicó que “No es suficiente indicio de discriminación “la militancia política y sindical” del trabajador, pues en caso contrario estas circunstancias supondrían por sí solas “un cierto blindaje en la relación laboral” (Asquerino, 2015, p. 355).

De lo apreciado hasta aquí, y adaptando estos criterios a lo dispuesto por la normativa peruana, la nulidad de despido por afectaciones a la libertad sindical durante el período de prueba es la misma que para aquellos despidos cometidos luego de alcanzado el derecho a la protección contra el despido arbitrario, ya que -tal como lo hemos indicado- el concepto de nulidad de despido es transversal a todas las etapas de la relación de trabajo.

Si bien no encontramos fallos nacionales referidos a la nulidad del despido lesivo del derecho a la libertad sindical durante el período de prueba, sí los encontramos respecto a aquellos despidos realizados durante el resto de la relación laboral, como por ejemplo la Sentencia expedida por el TC en el marco del Expediente No. 00221-2015-PA/TC, mediante el cual se decidió declarar FUNDADA la demanda, pues el actor (David Antero Tito Flores) había sido despedido por la Compañía Minera Antapaccay S.A. por haberse afiliado a un sindicato de reciente formación, además de haber sido elegido dirigente.

De acuerdo con esta sentencia, el demandante fue despedido del puesto que ocupaba (Supervisor de Planeamiento y Almacén), bajo la excusa de ser un trabajador de confianza, días después de conformada e inscrita la organización sindical (Sitramina). Para el supremo intérprete de la Constitución, cuando de acuerdo con la realidad de los hechos, el puesto para el cual había sido contratado no cumplía con los requisitos para que el demandante tuviera dicha calidad, además de que se encontraba protegido por el fuero sindical, ya que la organización había sido conformada e inscrita antes del despido; sin perjuicio de que otros afiliados a la organización sindical también fueron despedidos. El mismo criterio es adaptado por el TC en el Expediente No. 02272-2015-PA/TC (Joel Humberto Hernández Tejada), contra la misma razón social.

Por el contrario, mediante la Casación Laboral N° 13121-2017 La Libertad, la Corte Suprema desestimó la demanda de despido nulo realizada por José Percival Castillo Pereyra por su participación en actividades sindicales, debido a que realmente fue despedido por la comisión de falta grave contra el Reglamento de la Compañía Casa Grande S.A.A. por quedarse dormido en horas de labores. Así, si bien

[...] el actor alega haber sido delegado del Sindicato de Trabajadores de la demandada, con ello tenía una participación más activa en las actividades sindicales, lo cual sería la verdadera causa del despido; sin embargo, no existen indicios de que otros trabajadores como él (delegados de los diversos sectores productivos de la empresa demandada) hubieran recibido represalias en mérito al contexto de las actividades sindicales del veintisiete y veintiocho de marzo del dos mil catorce, siendo que en el caso concreto, el accionante sería el único sancionado por tales hechos<sup>76</sup>.

Por ello, concluyó lo siguiente:

Décimo Sétimo: En ese sentido, queda acreditado que no existe nexo causal entre la actividad sindical alegada por el actor y el despido del mismo; más aún, si de los hechos expuestos y probados líneas arriba, se ha verificado la causal objetiva justa y razonable del despido consistente en el hecho de dormir durante su jornada laboral por parte del actor a pesar de encontrarse supervisando las operaciones de diversas maquinarias de la empresa demandada, lo cual constituye la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo, específicamente el artículo 74, numeral 38.

#### **3.3.1.4. Tutela judicial efectiva**

Finalmente, de acuerdo con lo indicado en el inciso c) del artículo 29 de la LPCL, será nulo el despido que tenga por motivo “Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25”.

Al igual que para los casos de discriminación y afectaciones a la libertad sindical, será el trabajador quien deberá probar que el despido se motivó por presentar una queja contra el empleador ante las autoridades competentes.

Como el Poder Judicial o el TC tienden a rechazar este tipo de demandas por el sólo hecho de que la relación de trabajo extinta se haya encontrado durante la fase inicial (período de prueba), vamos a tomar como ejemplos fallos de esta causal en donde la relación de trabajo se haya extinguido después de transcurrido el período de prueba.

---

<sup>76</sup> Considerando Décimo Sexto.

Asimismo, hay que tomar en cuenta que esta causal sería la menos frecuente, ya que dentro del período de prueba podría ser difícil que se presente una queja contra el empleador en función a que el empresario tiene una mayor libertad de poner fin a la relación de trabajo. Quizá la excepción a ello puedan ser las plazas dentro de las entidades del Estado que son ocupadas después de un concurso público de méritos; en donde al trabajador sí le interesaría proteger al máximo su permanencia dentro de su centro laboral, pues suelen ser posiciones contratadas desde un inicio (a diferencia del sector privado) a plazo indefinido.

En la Casación Laboral N° 15508-2017 Lima Este, la Corte Suprema declaró FUNDADA la demanda sobre nulidad de despido por ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional interpuesta por Hilda Maribel Parari Cruz contra la Municipalidad Distrital de la Molina; partiendo del hecho que la demandante había interpuesto una demanda de reconocimiento de la relación laboral como obrera a plazo indeterminado, además de que el demandado sabía de la interposición de esta al momento de cometer el despido.

De acuerdo con ello, la Corte Suprema, determinó que:

[...] de los hechos expuestos se concluye que el despido de la actora tiene sustento y obedeció objetivamente a la interposición de una demanda con anterioridad a la materialización de su despido, es decir la entidad emplazada tenía pleno conocimiento que la actora venía demandando el *reconocimiento del vínculo laboral* como obrera a plazo indeterminado, lo cual conlleva a determinar que se ha configurado el *nexo causal* entre la participación de un proceso en contra del empleador y el despido de la actora, establecido en el literal c) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, LPCL, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR<sup>77</sup>.

La Corte Suprema obra con el mismo criterio en la Casación Laboral No. 2610-2011 La Libertad, mediante la cual rechaza el recurso de Casación interpuesto la demandada (Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT) contra la sentencia que declaró fundada la demanda de nulidad de despido interpuesta por Analí Kenny Laos Chang; quien se desempeñaba como Fedatario Fiscalizador en el momento en que fue despedida por su empleador. En el caso, la demandante había interpuesto una denuncia ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, así como una demanda sobre

---

<sup>77</sup> Considerando Décimo Sexto.

desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad por servicio específico que la demandada le hacía firmar, pues había sido contratada para labores de naturaleza permanente, continuas y personales.

De acuerdo con lo resuelto por la Suprema, se tiene lo siguiente:

El régimen de protección jurisdiccional adecuado frente a los casos en el que el despido del trabajador supone la violación de un derecho constitucional y supone la consagración de una tutela jurisdiccional plenamente restitutoria que permite reponer al trabajador afectado en el goce integral y en el ejercicio pleno de su derecho vulnerado lo que se conseguirá mediante la cesación del acto lesivo del despido y la privación de sus efectos Legales, así el bien jurídico protegido a través de este modelo de protección no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales, por lo que, en este caso la protección que se dispensa al trabajador está referida al carácter lesivo de los derechos constitucionales presente en dicho despido, pues la lesión de los derechos fundamentales de la persona constituye, per se, un acto inconstitucional, cuya. Validez no es en modo alguno permitido por nuestro ordenamiento legal<sup>78</sup>.

De esta manera, se tiene que:

[...] en caso de nulidad de despido el trabajador no sólo debe acreditar la relación laboral, sino, además, el motivo del despido, para lo que no es suficiente acreditar la existencia del proceso judicial instaurado, sino que es de cargo del recurrente demostrar la existencia del nexo - causal entre el despido y la causa alegada, es decir, que el hecho fue producto de una represalia por parte del empleador lo cual se demuestra a partir de la existencia actitudes o conductas precedentes de éste último que evidencien el propósito de impedir arbitrariamente cualquier reclamo de sus trabajadores [lo que se logró demostrar en el proceso de nulidad ya indicado]<sup>79</sup>.

No obstante, la Corte Suprema no amparó una pretensión similar en un caso en el que el trabajador no había sido quien había interpuesto la queja o denuncia; pues de la

---

<sup>78</sup> Considerando Sexto.

<sup>79</sup> Considerando Noveno

Casación Laboral No. 18121-2015, Lima, mediante la se resuelve la demanda sobre nulidad de despido y otros interpuesta por Luz Mary Huamán Kala de Chinguel contra Tiendas por Departamento Ripley S.A; de acuerdo con lo siguiente:

Sétimo: Analizado los autos, se advierte que la demandante laboró del diecisiete de octubre de dos mil siete hasta el treinta y uno de julio de dos mil diez, en el cargo de cajera. Asimismo, se aprecia que la actora sustenta su pedido de nulidad de despido, en la Orden de Inspección N° 6085-2010-MTPE/2/12.3 que corre en fojas ocho, y en el Acta de Infracción N° 1210-2010-MTPE/2/12.3, de fecha siete de junio de dos mil diez que corre en fojas nueve, en la que se concluyó entre otros puntos que se habían desnaturalizado los contratos de trabajo de varios empleados, entre los que está la actora, por lo que se le impuso una multa a la empresa demandada; determinándose que el procedimiento administrativo antes indicado, fue iniciado por el sindicato en nombre de varios trabajadores, y no en representación de la demandante; toda vez que así lo señaló ella en fojas cincuenta y nueve.

### **3.3.2. Supuestos de fraude a la ley y abuso de derecho**

Al margen de la nulidad del despido durante el período de prueba (el cual, como ya indicamos, proscribe a la extinción del contrato de trabajo por determinadas causales), existen otros supuestos en donde se prohíbe la utilización del período de prueba para la comisión de arbitrariedades valiéndose de las ventajas que otorga la etapa inicial de toda relación de trabajo.

A continuación, nos referiremos al fraude a la ley y al abuso de derecho con ocasión del período de prueba, a fin de conocer sus conceptos, alcances y consecuencias.

#### **3.3.2.1. Fraude a la ley**

En cuanto al fraude a la ley, Treviño la define de la siguiente forma:

[...] para que pueda hablarse de fraude es necesario que la utilización de determinada norma del ordenamiento jurídico, persiga, pretenda o muestre el propósito de eludir otra norma del propio ordenamiento; y en la entraña y en la propia naturaleza del fraude de ley está la creación de una apariencia de realidad con el propósito torticero de obtener de ella unas finalidades que la auténtica

realidad, no aparente, sino deliberadamente encubierta, no permitirían. O lo que es igual, el fraude de ley que define el artículo 6.4 CC es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma (Treviño, 2020, p. 152).

Para Neves (s.f.), 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 alcanzarse aquél a través de otro negocio. Se hace una interpretación extensiva de la ley defraudada -si ello es admisible-, para comprender en ésta al acto indebidamente excluido; y, en cambio, la ley de cobertura es interpretada en sentido estricto. El efecto es el de regir al acto por la ley defraudada (p. 31).

Por su parte, Asquerino (2015) agrega los elementos que debe tener todo fraude a la ley (incluidos aquellos cometidos en el derecho laboral), indica que son los siguientes:

(a) Presencia de dos normas. (b) Acto permitido por una norma (la denominada “norma de cobertura” o “norma de conflicto”) ya sea esta expresa o tácita (esto es, que el acto no esté prohibido expresamente). (c) La conducta realizada comporta la inaplicación de otra norma que es imperativa [...]. (d) Aun cuando no se exige expresamente por nuestra jurisprudencia, habitualmente existe una clara intención de defraudar por parte de quien actúa (pp.152-153).

Aplicando ello al período de prueba, pueden darse los casos en que, por ejemplo, se aplique un período de prueba que no corresponda a las funciones elegidas por el trabajador y se le despida valiéndose de la misma; o cuando se despide haciendo uso de la figura del período de prueba a un trabajador que se ha reincorporado a un puesto igual o similar al que había estado desempeñando con anterioridad a su salida (ya sea por renuncia, despido, etc.). Veamos cada uno de estos casos:

**a) Fraude a la ley mediante la calificación de un trabajador como de confianza o de dirección con el fin de extender del período de prueba legal:**

El mejor ejemplo del uso del fraude a la ley respecto del uso del período de prueba es cuando se otorga la indebida calificación como “de confianza” a un trabajador que ejecuta labores ordinarias, despidiéndolo antes de que culmine el plazo. Por ejemplo, si se contrata a un trabajador en el puesto de auxiliar de almacén (función ordinaria, cuyo período de prueba debería ser de 3 meses), y le otorga la categoría de “trabajador de confianza”, con un período de prueba de 6 meses; despidiéndolo luego de los 3 meses, pero antes de los 6, aduciendo que el trabajador no superó con éxito la prueba.

Un caso así fue resuelto por el TC, a través de la Sentencia recaída en el Expediente No. 00231-2012-PA/TC; en el cual Juan Carbajal Zambrano demandó a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT mediante un proceso de amparo, porque dicha Entidad lo había despedido aduciendo la no superación del período de prueba de 4 meses.

De acuerdo con la Entidad demandada, se había pactado un período de prueba de 4 meses dentro del contrato de trabajo en virtud de que la labor del demandante era una de suma responsabilidad. No obstante, al desempeñarse como Fedatario Fiscalizador, se llegó a la conclusión de que

[...] la extensión del período de prueba se justifica en el grado de responsabilidad del puesto encomendado al actor (controlador de obligaciones tributarias); sin embargo, a lo largo del proceso la emplazada no ha demostrado que la labor que desarrolló el actor revestía un alto grado de responsabilidad que justifique la extensión del periodo de prueba, pues, como se ha determinado supra, el recurrente en realidad prestó servicios en calidad de Fedatario Fiscalizador de la SUNAT. Por consiguiente, debe concluirse que dicha extensión carece de sustento y resulta injustificada y fraudulenta, por lo que en el presente caso el actor sí superó el periodo de prueba previsto en el artículo 10° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, por lo que a la fecha del cese se encontraba protegido contra el despido arbitrario<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> Numeral 3.3.10 de la Sentencia.

Similar criterio se encuentra al interior de la Casación Laboral No. 5252-2014 Lima (Eduardo Guillén Loayza, contra la Contraloría General de la República), en donde la Corte Suprema ordenó la reposición de Eduardo Guillén Loayza, quien fue despedido antes de cumplir el año de servicios, aduciendo que el puesto para el cual fue contratado (Jefe del Órgano de Control Institucional) era uno de dirección; cuando el cargo que realmente ocupó fue el de Auditor (al cual le correspondía un período de prueba de 6 meses).

En dicha oportunidad, la Corte Suprema indicó que,

De lo expuesto, se concluye que al no haber realizado el demandante las funciones en el cargo de Jefe de Órgano de Control Institucional, cargo que debió ser asumido de forma inmediata de acuerdo a lo expuesto en los considerandos precedentes, no le resulta aplicable el periodo de prueba fijado en el contrato de trabajo que se circunscribe al plazo de un (01) año, pues, que en aplicación del principio de primacía de la realidad le correspondía el periodo de prueba fijado para el cargo de Auditor, el que presenta un periodo de seis (06) meses, de conformidad con el Contrato que corre en fojas dos a tres<sup>81</sup>.

En ese orden de ideas, se indicó que:

[...] no resulta acorde a Ley, que la demandada invoque como justificación de la extinción del vínculo laboral, que el actor no haya superado la evaluación durante el periodo de prueba, ya que el demandante había superado de forma excesiva el periodo de prueba como Auditor, al haber prestado labores por el término de once meses y doce días<sup>82</sup>.

**b) Fraude a la ley mediante la aplicación del período de prueba en caso de un reingreso del trabajador:**

En este caso, se tiene que el empleador despide a un trabajador aduciendo que no superó el período de prueba; no obstante, el período de prueba ya habría sido superado con ocasión de la primera relación laboral o antes de la extinción de la relación de trabajo invalidada por la autoridad judicial.

---

<sup>81</sup> Considerando Décimo Octavo.

<sup>82</sup> Considerando Décimo Noveno.

Este supuesto se da, por ejemplo, cuando un trabajador es recontratado en un puesto igual o similar al que habría tenido antes de la extinción de la primera relación de trabajo (siempre y cuando no haya pasado un año desde el cese<sup>83</sup>); o, cuando un trabajador es reincorporado a su puesto de labores después de un fallo judicial o mandato legal que disponga su reposición.

Respecto del primer caso, tenemos que el TC rechazó el amparo interpuesto por Nuria Escalante Gutiérrez contra la Municipalidad Distrital de Miraflores, mediante la Sentencia recaída en el Expediente No. 01615-2012-PA/TC; basándose en que la demandante había tenido un reingreso a una labor notoriamente distinta (de acuerdo con lo indicado por el artículo 16 del RLFE<sup>84</sup>). Así, el TC indicó lo siguiente:

Y si bien la demandante afirma haber superado el periodo de prueba porque aduce haber trabajado desde el año 2007; sin embargo, no solo no ha probado tal aseveración, sino que además la propia actora ha reconocido que antes de octubre de 2010 únicamente realizaba la labor de encargada de vestuarios de la piscina municipal (f. 122), función que es distinta a la de cajera de la piscina municipal, que empezó a desempeñar recién en octubre de 2010. En consecuencia, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 16° del Decreto Supremo N.º 001-96-TR, que establece que, en caso de suspensión del contrato de trabajo o reingreso del trabajador, no se suman los periodos laborados si el reingreso se produce en un puesto notoria y cualitativamente distinto al ocupado previamente<sup>85</sup>.

Lo contrario sucedió con el Expediente No. 1230-2000-AA/TC, en donde el TC rechazó la demanda de amparo interpuesta por José Javier Peñaranda Conde contra la Corte Superior de Justicia de Arequipa, al considerar lo siguiente:

---

<sup>83</sup> Decreto Supremo No. 003-97-TR (LPCL) “Artículo 78.- Los trabajadores permanentes que cesen no podrán ser recontratados bajo ninguna de las modalidades previstas en este Título, salvo que haya transcurrido un año del cese”.

<sup>84</sup> Decreto Supremo No. 001-96-TR (RLFE) “Artículo 16.- En caso de suspensión del contrato de trabajo o reingreso del trabajador, se suman los periodos laborados en cada oportunidad hasta completar el periodo de prueba establecido por la Ley. No corresponde dicha acumulación en caso que el reingreso se haya producido a un puesto notoria y cualitativamente distinto al ocupado previamente, o que se produzca transcurridos tres (3) años de producido el cese”.

<sup>85</sup> Fundamento 5.

En autos no se acredita que el demandante ha laborado en el mes de febrero de mil novecientos noventa y ocho. Asimismo, sumados los periodos laborados por el demandante, éste no supera el periodo de prueba de tres meses que establece el artículo 10° del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, concordante con el artículo 5° del Reglamento Interno de Trabajo del Poder Judicial, que corre a fojas treinta y nueve de autos. 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 demandante<sup>86</sup>.

Respecto del segundo supuesto, hay que indicar que, a través del Expediente No. 00891-2007 PA/TC (Hipólito Chunga Castillo contra el Banco de la Nación), el Tribunal Constitucional declaró que la institución del período de prueba no era aplicable a aquellos trabajadores que son repuestos por mandato legal (Ley No. 27803), al indicar que

[...] es evidente que, tal como se encuentra regulado en nuestra legislación laboral, el período de prueba supone la existencia de un contrato de trabajo (Artículo 10°, perteneciente al Título 1: Del Contrato de Trabajo), cuando, por el contrario, en el presente caso, el vínculo laboral proviene de un mandato legal, en donde el acceso del trabajador a un puesto de trabajo no depende de sus aptitudes personales, sino del mero cumplimiento de requisitos legalmente preestablecidos, como lo son la disponibilidad de las plazas, la inscripción en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente básicamente, no condicionando tal reincorporación a la aprobación o resultado de calificación de algún curso o examen. En todo caso, la calificación de reincorporable de este trabajador ha operado con antelación a la reinstauración del vínculo laboral<sup>87</sup>.

No obstante, debemos indicar que el fraude a la ley está incluido en los supuestos de protección, pero no por tratarse de despidos cometidos durante el período de prueba; sino porque se usa al período de prueba para extinguir relaciones de trabajo que deberían ser permanentes o que deberían durar hasta la culminación del respectivo contrato.

---

<sup>86</sup> Fundamento 4.

<sup>87</sup> Fundamento 8.

Por lo tanto, al declarar la validez de la norma excluida en detrimento de la defraudada, no estaremos ante un supuesto de despido en período de prueba (a diferencia de los supuestos de despido nulo que se han venido tratando), sino que estaremos ante despidos incausados (ya que, en realidad habrían ocurrido fuera del lapso de vigencia del período de prueba) mediante los cuales se atenta contra el derecho fundamental al trabajo (en su fase de conservación), de acuerdo la interpretación de los artículos 22 y 27 realizada por el TC en el Expediente No. 976-2001-AA/TC<sup>88</sup>. Por lo que, de comprobarse la existencia de despidos que calcen dentro de los supuestos de fraude a la ley, deberán recibir la tutela restitutoria dispuesta por el órgano judicial encargado de resolver la causa (de acuerdo con las categorías de despido existentes en nuestro país).

### **3.3.2.2. Abuso de derecho**

El abuso de derecho lo define Rodríguez (2020) de la siguiente manera:

[...] un evento jurídico particular manifestado en una conducta humana, sea activa u omisiva, y en base a un derecho subjetivo, que se configura en un ilícito al lesionar un deber jurídico genérico, sin importar el daño causado y la intencionalidad que tuvo el agente a quien se le atribuye la acción (p. 103).

Marcial Rubio (citado en Rodríguez, 2020) afirma que

[...] el abuso del derecho consistiría en un acto en principio lícito, pero que por una laguna específica del Derecho es tratado como no lícito al atentar contra la armonía de la vida social. Tal calificación no proviene ni de la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil, ni de otras normas expresas restrictivas de la libertad, sino que se realiza por el juez aplicando los métodos de integración jurídica (p. 103).

Si bien nuestro Código Civil no señala una definición expresa para el abuso de derecho, la misma la podemos encontrar en el numeral 2 del artículo 7 del Código Civil Español (2018), el abuso de derecho es:

Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales

---

<sup>88</sup> Conocido como caso Eusebio Llanos Huasco.

del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso (p. 14).

Para Treviño (2020), lo que se deberá acreditar es que el derecho

[...] se ha ejercido de un modo que manifiestamente sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho y, además, que se produce un daño para un tercero, requisitos éstos, que no pueden identificarse, al igual que cuando nos referíamos al fraude, con la mera inexistencia de la causa, puesto que para que podamos hablar de abuso de derecho debe constatarse que el ejercicio del derecho se realiza de un modo anormal y que no va dirigido a la satisfacción de un interés legítimo del titular del derecho, como pueda ser la necesidad de adoptar medidas de extinción, sino que se pretende otra cosa distinta que además conlleva un daño a un tercero (pp. 191-192).

Como bien puede apreciarse, a diferencia del fraude a la ley, en el abuso de derecho no existen dos normas en juego, sino que se trata del ejercicio de un derecho contenido en una única norma, la cual -al margen de su intencionalidad- ocasiona un daño a un tercero, no por causa del ejercicio del derecho en sí, sino de la forma como el mismo es ejercido; ya que “Responde [...] a la concepción moderna del ejercicio de los derechos supone inexorablemente su ajuste a un principio imperante en las relaciones jurídicas, el de buena fe, constituyendo este axioma la limitación de la plasmación de los derechos subjetivos” (Asquerino, 2015, p. 154).

Coincidimos con Mas Lozada, quien expresa que, si bien esta figura sólo está regulada en el artículo 44 de la LPCL (respecto a las designaciones o promociones respecto del personal de confianza y dirección<sup>89</sup>), ello, según Mas (2018),

[...] 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 (p. 159).

---

<sup>89</sup> “En la designación o promoción del trabajador, la Ley no ampara el abuso del derecho o la simulación”.

De acuerdo con lo indicado por Asquerino (inspirándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de su país), los requisitos para que el ejercicio de un derecho sea considerado como abusivo, tienen que cumplir con algunos criterios (los mismos que se señalan a continuación:

(a) Ejercicio de un derecho amparado por la Ley. (b) El dato que nos hace inferir que estamos ante un supuesto de abuso de derecho es la forma bajo la cual se va a ejercer ese derecho, por cuanto se lleva a cabo por encima de los límites considerados como propios a un ejercicio normal del mismo. (c) La actuación es abusiva o bien cuando la intención del autor está presidida por un ánimo de causar daño a otro o bien cuando objetivamente, en función de las circunstancias bajo las cuales se despliega la actuación del titular del derecho o por el objeto perseguido puede calificarse de esta manera. (d) Se provoca un resultado dañino (Asquerino, 2015, pp. 155-156).

De acuerdo con ello y aplicando el abuso de derecho al despido durante el período de prueba podríamos afirmar, que al lesionarse en forma indirecta aspectos relacionados con el derecho al trabajo, dicho despido no estaría protegido mediante la tutela restitutoria, ya que el derecho al trabajo no se encuentra en la lista de derechos fundamentales a los que alude el artículo 29 de la LPCL (despido nulo).

Sin embargo, existen situaciones en la que, al margen de lo anterior, la extinción de la relación de trabajo supone un perjuicio (sobre todo económico, aunque también podría ser reputacional, etc.) al trabajador que bien podría ser tutelado resarcitoriamente. Asimismo, y aunque se han intentado establecer posibles supuestos respecto de la ocurrencia del abuso de derecho (sobre todo de autores adscritos a la teoría de la causalización del despido durante el período de prueba), lo cierto es que la ocurrencia de dicho instituto deberá dilucidarse caso por caso, siendo que el abuso está vinculado no tanto a la acción extintiva en sí misma (despido), sino a circunstancias concomitantes respecto de los hechos, que pueden dar lugar a un perjuicio extraordinario en la persona del trabajador (aunque no descartemos que el empleador podría verse perjudicado).

De esta forma, en la configuración de la reparación por un despido abusivo durante el período de prueba se le da una importancia en los hechos circunstanciales que hacen que el perjuicio al trabajador sea de una gravedad tal, que a criterio del juzgador el daño merezca ser resarcido; pues como indica Ferreira y Raso (citado en Mas, 2018):

[...] 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 laborales. 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 daño. Lo que nos muestra que no es suficiente que el despido parezca como injustificado para que se configure una hipótesis de despido abusivo (p. 163).

A nivel nacional, podríamos citar el ejemplo la sentencia de fecha 30 de julio de 2015, recaída en el Expediente No. 31417-2012; en que la Cuarta Sala Laboral de Lima, declaró 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” (Mas, 2018, p. 161).

Si bien desde la presente investigación hemos sido opuestos a la teoría de la causalización del despido durante el período de prueba, esta sentencia es interesante porque -al margen de que la Sala Laboral reconoce la desprotección del trabajador durante el período de prueba- indica que si el contrato de trabajo no llegó a ejecutarse (es decir, el demandante fue despedido antes de que comience la ejecución del contrato)<sup>90</sup>, no ha sido posible la comprobación de sus habilidades; y ello, unido a que el empleador supo con anterioridad que el demandante había rechazado otra oferta laboral para decantarse por aquella por la cual fue, posteriormente, despedido, ampara el otorgar una indemnización por daño moral.

Ello es así porque con este actuar el empleador afectó uno de los derechos de titularidad inespecífica reconocidos a todo trabajador (en general, a toda persona), que es el de la dignidad. Por ello indica que,

En tal sentido, el incumplimiento de la demandada que genera un daño al trabajador está constituido por la infracción de la obligación, inherente al contrato de trabajo, de respetar los derechos fundamentales del trabajador, entre ellos, el

---

<sup>90</sup> Si la empresa no “[...] le otorgó labor alguna al accionante 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”.

principio-derecho a la dignidad contemplado en el artículo 23 de la Carta Política<sup>91</sup>.

Otra sentencia que va en ese sentido es la Casación Laboral No. 7095-2014 Lima, mediante la cual la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria resuelve la demanda formulada por una trabajadora, quien luego de llevar trabajando un tiempo considerable para una empresa, fue atraída con una tentadora oferta por otra compañía (enterada de sus conocimientos y experiencia) con el fin de renunciar al empleo que tenía. No obstante, fue despedida antes de los tres meses por no superar el período de prueba.

Si bien este fallo no desarrolla el tema de los derechos inespecíficos, dispone lo siguiente:

No obstante lo indicado en el considerando anterior, la pretensión de la actora no es que se le abone la indemnización por *despido arbitrario* a que se refiere el artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, LPCP, sino que se le abone una indemnización por daños y perjuicios causada por la ruptura de la relación laboral sin respetar su experiencia y capacidad profesional para ejercer el cargo de gerente de tienda para la cual fue contratada, al haber laborado por más de seis (06) años para su empleadora [...], ocupando el cargo de Supervisor Integral, todo lo que ha sido verificado con los correos y tomas fotográficas que demuestran que cumplió con habilitar e implementar la tienda ubicada en la avenida Santa Cruz No. 398 San Isidro, lo que demuestra su capacidad y conocimiento en las labores encomendadas<sup>92</sup>.

De esta forma,

[...] resultando por esta cercanía entre ingreso y nueva contratación, creíble que dejó su anterior empleo para acceder al que le ofrecía la empresa demandada, sufriendo un perjuicio, al no respetar esta última empresa la buena fe contractual, por lo que en este caso la norma aplicable resulta ser el artículo 1321° del Código Civil que señala que queda sujeto a la indemnización por daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa

---

<sup>91</sup> Considerando 37.

<sup>92</sup> Considerando Noveno.

leve, añadiendo que el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial o tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante cuando fuese consecuencia inmediata y directa de tal inejecución<sup>93</sup>.

### **3.4. Indicios de la transgresión de derechos fundamentales**

Con lo avanzado hasta aquí se pueden dar algunos criterios respecto cómo se tiene que probar la violación de derechos fundamentales cuando se trata de las acciones de nulidad de despido, de acuerdo con lo indicado tanto por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia.

#### **3.4.1. En la doctrina y legislación**

Como se sabe, dentro de los supuestos de nulidad de despido, sólo existe uno en el cual se aplica el principio de inversión de la carga de la prueba, que es el caso de que la demanda se sustente en que el despido haya tenido como motivo el estado de gestación de la trabajadora, en que se presumirá que el despido tiene por motivo el embarazo si el empleador no acredita la existencia de causa justa para despedir; de acuerdo con lo indicado por el inciso e) del artículo 29 de la LPCL.

Para los demás supuestos y de acuerdo con la doctrina, a diferencia de las demandas por despido arbitrario, en las cuales opera el principio de inversión de la carga de la prueba (esto es, que es el empleador quien tendrá que probar la existencia de causa justa para despedir<sup>94</sup>), en las demandas por nulidad de despido es el trabajador quien deberá desplegar la actividad probatoria dirigida a probar la existencia de una motivación en el despido que vaya en contra del derecho fundamental por el cual se demanda la nulidad. Así lo indica Blancas al precisar que, a propósito de las demandas de despido arbitrario, se deja de lado el principio de la inversión de la carga de la prueba, “[...] retornando a la regla «quien afirma algo está obligado a demostrarlo»” (Blancas, 2006, p. 351).

Ello se condice con lo establecido tanto en la LPCL y su Reglamento (RLFE), como en lo dispuesto en el texto de la Ley No. 29497, Nueva Ley General del Trabajo (en

---

<sup>93</sup> Considerando Décimo.

<sup>94</sup> Sin perjuicio de lo normado por el TC y, posteriormente, en el I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral (año 2012).

adelante, NLPT). El artículo 37 de la primera de las normas mencionadas dispone que “Ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos”; lo que es complementado con lo indicado al interior del artículo 52 del RLFE, que dice que “La acción de nulidad de despido requiere que cuando menos uno de los motivos a que se refiere el Artículo 62 de la Ley [actual artículo 29 de la LPCL], sea expresamente invocado y acreditado por el trabajador como razón del mismo. Su ejercicio excluye a la acción indemnizatoria, pero puede optarse en ejecución de sentencia por el pago de la indemnización quedando extinguido el vínculo laboral”.

En cuanto a la norma procesal, de acuerdo con el artículo 23 de la NLPT, se tiene lo siguiente: “[...] 23.3 Cuando corresponda, si el demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador, tiene la carga de la prueba de: [...] b) El motivo de nulidad invocado y el acto de hostilidad padecido” (subrayado nuestro).

De esta forma, en los casos de demandas de nulidad de despido, se tiene que el *onus probandi* estará siempre del lado del trabajador; no obstante, de acuerdo a lo indicado por Arce, desde una concepción moderna de carga de la prueba, no significa que sea ella en exclusiva quien ofrezca todos los medios probatorios, aunque de hecho a ella le interesará hacerlo más que a la otra, a efectos de evitar un pronunciamiento desfavorable (Arce, 2006b, p. 224).

Ello es así porque el mandato contenido en el inciso c del numeral 23.1 del artículo 23 de la NLPT,

[...] debe entenderse, en su aspecto de regla de juicio para el juez, inserta en un esquema distributivo de la carga de la prueba que divide, inspirado en principios de la lógica y de la igualdad de partes procesales, la responsabilidad de aportar elementos al esclarecimiento probatorio del proceso (Arce, 2006b, p. 224).

Esto suena muy lógico, más aún cuando la mayoría de los despidos (sobre todo aquellos en que se lesionan derechos fundamentales) suelen hacerse en forma discreta, tratando de ocultar el real motivo que ha llegado a la decisión de despedir al trabajador; anteponiendo (para el caso que nos interesa) el que el contrato de trabajo se encontraba dentro del período de prueba; lo cual -en palabras de Pasco (citado en Blancas, 2006) dificultaría la demostración del móvil interno que dirige la decisión tomada por el empresario, lo que sería virtualmente indemostrable.

Ante ello, es que se ha desarrollado el principio de facilitación probatoria, el cual, de acuerdo con Monereo (citado en Blancas, 2006):

[...] el trabajador que aduzca que el despido obedeció al propósito de lesionar un derecho fundamental no queda liberado de toda actividad probatoria, sino que deberá probar que la concurrencia de indicios racionales de la probabilidad de la lesión alegada. Sólo después de que se hayan aportado esos indicios suficientes, el empresario demandado estará obligado a demostrar las causas reales y serias del despido en todo punto ajenas a toda intención lesiva de derechos fundamentales (p. 354).

Si bien a la luz de la interpretación literal de lo dispuesto por la LPCL, no se podría asumir la aceptación de indicios o presunciones, consideramos válidos los cuestionamientos realizados por un sector de la doctrina, al indicar que de ser ello así, existiría una contradicción entre lo dispuesto por el artículo 37 de la LPCL y lo dispuesto por el numeral 23.5 del artículo 23 de la NLTP<sup>95</sup>, que admite que la decisión del juez puede darse en base a indicios (siempre y cuando permitan presumir la existencia del acto lesivo). Por tanto, sería ilógico aceptar que todos los procesos laborales gocen “[...] de medidas reductoras de la carga probatoria, tales como los indicios o las presunciones simples, menos los que debieran tenerlas en atención a una característica: la dificultad de la de la prueba del hecho discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales” (Arce, 2006b, p. 226).

Es por ello que soy de la opinión que la disposición del artículo 37 de la LPCL deberá ser interpretada a la luz de lo dispuesto por las normas procesales presentes en el artículo 23 de la NLPT, pues -de acuerdo al antecedente existente en el Pleno Jurisdiccional Laboral de 1997<sup>96</sup>- según indica Vicuña y Santos (2016),

[...] se trata, en rigor, de lo que técnicamente se denomina principio de prueba. El trabajador debe aportar indicios que no prueben inmediata y directamente el hecho principal –la conducta lesiva– sino que, cosa distinta, hechos o

---

<sup>95</sup> “23.5 En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

<sup>96</sup> El mismo que, en su acuerdo No. 7, indicó que “En los procesos en que se ventile la nulidad del despido, si bien el juez no puede utilizar las presunciones, deberá apreciar, evaluar y determinar el mérito de los indicios que se aporten con los medios probatorios, para poder determinar objetivamente la causa real que motivó el despido”.

circunstancias que logren generar en el juez laboral la sospecha razonable de que esa conducta lesiva demandada se ha producido (Vicuña & Santos, 2016, p. 39).

Así las cosas, el numeral 23.3 del artículo 23 de la NLPT es un precepto que

[...] no hace sino insertar en materia probatoria, y especialmente en lo que concierne a la prueba del despido nulo, la posibilidad de acudir a los indicios para generar en el juez una mínima convicción de que el empleador ha despedido al trabajador por una razón inconstitucional (Toyama & Huamán, 2019, p. 63).

En la línea en que la doctrina se ha ido decantando por esta interpretación (discusión que data de la vigencia de la Ley No. 26636, Ley Procesal del Trabajo), la jurisprudencia ha ido aceptando dicha forma de interpretar la obligación de desplegar la actividad probatoria en los casos de nulidad de despido; a la cual nos referiremos a continuación.

#### **3.4.2. En la jurisprudencia**

Con relación a la jurisprudencia sobre nulidad de despido, y centrándonos en los fallos tanto nacionales como extranjeros revisados en el punto 3 del presente Capítulo, se tiene que los jueces entienden que

[...] el legislador ha entendido el despido nulo en general presenta dificultades para su acreditación en juicio, pues el trabajador debería acreditar para su configuración un motivo causado por su empleador que afecta directamente uno de los derechos constitucionales recogidos en la lista cerrada del artículo 29° LPCL. En tanto que tal motivo corresponde a la esfera psíquica del empleador o de sus representantes resulta difícil, cuando no imposible, su probanza y, por ende, resulta lógico que para verificar su conformación se ha de atender a los indicios que razonablemente permitan advertir el o los motivos prohibidos alegados, puesto que incluso debido a las consecuencias del despido nulo el empleador tiende a ocultar los verdaderos móviles de su decisión<sup>97</sup>.

---

<sup>97</sup> Sentencia de la Octava Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima en el caso de Kin Rachel Asto Bautista contra JRC Ingeniería Y Construcción S.A.C. sobre Nulidad de Despido por motivo de lactancia (Expediente No. 02889-2016-0-1801-JR-LA-18).

De acuerdo con ello, daremos algunos alcances sobre los argumentos fácticos de algunas de las sentencias analizadas con la finalidad de poder tener algunos conocimientos relativos a los hechos tomados en cuenta por la judicatura para resolver las demandas de despido nulo analizadas.

### **3.4.2.1. Supuestos de discriminación**

Así las cosas, uno de los criterios más importantes que maneja de judicatura es el contexto en el cual se produjeron los hechos, pues no es lo mismo despedir a un trabajador argumentando que se encuentra durante el período de prueba (así no se tenga la obligación de sustentar los motivos del despido), que hacerlo luego de que el trabajador haya quedado incapacitado (más aún si el hecho incapacitante se dio en ejercicio de sus funciones). De esta forma lo indica la jurisprudencia argentina precisar que el trabajador demandante

[...] con fecha 27/10/11 sufrió un accidente de trabajo; que el 12/1/12 fue dado de alta médica; que al día siguiente, el 13/1/12, notificó a su empleadora que pese al alta médica no se encontraba aún en condiciones de retomar tareas y que en la misma fecha, es decir, al día siguiente del alta médica y contemporáneo con el reclamo del trabajador su empleadora puso fin al contrato de trabajo que se encontraba en período de prueba “por no adecuarse su perfil –el del actor- a las expectativas del puesto<sup>98</sup>.

Caso contrario ocurrió en Colombia, en el que para la Corte Constitucional de ese país la demandante, quien había sido despedida durante el período de prueba alegó que la evaluación realizada (y que no superó) le fue practicada con la desventaja de haberse ausentado varios días por encontrarse incapacitada para laborar. Así las cosas y siendo que había alcanzado una calificación cercana a la mínima requerida para superar la prueba, considera que

[...] la evaluación realizada por la entidad financiera demandada se basa en el cumplimiento de objetivos cuantificables (metas de producción como unidades elaboradas, servicios contratados, productos vendidos, etc.) que, como es obvio, no pueden ser acreditados si el trabajador está inhabilitado para desempeñar las funciones propias del cargo durante el periodo evaluado. Sin embargo, la Corte

---

<sup>98</sup> Expediente No. CNT 46928/2012/CA1 (Fritz Leonardo David c/ Envases del Plata S.A. y otro s/ Despido).

advierte que los criterios utilizados por el Banco Colpatria para evaluar el desempeño de la señorita Prado Tristancho distan de referirse en tales condiciones cuantitativas y, en contrario, constituyen parámetros de naturaleza cualitativa, que dan cuenta de las aptitudes del trabajador para el ejercicio de la labor encomendada. En este sentido, el hecho que la actora haya estado incapacitada para laborar por un lapso de once días durante la vigencia del periodo de prueba, no constituye un factor que modifique de forma sustancial la valoración de dichos criterios<sup>99</sup>.

De esta forma podemos apreciar que, si bien los argumentos de la demandante podrían haber parecido convincentes, la actividad probatoria desplegada por la empresa demandada pudo formar convicción en el juez que la motivación del despido no fue discriminatoria, sino objetiva en base a una evaluación practicada en base a parámetros cuantitativos.

#### **3.4.2.2. Libertad sindical**

En cuanto a la libertad sindical, podemos apreciar que -a nivel de la jurisprudencia española- mientras que se opta por desestimar reclamos basados en las meras afirmaciones del trabajador (quien indicó que había sido despedido en función de que quiso conseguir más afiliados para su sindicato) o por no acoger los argumentos de otro trabajador, quien habría afirmado ser despedido por su condición de ser afiliado a una organización sindical y tener militancia política (sentencias del STSJ de Islas Canarias, del 27 de junio de 2009<sup>100</sup> y STSJ de Islas Baleares del 09 de julio de 2004<sup>101</sup>, respectivamente); sí acoge el argumento del trabajador en el sentido de haber sido despedido luego de comprobarse su pertenencia a una organización sindical, así como haberse presentado a elecciones o haber sido dirigentes<sup>102</sup>.

A nivel nacional, se tiene que el Tribunal Constitucional declaró FUNDADA la demanda realizada por un trabajador que fue despedido por su empleadora, en virtud de haberse

---

<sup>99</sup> Acción de tutela interpuesta por Nhora Yarima Prado Tristancho contra el Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria S.A. (Sentencia T-978/04).

<sup>100</sup> AS 2009/2566.

<sup>101</sup> AS 2004/3349.

<sup>102</sup> Sentencias emitidas por el STSJ emitidas por la Comunidad Valenciana los días 27 de julio de 2004 y 17 de noviembre del mismo año (signadas con los códigos AS 2004/3687 y AS 2004/3876, respectivamente).

afiliado a un sindicato haber sido elegido representante<sup>103</sup>; lo que también es posible que ocurra durante el período de prueba (más aún si se comprueba, como en este caso, que los demás afiliados a la organización sindical formada antes de los despidos, también fueron despedidos). Por el contrario, la Corte Suprema desestimó la demanda interpuesta por un trabajador que alegó haber sido despedido por su participación en actividades sindicales, pues de los hechos contrastados al interior del proceso, se determinó que dicho trabajador había sido despedido por cometer una falta grave (además logró probarse que los demás trabajadores protegidos por el fuero sindical seguían laborando para la demandada)<sup>104</sup>.

En la Casación Laboral N° 13121-2017 La Libertad, la Corte Suprema desestimó la demanda de despido nulo realizada por José Percival Castillo Pereyra por su participación en actividades sindicales, debido a que realmente fue despedido por la comisión de falta grave contra el Reglamento de la Compañía Casa Grande S.A.A. por quedarse dormido en horas de labores.

De esta forma, estamos en condiciones de afirmar que en los casos en que los trabajadores están protegidos por el denominado “fuero sindical” bastará el demostrar que ha participado en actividades sindicales para que existe un indicio razonable de que el despido se produjo con motivo de la actividad sindical realizada por el recurrente. Por el contrario, cuando el despido sólo se base en la alegación de actividades sindicales, el juez tendría que tomar en cuenta la conducta del empleador tanto con otros trabajadores como la conducta del trabajador antes de ser despedido.

### **3.4.2.3. Tutela judicial efectiva**

En cuanto a la jurisprudencia derivada de despidos en los que el trabajador alega la represalia patronal por el inicio de acciones en contra del empleador traducidas en la extinción de la relación de trabajo, se tiene que -como ya se sabe- las quejas de carácter laboral deberán ser interpuestas ya sea ante la autoridad judicial como administrativa. De los fallos analizados, se tiene que la judicatura falló a favor de los demandantes en

---

<sup>103</sup> Sentencia del TC recaída en el Expediente No. 00221-2015-PA/TC (Amparo interpuesto por David Antero Tito Flores contra Compañía Minera Antapaccay S.A.).

<sup>104</sup> Casación Laboral No. 13121-2017 La Libertad, en donde la Corte Suprema desestimó la demanda de despido nulo realizada por José Percival Castillo Pereyra contra Compañía Casa Grande S.A.A.

los casos en que habían interpuesto denuncias (ya sea ante el Poder Judicial<sup>105</sup> o ante la Autoridad Administrativa de Trabajo<sup>106</sup>) y los empleadores sabían de la interposición de las reclamaciones, asumiendo que se habían realizado los despidos como actos de represalia.

Situación distinta es cuando el reclamo que da origen al despido es interpuesto bien por persona distinta o por alguna organización gremial cuando, así tenga por integrante al trabajador reclamante, éste no le haya conferido su representación. De acuerdo con lo indicado en el punto 3.1.4. del presente capítulo<sup>107</sup>, que declaró infundada la Casación interpuesta por la demandante.

### **3.5. Adecuada reparación frente al despido lesivo de derechos fundamentales durante el período de prueba**

Para culminar con la presente tesis, haremos una clasificación de los tipos de tutela para los despidos ocurridos dentro del período de prueba ya sea si los derechos afectados con la extinción son aquellos protegidos por la figura del despido nulo, como aquellos casos en que se afecten otros derechos.

#### **3.5.1. Derechos fundamentales protegidos por el despido nulo**

De acuerdo con los conceptos ya vistos a lo largo de los capítulos I y II del presente trabajo de investigación, se tiene que, en los casos de afectación de los derechos fundamentales protegidos por la figura del despido nulo, la tutela ofrecida en virtud de la constitución, normas legales y tratados internacionales suscritos por nuestro país es de tipo restitutoria; es decir, se dispondrá la reposición del trabajador en el puesto que venía ocupando antes de la afectación.

Siguiendo esta línea de ideas, se tiene que lo siguiente:

---

<sup>105</sup> Casación Laboral No. 15508-2017 Lima Este, en donde la Corte Suprema declaró FUNDADA la demanda sobre nulidad de despido interpuesta por Hilda Maribel Parari Cruz contra la Municipalidad Distrital de la Molina.

<sup>106</sup> Casación Laboral No. 2610-2011 La Libertad, mediante la Corte Suprema rechaza el recurso de Casación interpuesto la demandada (Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT) contra la sentencia que declaró fundada la demanda de nulidad de despido interpuesta por Analí Kenny Laos Chang.

<sup>107</sup> La Casación Laboral No. 18121-2015, Lima, mediante la se resuelve la demanda sobre nulidad de despido y otros interpuesta por Luz Mary Huamán Kala de Chinguel contra Tiendas por Departamento Ripley S.A.

[...] la sentencia que resuelve favorablemente la pretensión de declarar nulo el despido, en tanto produce una revocación judicial del acto extintivo, ha de tener un contenido de carácter dual. Así, aun cuando el despido existe materialmente, lo que pretende la sentencia es variar tal situación, privando al acto, con efecto ex tunc, de toda eficacia jurídica (carácter declarativo. Sin embargo, simultáneamente, el juez estará obligado a condenar a la remoción de todos los efectos derivados del mismo, reponiendo la situación fáctica existente al momento anterior a producirse el despido (carácter de condena) (Arce, 2006b, p. 237).

Así las cosas, el mandato de reposición se configura como un pedido doble, y además complejo, pues supone el cumplimiento de otras prestaciones dependientes del mismo, como el pago de las remuneraciones caídas (devengados), los beneficios sociales que pudieran corresponder (compensación por tiempo de servicios, aumentos de salario, mantenimiento de su nivel de remunerativo, etc.) durante el tiempo en que el trabajador estuvo privado de su empleo.

Al margen de ello, debe indicarse que, de acuerdo a lo indicado por el segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL, “En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38”; lo que quiere decir que el trabajador podría optar por recibir una tutela resarcitoria, no obstante, la misma no es incompatible con los temas accesorios (remuneraciones caídas, etc.) a los que ya nos hemos referido; pues lo único que ello reemplaza es al mandato de reposición.

Dicho esto, se debe hacer notar que la tutela restitutoria reservada para los casos de despido nulo tendrá un funcionamiento distinto, dependiendo del tipo de contrato que tenga el trabajador. Así, para contratos a plazo indefinido, la reposición surtirá efectos plenos, al determinar que el trabajador tiene que ser readmitido en su empleo y que, al rechazarse el despido por superación del período de prueba (al ser lesivo de derechos constitucionales), sólo podrá ser despedido por causas imputables a su capacidad o a su conducta, de acuerdo con lo dispuesto al interior de la LPCL.

En el caso de los contratos sujetos a modalidad ello cambia, pues si bien el trabajador cuyo despido es declarado nulo deberá ser repuesto a su empleo (sólo pudiendo ser cesado por las mismas causales que las señaladas en el párrafo anterior); la reposición

sólo le asegurará reincorporarse a su empleo mientras el contrato temporal tenga plena vigencia.

Sin perjuicio de lo anterior, se tiene que la reposición de los trabajadores con contratos sujetos a modalidad trae otro problema, cuando la causa objetiva que en su momento motivó la contratación ha desaparecido. Si, por ejemplo, una trabajadora es contratada sujeta a modalidad por suplencia y luego es despedida (durante el período de prueba) y al momento de dictaminarse su reposición (declarándose la nulidad del despido por alguno de los motivos recogidos en el artículo 29 de la LPCL) la persona que necesitaba ser suplida (como bien podría ser una secretaria que se ausentó por licencia pre y post natal) ya ha regresado.

Volviendo a la generalidad de casos, se tiene que la probabilidad de que el trabajador despedido durante el período de prueba (ya sea contrato a plazo indefinido o sujeto a modalidad) sea repuesto por un juzgado que declare la nulidad de dicha extinción, o que (una vez que haya ganado el juicio) opte (durante la etapa de ejecución de sentencia) por el pago de la indemnización por despido arbitrario sería, por lo general, diminuto. Ello sería así, en función a que el pago recibido (en caso de ser un contrato a plazo indeterminado) sería ínfimo<sup>108</sup>; mientras que, en caso el contrato fuese a plazo fijo, el pago podría ser considerable sólo si es que se estuviera ante un vínculo sujeto a modalidad que fue abruptamente interrumpido cuando le quedaban 8 o más meses (pues no se puede superar el tope de 12 remuneraciones)<sup>109</sup>, puesto que si le hubiera quedado menos tiempo la indemnización sería menor.

Ahora, tomando en cuenta la dilatada duración de los procesos laborales (incluyendo al abreviado) en los que ha derivado la gran cantidad de demandas presentadas al amparo de la Ley No. 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (así como los plenos jurisdiccionales que han determinado la inclusión de algunas causas dentro del proceso

---

<sup>108</sup> Ya que, de acuerdo con el artículo 38 de la LPCL, *“La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda [...]”*. Con lo que la indemnización por despido arbitrario por la que podría optar el trabajador sería de una fracción de las 1.5 remuneraciones a percibir por año.

<sup>109</sup> En función a que el artículo 76 de la LPCL dispone que *“Si el empleador [...] resolviera arbitrariamente el contrato, deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce (12) remuneraciones”*.

laboral<sup>110</sup>), y la -muchas veces- reducida reparación del daño, una vez declarado por el juzgado, hacen que el camino para reparar la nulidad del despido durante el período de prueba sea engorroso, además de que muchas veces la tutela dispuesta por la norma positiva (la reposición o indemnización por despido arbitrario, según sea el caso) sea un desincentivo para demandar este tipo de reparación frente a la extinción de la relación de trabajo durante la etapa inicial de la relación.

Frente a ello, consideramos que debería tratarse la tutela del despido nulo frente a la extinción del contrato durante el período de prueba desde una perspectiva que permita al trabajador recibir una reparación que no sólo suponga una readmisión en su empleo, sino que también desincentive a que los empresarios interpreten la desprotección frente al despido arbitrario como un período de tiempo en el cual se podría dar por terminada la relación laboral en contravención de cualquier derecho (entre ellos los fundamentales); siendo ello así en función a que -de las normas analizadas y la dinámica de los actuales procesos judiciales en sede laboral- las reparaciones ante este tipo de despidos devienen en reducidas o pírricas, pues el camino para conseguirlas vale la pena en muy pocos casos (contratos a plazo indeterminado o contratos a plazo fijo cuya duración era larga y/o con un buen salario, etc.).

En función a ello, los jueces podrían tratar este tipo de demandas de tal forma que, sin desnaturalizar la figura del despido nulo, ofrezcan una tutela resarcitoria que cumpla su cometido: reparar el daño cometido mediante el despido lesivo de derechos fundamentales protegidos por la figura del despido nulo de una forma que no sólo desestime a que los empleadores incurran en este tipo de conductas, sino que incentiven a los afectados a denunciar este tipo de medidas.

A manera de propuesta y sin ánimo de analizar el tema desde un punto de vista constitucional (lo cual podría ser el punto de partida para futuras investigaciones), considero posible -tal como veremos en el siguiente acápite- que los casos de nulidad del despido por lesiones a los derechos fundamentales durante el período de prueba reciban una tutela resarcitoria igual que para aquellos casos de abuso de derecho. No obstante, considero que ello debería partir del tipo de demanda a interponer; es decir, en vez de pedir la nulidad del despido, podría solicitarse una indemnización por daños y perjuicios.

---

<sup>110</sup> Recordemos que a partir del I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral (año 2012), se dispuso que la procedencia de la pretensión de reposición por despido incausado y despido fraudulento en la vía ordinaria laboral.

Si se fuera más allá, podríamos advertir, que la indemnización por daños y perjuicios podría ser no sólo excluyente a la reposición, sino también complementaria a ésta (tal como veremos en el siguiente punto).

### **3.5.2. Otros derechos**

De acuerdo con lo ya visto en el punto 3.2.2 del presente Capítulo, con ocasión del despido realizado durante el período de prueba, se pueden dañar derechos que no están protegidos por el mandato de reposición (despido nulo) y cuya titularidad es inespecífica; tal como sucede en los casos en donde se constituye la figura del abuso de derecho. Si bien se ha descartado la figura de la causalización del despido durante el período de prueba y la tutela en solitario del derecho al trabajo (en su fase de conservación) durante dicha etapa, consideramos que aquí se encuentra la vía para dar una adecuada reparación frente a la nulidad del despido durante el período de prueba.

En los casos de abuso de derecho, en los que la afectación al trabajador despedido durante la etapa inicial de la relación laboral es de tal gravedad, en función a las circunstancias en que se ha llevado a cabo el despido (por ejemplo, cuando se comprueba que el empleador sabía de otra oferta laboral que el trabajador había rechazado para optar por el puesto del cual fue despedido antes de comenzar la ejecución del contrato, o cuando el empleador -tras una tentadora oferta luego de conocer las habilidades y experiencia del trabajador- saca a éste del puesto que venía ocupando para despedirlo durante el período de prueba), más que al propio despido en sí, el juez ha considerado dichos despidos como atentatorios a los derechos inespecíficos, como el caso de la dignidad, dando la tutela correspondiente al daño moral sufrido.

A propósito de ello, en los fallos examinados a propósito del despido abusivo se adopta una tutela resarcitoria que puede ser aplicable también para el caso de los despidos que vulneren aquellos derechos protegidos por el despido nulo. En dicho sentido, Mas Lozada sostiene 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” (Mas, 2018, p. 188); posición a la cual nos adherimos. De acuerdo con el autor citado, dicha posición se apoyaría en lo dispuesto por el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral, cuyo pleno acordó en mayoría lo siguiente:

En los casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y el daño moral” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2016, p.6)<sup>111</sup>.

Si bien discrepo de la posición de Mas Lozada respecto a la causalización del despido durante la etapa inicial de la relación de trabajo (lo que incluye el tratamiento de los despidos “fraudulentos”), considero que para aquellos despidos calificados como “abusivos”, esta figura podría ser perfectamente aplicable (de acuerdo a como lo ha señalado el Poder Judicial a propósito de los fallos analizados en el numeral 3.2.2 del presente Capítulo), disponiendo el pago de una indemnización por daños y perjuicios. No estamos indicando que la reposición y la indemnización (simultáneamente) serían una forma adecuada de reparar aquellos despidos catalogados de abusivos (de conformidad con el artículo 27 de la Constitución), sino que -a diferencia de la tutela establecida en el caso de los despidos incausados y fraudulentos (en donde sí se acepta la confluencia de mandatos de reposición e indemnización por daños y perjuicios<sup>112</sup>)- consideramos compatible con el dispositivo antes citado que la indemnización por daños y perjuicios (más no la reposición) sea otorgada en estos casos, al estar de acuerdo con los pronunciamientos emitidos por el Poder Judicial en dicho sentido.

De la misma forma, esto podría suponer la salida a aquellos despidos realizados durante el período de prueba que puedan ser calificados de nulos, pues como ya hemos visto, solicitar una reposición por este tipo de despidos durante el período de prueba podría devenir en poco eficaz (ya sea por asuntos probatorios, de plazo del contrato, etc.); aunque para ello, lo mejor sería que el Poder Judicial emita un pronunciamiento unificado (Pleno Laboral) o se produzca una reforma legislativa que recoja esta alternativa, desde la perspectiva adoptada tanto la investigación de Mas Lozada como por la presente tesis.

---

<sup>111</sup> Punto III. Indemnización y remuneraciones devengadas en los casos de despido fraudulento y despido incausado.

<sup>112</sup> Ello debido a que, a diferencia de los procesos de nulidad de despido (que tienen como medida complementaria el pago de las remuneraciones caídas), en las demandas por despido incausado o fraudulento ello no está regulado, lo que se resolvía (cuando estos procesos eran llevados a través del Amparo) con una demanda por daños y perjuicios en la vía ordinaria. No obstante, a partir del I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral, ambas pretensiones (reposición e indemnización) son llevadas en la vía ordinaria.

Finalmente, tanto en los casos de nulidad de despido como en los casos de abuso de derecho en los despidos cometidos durante el período de prueba, considero que cuando se crea que la contratación a plazo fijo se encontraba desnaturalizada desde el principio, la demanda a plantearse debería contener la pretensión de desnaturalización del contrato de trabajo; de esa forma se podría tener un indicio que podría servir, bien sea para que la readmisión en el empleo pueda darse por plazo indefinido (en caso se demanda la nulidad) o bien para que la judicatura esté en posición de tener argumentos que le permitan fijar una indemnización más alta.



## Conclusiones

1. El período de prueba es aquella fase de la relación de trabajo que sirve para que cada una de las partes evalúe las aptitudes (tanto laborales como personales) de la otra, con el fin de ratificar su decisión de continuar con la relación de trabajo. Así, esta etapa inicial del contrato de trabajo tiene como finalidad la comprobación práctica de las cualidades de la contraparte en el cumplimiento de la prestación a la cual se encuentra obligada; lo que ayudará a crear certeza respecto de la voluntad de continuar o no con el vínculo. En función de ello es que, dentro de la misma se flexibilizan los requisitos para la extinción de la relación laboral, ya sea por parte del trabajador (que puede renunciar sin estar obligado a respetar el tiempo de preaviso) o del empleador (que podrá despedir al trabajador sin expresión de causa).
2. Lo que se quiere dentro de esta etapa de la relación laboral es privilegiar los intereses de las partes (sobre todo los del empresario), flexibilizando los requisitos previstos en el ordenamiento legal para extinguir la relación de trabajo, en caso una de las partes (o ambas) no se encuentre conforme con lo demostrado por la otra; prefiriéndose la protección de los intereses económicos del empleador (en su calidad de dueño de los medios de producción) al dar mayor importancia a principios como la libertad de contratación y la libre iniciativa económica en el contexto de una relación jurídica de carácter personalísimo, como una de las notas esenciales de todo contrato de trabajo.
3. Lo anterior se ha visto plasmado tanto en las normas internacionales (OIT) como en las pertenecientes a nuestro ordenamiento interno. En atención a dichas normas, los Estados pueden inaplicar las disposiciones del Convenio durante la etapa inicial del contrato, disponiéndose que el trabajador no tendrá la protección contra el despido arbitrario, sino hasta la superación del período de prueba (respectivamente). De otra parte, si bien esta etapa de la relación de trabajo tendrá una duración, en un principio, de tres meses, puede ser pasible de tener una duración mayor para el caso de que los trabajadores sean calificados u ostenten la calidad de personal de confianza o de dirección, para lo cual se requerirá de formalidad escrita; por lo que el aumento en el lapso de la prueba será una estipulación *ad solemnitatem* en caso quiera ser aplicada en forma válida.
4. La regulación del período de prueba no toma en cuenta algunos aspectos como la duración del contrato (ya que se establece el mismo tiempo de prueba tanto para

contratos indeterminados como para aquellos a plazo fijo), la cualificación del trabajador o la naturaleza misma de las actividades a realizar; llegándose a extremos en que pueden existir contratos cuya duración está englobada enteramente dentro del período de prueba. En cuanto a la protección a la que debería tener derecho todo trabajador aun encontrándose en la etapa inicial del contrato de trabajo, la regulación de la prueba en el ordenamiento nacional ha ocasionado que se cometan despidos abusivos o atentatorios de derechos fundamentales, los mismos que no son debidamente tutelados por el órgano jurisdiccional.

5. Los derechos fundamentales surgen como la respuesta de ordenamiento jurídico a la obligación de establecer determinados parámetros con los cuales se busca conminar a cualquier poder a respetar determinadas prerrogativas inherentes a la condición de persona de todo ser humano; así, los derechos fundamentales se constituyeron en una barrera infranqueable para la actuación de los poderes públicos; evolucionando al punto de ser también oponibles a las relaciones entre particulares, como son las relaciones de trabajo. En el contrato de trabajo, se da una disparidad de posiciones, similar a la establecida entre los ciudadanos y el Estado (sin perjuicio de la actuación del Estado en la calidad de empleador), en donde existe una desproporción de fuerzas que puede conllevar a que se cometan abusos.
6. De acuerdo con su contenido y lo dispuesto tanto por la doctrina como por el Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales están compuestos de un contenido esencial, un contenido no esencial y un contenido adicional; los cuales se diferencian en su importancia con relación al disfrute del derecho, y que pasan de ser intangibles (contenido esencial) a poder ser afectados (contenido no esencial) o ser sólo un instrumento para el disfrute del derecho (contenido adicional). También existen algunos derechos fundamentales cuya configuración en la norma constitucional es sólo un parámetro de actuación que tendrá que ser diseñado por el legislador, a través de normas infra constitucionales (derechos fundamentales de configuración legal).
7. Acorde con la evolución de la teoría de los derechos fundamentales en búsqueda de la igualdad entre las personas, surgen los fenómenos de la constitucionalización de los derechos laborales, así como la laboralización de los derechos constitucionales, los mismos que buscan no sólo dar protección a aquellos derechos fundamentales que pueden ser ejercidos, únicamente, al interior de la relación de

trabajo (como, por ejemplo, la libertad sindical), sino también reconocer la titularidad de los derechos de orden constitucional al interior de la relación de trabajo (como la discriminación, el derecho a la tutela judicial efectiva, etc.), respectivamente; aunque el listado de éstos últimos no se agota con los que acabamos de mencionar, por lo que a este tipo de derechos (en caso no estén incluidos expresamente en la norma laboral positiva) se les conoce como “inespecíficos”.

8. Nuestro ordenamiento ha establecido una protección especial para los casos de despido con afectación de derechos fundamentales al interior de la relación de trabajo, la cual está regulada a través de las figuras del despido nulo y el proceso de amparo. Si se trata de derechos netamente laborales (como la libertad sindical) y algunos derechos inespecíficos como la discriminación (incluyendo el caso especialísimo de la madre trabajadora) y la tutela judicial efectiva (incluidos en el artículo 29 de la LPCL), la acción que corresponderá ejercer es la de nulidad de despido; mientras que si los derechos fundamentales afectados son aquellos que no se encuentran en la norma (los denominados inespecíficos), se tendría que ir a la vía constitucional a través de un proceso de amparo.
9. Partiendo de que la forma por excelencia de afectar los derechos fundamentales durante el período de prueba es mediante la extinción del vínculo a través del despido, afirmamos que la carencia de protección frente al despido arbitrario durante el período de prueba, no significa que se esté ante una desprotección total del trabajador, pues los derechos fundamentales (y su protección) son transversales a toda nuestra legislación, siendo que la relaciones de trabajo no pueden sustraerse ante este tipo de mandato. Si bien ello podría parecer lo más lógico, los órganos jurisdiccionales suelen rechazar las demandas contra los despidos realizados en el período de prueba por el simple hecho de que la extinción se llevó a cabo cuando el contrato de trabajo se encontraba en dicha etapa; sin considerar que pueden lesionarse derechos fundamentales desde el primer día de la vigencia de la relación laboral.
10. Existen posturas en la doctrina que, en un afán de extremar la protección contra el despido del trabajador, adoptan la tesis -a nuestro criterio, equivocada- de la causalización del despido durante el período de prueba. No obstante, se deja en claro que, desde nuestro punto de vista, esta postura no sería adecuada, en función de que la misma le resta importancia al objeto de la prueba y los intereses que se protegen mediante la flexibilización de los requisitos para poder dar por concluida la relación laboral, equiparando esta etapa del contrato al resto de la relación; lo

que quitaría al período de prueba su naturaleza, su razón de existir. Nuestra posición no sólo está respaldada por un sector de la doctrina, sino también por las categorías de despido existentes en nuestra legislación (al margen de las modificaciones realizadas por la jurisprudencia), como por los aspectos prácticos contrarios a la aplicación del despido causalizado (no habría diferencia entre despedir por período de prueba y por bajo rendimiento).

11. De acuerdo con lo establecido al interior de nuestra legislación, los despidos realizados mediante la transgresión de los derechos fundamentales establecidos en el artículo 29 de la LPCL son pasibles de protección así los mismos hayan sido ejecutados durante el período de prueba; ya que la vigencia de dichos derechos es inherente a toda la relación de trabajo. Los procesos de nulidad de despido en donde se prueba que el despido obedeció a los motivos prohibidos inherentes a la discriminación (en general), estado de gestación, libertad sindical y por actos en contra del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, deberán ser declarados como nulos, procediendo a la reposición del trabajador en su puesto de labores.
12. Si bien los supuestos de fraude a la ley no serían amparados, por motivo que no serían despidos propiamente realizados durante el período de prueba (a nuestro criterio deberán ser tratados como despidos incausados), los supuestos de abuso de derecho sí lo estarían, pero no por haberse transgredido determinados derechos fundamentales, sino en virtud de circunstancias externas o concomitantes que tendrían que ser analizadas caso por caso; aclarando que la tutela para el despido durante el período de prueba será de índole resarcitoria, pues estamos ante casos ajenos a la nulidad de despido en los que se deberá dictaminar el pago de una indemnización por daños y perjuicios.
13. El sistema de actuación probatoria tanto para los casos de nulidad de despido como para los casos del despido realizado mediante el abuso de derecho será el mismo que si la extinción realizada fuera hecha luego de transcurrido el período de prueba; es decir, si no se tiene pruebas fehacientes de que el despido se debió a circunstancias prohibidas por nuestro ordenamiento (por ejemplo, discriminación o atentados a la libertad sindical, etc.) se deberá considerar a los indicios a fin de formar convicción en los juzgados respecto de la presencia del componente prohibido en la nulidad de despido. De igual forma, en los casos de abuso de derecho deberán actuarse los medios probatorios, como si se tratara de cualquier otro cuestionamiento sobre el fin de la relación de trabajo, cuya pretensión verse sobre aspectos indemnizatorios.

14. En cuanto a la idoneidad de las reparaciones ofrecidas por nuestra legislación, se tiene que el solicitar la reposición sólo sería una solución plenamente efectiva en tanto y en cuanto la relación de trabajo haya sido contratada a plazo indefinido, siendo que en los casos de contratación temporal, la relación de trabajo estará asegurada sólo hasta finalizar el plazo del vínculo; en cuanto al cobro de la indemnización por despido arbitrario en la fase de ejecución de sentencia, se tiene que salvo que se trate de un contrato modal al que le queden 8 o más meses antes de su finalización, la indemnización a cobrar sería muy pequeña; desincentivando al trabajador despedido a demandar. Frente a ello, se propone que se pueda otorgar una tutela de tipo resarcitorio para los casos de nulidad de despido, la misma que podría ser, tanto excluyente como complementaria, a la pretensión de reposición.



## Referencias bibliográficas

- Aguilera, A. (2007). Discriminación directa e indirecta. Comparación y crítica del concepto de discriminación en el Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1 - 17.
- Alonso, M., & Casas, M. (2008). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Thomson - Civitas.
- Álvarez, F. (1985). Compensación por Tiempo de Servicios. *Derecho*, 7-86.
- Aparicio, R. (2013). El período de prueba, la carga de la prueba y la tutela jurídica de los trabajadores. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (175), 29-33.
- Aparicio, R. (2016). Una revisión del concepto de período de prueba frente a la nueva doctrina del Tribunal Constitucional. En *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIX (pp. 139-161). San Lorenzo del Escorial: Real Centro Universitario Escorial - María Cristina.
- Arce, E. (2006a). *Estabilidad Laboral y Contratos Temporales* (Cuaderno de Trabajo No. 1). Recuperado de [https://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2019/05/estabilidad\\_laboral-y-contratos-temporales.pdf](https://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2019/05/estabilidad_laboral-y-contratos-temporales.pdf)
- Arce, E. (2006b). *La nulidad del despido lesivo de Derechos Constitucionales*. Lima: Ara Editores.
- Arce, E. (2012). La tutela laboral de los derechos fundamentales del trabajador: Una asignatura pendiente en tiempos de reforma. *Derecho PUCP*, 435-448.
- Asquerino, M.J. (2015). *El período de prueba en los contratos de trabajo* (Tesis doctoral). Recuperado de <https://idus.us.es/handle/11441/34788>
- Ballester, M. (1995). *El período de prueba*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Blancas, C. (2003). La protección contra el despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional. *Derecho & Sociedad*, (21), 154-171.  
Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17366>
- Blancas, C. (2006). *El despido en el Derecho Laboral peruano*. Lima: Ara Editores.
- Caamaño, E. (2001). La discriminación laboral indirecta. *Revista de Derecho*, 12(2), 67 - 81.
- Cáceres, J. (2009). La ampliación del período de prueba. *Actualidad Empresarial No. 174 - Primera Quincena de Enero*. Recuperado de [http://www.aempresarial.com/web/revitem/4\\_8954\\_81024.pdf](http://www.aempresarial.com/web/revitem/4_8954_81024.pdf)
- Carpio, E. (2004). *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima: Palestra.

- Castillo, L. (2010). El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (14), 89-118.
- Castillo, L. (2014). El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales. *Foro Jurídico*, (13), 143-154. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13783>
- Código Civil Español (2018). *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil*. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>
- Constitución Española [Const]. Artículo 53. 31 de octubre de 1978 (España).  
Recuperado de <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>
- Constitución Política del Perú [Const]. Artículo 23. 29 de diciembre de 1993 (Perú).  
Recuperado de <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf>
- Colmenares, A. (2011). Los derechos laborales inespecíficos. Enfoque en el derecho venezolano. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, (13), 57 - 86.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2016). *V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional*. Recuperado de <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2ff4b3004a5625a0a90dfdb1377c37fd/V+PLENO+JURISDICCIONAL+SUPREMO+LABORAL-+A%C3%B1o+2016-comprimido.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2ff4b3004a5625a0a90dfdb1377c37fd>
- De la Cueva, M. (1970). *Derecho Mexicano del Trabajo, Tomo I*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.
- Decreto Supremo No. 001-96-TR. Reglamento de Ley de Fomento al Empleo. Presidencia de la República del Perú (1997). Recuperado de <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0011/10-reglamento-del-texto-unico-ordenado-del-decreto-legislativo-728-ley-de-fomento-del-empleo-1.pdf>
- Decreto Supremo No. 003-97-TR. Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Presidencia de la República del Perú (1997).  
Recuperado de [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/BE35EA4B0DF56C0A05257E2200538D4C/\\$FILE/1\\_DECRETO\\_SUPREMO\\_003\\_27\\_03\\_1997.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/BE35EA4B0DF56C0A05257E2200538D4C/$FILE/1_DECRETO_SUPREMO_003_27_03_1997.pdf)

- Decreto Supremo No. 011-92-TR. Reglamento de la Ley de relaciones colectivas de trabajo. Presidencia de la República del Perú (1992). Recuperado de [http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/normasLegales/DS\\_011\\_1992\\_TR.pdf](http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/normasLegales/DS_011_1992_TR.pdf)
- Effio, B. (2014). Estudios sobre las nociones de los derechos fundamentales y su naturaleza social. *Revista Jurídica Científica SSIAS*, 7(1), 1-7. Recuperado de <http://revistas.uss.edu.pe/index.php/SSIAS/article/view/155/154>
- Gallego, F. (2015). *Aspectos Esenciales del Período de Prueba: Formalización, Duración y Extinción (Transformación y Tendencias de una Institución Clásica)* (Tesis de doctorado). Universidad de Murcia, España.
- García, J., & Pedrosa, S. (2014). Extinción en el período de prueba. En *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico* (pp. 371-384). Madrid: Comares, S.L.
- García, V. (2018). La dignidad humana y los derechos fundamentales. *Derechos & Sociedad*, (51), 13-31. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/20855>
- Goñi, J. (2014). *Los derechos fundamentales inspecíficos en la relación laboral: ¿necesidad de una reformulación?* Recuperado de [https://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/10903/Jose\\_Luis\\_Gon%CC%83i.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/10903/Jose_Luis_Gon%CC%83i.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Jara, J. (2017). *El período de prueba laboran en el Perú*. Lima: Lex & Iuris.
- Ku, L., & Cuadros, F. (2016). Crecimiento económico y contenido esencial de los derechos fundamentales laborales: una aproximación a nuestra realidad laboral. *Gaceta Constitucional*, 235-253.
- Ley No. 26644. Precisa el goce del derecho de descanso pre y post natal de la trabajadora gestante. Congreso de la República del Perú (1996). Recuperado de <https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1995/trabajo/338.htm>
- Ley No. 29497. Nueva ley procesal del trabajo. Congreso de la República del Perú (2010). Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bf9d4d0043eacd588837db829214c4f0/C.+LEGISLACION+-+Ley+N%C2%BA+29497+Nueva+Ley+Procesal+del+Trabajo.pdf?MOD=AJPERES>
- Ley No. 29973. Ley general de la persona con discapacidad. Congreso de la República del Perú (2012). Recuperado de <https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/herramientas-recursos-violencia/contenedor-dgcvg-recursos/contenidos/Legislacion/Ley-general-de-la-Persona-con-Discapacidad-29973.pdf>

- Ley No. 30709. Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres. Congreso de la República del Perú (2017). Recuperado de <https://https://busquedas.elperuano.pe/download/url/ley-que-prohibe-la-discriminacion-remunerativa-entre-varones-ley-n-30709-1600963-1>
- Martín, A. (1976). *El período de prueba en el contrato de trabajo*. Madrid: Montecorvo.
- Mas, A. (2018). *El periodo de prueba en el derecho laboral peruano: alcances, límites y consecuencias de su aplicación irregular* (Tesis de maestría). Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/14257>
- Mendoza, M. (2005). La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. *Pensamiento Constitucional*, (11), 219-271.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo [MTPE]. (2019). *Anuario Estadístico Sectorial*. Recuperado de [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/920578/ANUARIO\\_2019\\_.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/920578/ANUARIO_2019_.pdf)
- Neves, J. (s.f.). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Nogueira, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Nogueira, H. (2005). Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. *Ius Et Praxis*, 11(12), 15-64. Recuperado de [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122005000200002#nota2](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200002#nota2)
- Obregón, A. (2015). *Consideraciones respecto al despido por causal de rendimiento deficiente* (Tesis de licenciatura). Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/13656>
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1948). *C087 - Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación*. Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312232](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312232)
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1949). *C098 - Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva*. Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_LO\\_CODE:C098](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_LO_CODE:C098)
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1958). *C111 Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)*. Recuperado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---declaration/documents/publication/wcms\\_decl\\_fs\\_108\\_es.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_decl_fs_108_es.pdf)

- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1982). *Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo*. Recuperado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcms\\_171432.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcms_171432.pdf)
- Pacheco - Zerga, L. (2008). Período de prueba: naturaleza y régimen jurídico. *Jus doctrina y práctica. Publicación especializada para el profesional en derecho*, (7), 351-361. Recuperado de [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2615/periodo\\_prueba\\_naturaleza\\_regimen\\_juridico.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2615/periodo_prueba_naturaleza_regimen_juridico.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Pacori, J. (28 de setiembre de 2017). Corporacion hiram servicios legales. Recuperado de <https://corporacionhiramservicioslegales.blogspot.com/2017/09/que-es-la-clausula-golden-parachute-en.html#:~:text=De%20esta%20manera%2C%20podemos%20indicar,al%20trabajador%20su%20protecci%C3%B3n%20en>
- Pasco, M. (2012). Los derechos laborales inespecíficos. *Revista chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3(5), 13 - 26.
- Quiñonez, S. (2007). *La libertad de trabajo: vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú*. Lima: Palestra.
- Rodríguez, J. (2020). El ejercicio abusivo del derecho del acreedor y su incidencia en el proceso de ejecución de garantías. *IUS Revista de Investigación de la Facultad de Derecho*, 9(1), 101-122. Recuperado de <http://revistas.usat.edu.pe/index.php/ius/article/view/329/803>
- Sabogal, E. (2016). *Cartilla Laboral 2016*. Bogotá: ECOE Ediciones.
- Sanguinetti, W. (2003). Derechos Fundamentales y Contrato de Trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. *Foro Jurídico*, (02), 221-229.
- Toyama, J., & Huamán, E. (2019). La prueba del despido nulo en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. *Ita Ius Esto*, (7), 52 - 73.
- Toyama, J., & Neyra, C. (2016). Criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema sobre el despido nulo. *Ius Et Veritas*, 24(52), 232 - 257.
- Toyama, J., & Vinatea, L. (2005). *Guía Laboral: guía legal de problemas y soluciones laborales*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Treviño, M. (2020). *Conflicto y contrato de trabajo simulación, fraude de la ley y abuso de derecho en la contratación laboral*. Zaragoza: DIGICOPY.
- Vicuña, R., & Santos, T. (2016). Desnaturalización del principio de inversión de la carga de la prueba en los procesos laborales de impugnación de despido. *Ciencia y Tecnología*, 12(2), 27 - 44.

Villavicencio, A. (2010). *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Lima: PLADES.



## Anexos

### Anexo A: Solicitud de información - Petroperú

#### Figura A1: Comunicación - Responsable de Información de Acceso Público

Señor

**FLOREZ ENRIQUES JUAN CARLOS**

Presente.-

Agradecemos su comunicación a través de las Oficinas de Trámite documentario de PETROPERÚ S.A. de fecha 05.05.2021

Respecto a su solicitud de información, referida a copia del *Formato de Evaluación de Período de Prueba a documento análogo (si es que existe) y copia donde se indique la cantidad o porcentaje de trabajadores que fueron desvinculados durante el período de prueba respecto del total de trabajadores que fueron despedidos por otros motivos (falta grave) de los años 2018, 2019 y 2020 en base a los indicadores de Recursos Humanos*, le comunicamos lo siguiente:

De conformidad a lo establecido en el artículo N° 1 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, "La presente Ley, tiene por finalidad promover la transparencia de los actos del Estado y regular el derecho fundamental del acceso a la información Pública"

El numeral 3 del artículo 3° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, señala que: "El Estado tiene la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del Principio de Publicidad"

Asimismo, el numeral 1 del mencionado artículo establece que: "Toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por el artículo 15°, 16° y 17° de la Ley."

En ese sentido, de acuerdo a lo conversado vía telefónica y habiéndose restablecido los labores de forma progresiva en PETROPERÚ en el marco del Estado de emergencia (COVID-19) y en cumplimiento de lo señalado en la Política Corporativa de Transparencia de PETROPERÚ y dentro del plazo establecido en la normativa de Transparencia y Acceso a la Información Pública vigente aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2019-JUS remitimos copia de los Formatos de Evaluación 30, 60 y 80 días.

Asimismo, respecto del punto 2, se detalla el N° de trabajadores cesados en Período de Prueba y por Despido o Destitución (Retiro de Confianza):

N° de trabajadores Cesados	2018	2019	2020
Período de Prueba	5	11	—
Despido o Destitución (Retiro de Confianza)	3	31	23

[ ] Se precisa que el presente correo solo sirve para brindar respuesta al ciudadano, por lo que agradeceremos no responder al mismo.

Nos despedimos de usted no sin antes expresarle los sentimientos de nuestra especial consideración.

Atentamente,  
Responsable - Información de Acceso Público  
PETROPERÚ S.A.

**Figura A2: Anexo No. 1 - Evaluación del Personal Contratado Empleado**



*Evaluación del Personal Contratado Empleado*

### ANEXO N° 1

Para ser llenado al término de los primeros 30 días de trabajo.

Nombre del servidor: \_\_\_\_\_ Dpto.: \_\_\_\_\_  
 Puesto: \_\_\_\_\_ Fecha de Ingreso: \_\_\_\_\_

1. ¿Conoce satisfactoriamente las funciones que va a desempeñar y su interrelación con otras Secciones de la Organización?  
 Regular  Bien  Perfectamente   
 Observaciones: .....
  
2. ¿Ha demostrado interés en ampliar sus conocimientos por medio de preguntas?  
 Generalmente  Ocasionalmente  Nunca   
 Observaciones: .....
  
3. ¿Muestra deseos de colaborar, aún ayudando en trabajos que se encuentren por debajo de su categoría o que requieran trabajar fuera de hora?  
 Generalmente  Ocasionalmente  Nunca   
 Observaciones: .....
  
4. ¿Aparenta tener problemas personales que dificultan su concentración en el desarrollo de su entrenamiento?  
 Si  No   
 Observaciones: .....
  
5. ¿Su adaptación a su nueva vida dentro de la Comunidad:  
 Se desarrolla normalmente? Si  No   
 Se mantiene aislado? Si  No   
 Tiene dificultad para conseguir amistades? Si  No   
 Observaciones: .....
  
6. ¿Trato con el Personal:  
 Con sus Superiores  
 Regular  Bien  Perfectamente   
 Con sus Subalternos  
 Regular  Bien  Perfectamente   
 Es tímido?  
 Si  No   
 Observaciones: .....
  
7. ¿Utiliza exageradamente la confianza que le brindan sus supervisores de más alto nivel?  
 Generalmente  Ocasionalmente  Nunca   
 Observaciones: .....

Figura A2: Anexo No. 1 - Evaluación del Personal Contratado Empleado (continuación)

<u>Anexo N° 1</u>	- 2 -	
8. ¿Su educación social y cultura encajan perfectamente dentro de las funciones que le han asignado?		
Si <input type="checkbox"/>	No <input type="checkbox"/>	
Solo en caso negativo, explique dónde supone que se encuentra el desequilibrio .....		
.....		
.....		
9. ¿Está consciente de la seguridad, respetando y poniendo en práctica las reglamentaciones respectivas?		
Si <input type="checkbox"/>	No <input type="checkbox"/>	
Observaciones: .....		
.....		
.....		
10. ¿Se muestra interesado en actuar ciñéndose a las normas de la Empresa?		
Si <input type="checkbox"/>	No <input type="checkbox"/>	
Observaciones: .....		
.....		
.....		
11. ¿Usa su opinión personal para resolver problemas de trabajo?		
Si <input type="checkbox"/>	No <input type="checkbox"/>	
Observaciones: .....		
.....		
.....		
12. ¿En términos generales, ha demostrado progreso en la asimilación de las instrucciones de sus supervisores?		
Si <input type="checkbox"/>	No <input type="checkbox"/>	
Observaciones: .....		
.....		
.....		
13. ¿Asume responsabilidad en los trabajos que le son asignados?		
Generalmente <input type="checkbox"/>	Ocasionalmente <input type="checkbox"/>	Nunca <input type="checkbox"/>
Observaciones: .....		
.....		
.....		
14. ¿Necesita seguimiento?		
Generalmente <input type="checkbox"/>	Ocasionalmente <input type="checkbox"/>	Nunca <input type="checkbox"/>
Observaciones: .....		
.....		
.....		
Otros comentarios que el supervisor inmediato desee agregar al término de los primeros 30 días del nuevo servidor .....		
.....		
.....		
_____ Gerente / Sub Gerente		_____ Supervisor Inmediato
Fecha: _____		
<b>Nota:</b> El Supervisor inmediato deberá tener una entrevista con el servidor una vez que se han concluido las calificaciones del presente anexo y explicarle en forma conveniente (partiendo de lo positivo a lo negativo) los puntos débiles de su personalidad o rendimiento y recomendándole la conveniencia de superarse en aquellos aspectos negativos de esta evaluación.		

Figura A3: Anexo No. 1 - Evaluación del Personal Contratado Supervisor



*Evaluación del Personal Contratado Supervisor*

### ANEXO N° 1

Para ser llenado al término de los primeros 30 días de trabajo.

Nombre del servidor: \_\_\_\_\_ Dpto.: \_\_\_\_\_  
 Puesto: \_\_\_\_\_ Fecha de Ingreso: \_\_\_\_\_

1. ¿Conoce satisfactoriamente las funciones que va a desempeñar y su interrelación con otras Secciones de la Organización?  
 Regular  Bien  Perfectamente   
 Observaciones: .....
2. ¿Ha demostrado interés en ampliar sus conocimientos por medio de preguntas?  
 Generalmente  Ocasionalmente  Nunca   
 Observaciones: .....
3. ¿Muestra deseos de colaborar, aún ayudando en trabajos que se encuentren por debajo de su categoría o que requieran trabajar fuera de hora?  
 Generalmente  Ocasionalmente  Nunca   
 Observaciones: .....
4. ¿Aparenta tener problemas personales que dificultan su concentración en el desarrollo de su entrenamiento?  
 Si  No   
 Observaciones: .....
5. ¿Su adaptación a su nueva vida dentro de la Comunidad:  
 Se desarrolla normalmente? Si  No   
 Se mantiene aislado? Si  No   
 Tiene dificultad para conseguir amistades? Si  No   
 Observaciones: .....
6. ¿Trato con el Personal:  
 Con sus Superiores  
 Regular  Bien  Perfectamente   
 Con sus Subalternos  
 Regular  Bien  Perfectamente   
 Es tímido?  
 Si  No   
 Observaciones: .....
7. ¿Utiliza exageradamente la confianza que le brindan sus supervisores de más alto nivel?  
 Generalmente  Ocasionalmente  Nunca   
 Observaciones: .....

Figura A3: Anexo No. 1 - Evaluación del Personal Contratado Supervisor (continuación)

Anexo N° 1 - 2 -

8. ¿Su educación social y cultura encajan perfectamente dentro de las funciones que le han asignado?  
Si  No   
Solo en caso negativo, explique dónde supone que se encuentra el desequilibrio .....

9. ¿Está consciente de la seguridad, respetando y poniendo en práctica las reglamentaciones respectivas?  
Si  No   
Observaciones: .....

10. ¿Se muestra interesado en actuar ciñéndose a las normas de la Empresa?  
Si  No   
Observaciones: .....

11. ¿Usa su opinión personal para resolver problemas de trabajo?  
Si  No   
Observaciones: .....

12. ¿En términos generales, ha demostrado progreso en la asimilación de las instrucciones de sus supervisores?  
Si  No   
Observaciones: .....

13. ¿Asume responsabilidad en los trabajos que le son asignados?  
Generalmente  Ocasionalmente  Nunca   
Observaciones: .....

14. ¿Necesita seguimiento?  
Generalmente  Ocasionalmente  Nunca   
Observaciones: .....

Otros comentarios que el supervisor inmediato desee agregar al término de los primeros 30 días del nuevo servidor .....

Gerente / Sub Gerente \_\_\_\_\_ Supervisor Inmediato \_\_\_\_\_  
Fecha: \_\_\_\_\_

**Nota:** El Supervisor inmediato deberá tener una entrevista con el servidor una vez que se han concluido las calificaciones del presente anexo y explicarle en forma conveniente (partiendo de lo positivo a lo negativo) los puntos débiles de su personalidad o rendimiento y recomendándole la conveniencia de superarse en aquellos aspectos negativos de esta evaluación.

Figura A4: Anexo No. 2 - Evaluación del Personal Contratado Empleado



Evaluación del Personal Contratado Empleado

### ANEXO N° 2

Para ser llenado al término de los primeros 60 días de trabajo.

Nombre del servidor: \_\_\_\_\_ Dpto.: \_\_\_\_\_  
 Puesto: \_\_\_\_\_ Fecha de Ingreso: \_\_\_\_\_

1. Verificar la evaluación de los puntos débiles en el Anexo N° 1.

Observaciones: .....

.....
2. ¿Cuál ha sido la relación del nuevo servidor ante los consejos y disposiciones de sus Supervisores sobre sus puntos débiles?

¿Receptivo? Si  No

¿Ha mejorado? En todo  En casi todo  En nada

¿Ofreció mejorar? Si  No

Observaciones: .....

.....
3. ¿Demuestra más confianza en sí mismo al desempeñar sus obligaciones?

Si  No

Observaciones: .....

.....
4. ¿Su entusiasmo por el puesto que ocupa, ha sufrido alguna variación?

A favor  En contra

Observaciones: .....

.....
5. ¿Acepta sin incomodarse la idea de estar equivocado al enfocar algún problema de trabajo?

Si  No

Observaciones: .....

.....
6. ¿Demuestra haber comprendido cada una de las funciones asignadas a él en su descripción de puesto?

¿Todas?  ¿Falta alguna?  ¿Cuál falta?

Observaciones: .....

.....
7. ¿Hay alguna de estas funciones a las que él no conceda la debida importancia?

Si  No

Observaciones: .....

.....

Figura A4: Anexo No. 2 - Evaluación del Personal Contratado Empleado (continuación)

Anexo Nº 2 - 2 -

8. ¿Cómo continúan sus relaciones y trata con el personal?

Con sus Superiores:	Regular	<input type="checkbox"/>	Bien	<input type="checkbox"/>	Perfectamente	<input type="checkbox"/>
Con sus Compañeros:	Regular	<input type="checkbox"/>	Bien	<input type="checkbox"/>	Perfectamente	<input type="checkbox"/>
Con sus Subalternos:	Regular	<input type="checkbox"/>	Bien	<input type="checkbox"/>	Perfectamente	<input type="checkbox"/>

Observaciones: .....

9. Indicar si ha podido detectar algún factor que en su actitud personal no convenga a los intereses del puesto que desempeña o a la Empresa.

.....

.....

10. En resumen, ¿cree usted que este trabajador se está adaptando al puesto y hasta el momento merece su consideración de que continúe prestando sus servicios a la Empresa?

Si  No

Observaciones: .....

.....

\_\_\_\_\_  
Gerente / Sub Gerente

\_\_\_\_\_  
Supervisor Inmediato

Fecha: \_\_\_\_\_

**Nota:** En caso de que se decida que el servidor continúe trabajando, se recomienda tener con él una segunda entrevista, destacando sus aspectos buenos y haciendo hincapié en la conveniencia de mejorar en los puntos débiles a que hubiera lugar.

MCMXVII

**Figura A5: Anexo No. 2 - Evaluación del Personal Contratado Supervisor**



*Evaluación del Personal Contratado Supervisor*

### ANEXO N° 2

Para ser llenado al término de los primeros 60 días de trabajo.

Nombre del servidor:

Puesto:

Dpto.:

Fecha de Ingreso:

1. Verificar la evaluación de los puntos débiles en el Anexo N° 1.

Observaciones: .....

.....
2. ¿Cuál ha sido la relación del nuevo servidor ante los consejos y disposiciones de sus Supervisores sobre sus puntos débiles?

¿Receptivo? Si  No

¿Ha mejorado? En todo  En casi todo  En nada

¿Ofreció mejorar? Si  No

Observaciones: .....

.....
3. ¿Demuestra más confianza en sí mismo al desempeñar sus obligaciones?

Si  No

Observaciones: .....

.....
4. ¿Su entusiasmo por el puesto que ocupa, ha sufrido alguna variación?

A favor  En contra

Observaciones: .....

.....
5. ¿Acepta sin incomodarse la idea de estar equivocado al enfocar algún problema de trabajo?

Si  No

Observaciones: .....

.....
6. ¿Demuestra haber comprendido cada una de las funciones asignadas a él en su descripción de puesto?

¿Todas?  ¿Falta alguna?  ¿Cuál falta?

Observaciones: .....

.....
7. ¿Hay alguna de estas funciones a las que él no conceda la debida importancia?

Si  No

Observaciones: .....

.....

Figura A5: Anexo No. 2 - Evaluación del Personal Contratado Supervisor (continuación)

Anexo Nº 2 - 2 -

8. ¿Cómo continúan sus relaciones y trato con el personal?

Con sus Superiores:	Regular	<input type="checkbox"/>	Bien	<input type="checkbox"/>	Perfectamente	<input type="checkbox"/>
Con sus Compañeros:	Regular	<input type="checkbox"/>	Bien	<input type="checkbox"/>	Perfectamente	<input type="checkbox"/>
Con sus Subalternos:	Regular	<input type="checkbox"/>	Bien	<input type="checkbox"/>	Perfectamente	<input type="checkbox"/>

Observaciones: .....

9. Indicar si ha podido detectar algún factor que en su actitud personal no convenga a los intereses del puesto que desempeña o a la Empresa.

.....

.....

10. En resumen, ¿cree usted que este trabajador se está adaptando al puesto y hasta el momento merece su consideración de que continúe prestando sus servicios a la Empresa?

Si  No

Observaciones: .....

.....

\_\_\_\_\_  
Gerente / Sub Gerente

\_\_\_\_\_  
Supervisor Inmediato

Fecha: \_\_\_\_\_

**Nota:** En caso de que se decida que el servidor continúe trabajando, se recomienda tener con él una segunda entrevista, destacando sus aspectos buenos y haciendo hincapié en la conveniencia de mejorar en los puntos débiles a que hubiera lugar.

**Figura A6: Anexo No. 3 - Evaluación del Personal Contratado Empleado**



*Evaluación del Personal Contratado Empleado*

**ANEXO N° 3**

Para ser llenado al término de los primeros 80 días de trabajo.

Nombre del servidor: \_\_\_\_\_ Dpto.: \_\_\_\_\_  
 Puesto: \_\_\_\_\_ Fecha de Ingreso: \_\_\_\_\_

1. Verificar la evaluación de los puntos débiles en los Anexos N° 1 y N° 2.  
 Observaciones: .....  
 .....
2. ¿Ha tenido la oportunidad de demostrar tener iniciativa y sentido común, con resultado positivo?  
 Generalmente       Ocasionalmente       Nunca   
 Observaciones: .....  
 .....
3. ¿Cumple con producir a tiempo los trabajos que se le han encomendado?  
 Si       No   
 ¿Necesita seguimiento?  
 Siempre       A veces       Nunca   
 Observaciones: .....  
 .....
4. ¿Se sujeta al horario estrictamente, o se preocupa por cumplir con sus responsabilidades aún fuera de las horas de trabajo?  
 Si       No   
 Observaciones: .....  
 .....
5. ¿Mantiene buenas relaciones con sus compañeros de trabajo, supervisores y subalternos?  
 Si       No   
 Observaciones: .....  
 .....
6. ¿Su calidad moral, formación técnico-profesional y cultural lo capacitan para mantener un ritmo ascendente dentro de la Empresa?  
 Si       No   
 Observaciones: .....  
 .....
7. ¿Debería ser asignado a otro trabajo en el que probablemente rendiría más y mejor?  
 Si       No   
 En caso afirmativo, indicar dónde: .....  
 .....  
 Observaciones: .....  
 .....

Figura A6: Anexo No. 3 - Evaluación del Personal Contratado Empleado (continuación)

Anexo Nº 3 - 2 -

8. ¿Es organizado para resolver los problemas que se le presentan?  
 Sí  No

Observaciones: .....

9. ¿Tiene demasiada confianza en sí mismo que lo induce a desestimar la labor o conocimiento de otros?  
 Excesiva confianza  Moderada y conveniente

Observaciones: .....

10. De acuerdo a lo observado durante el periodo de contratación, las siguientes características personales se encuentran el nivel que seguidamente se indica:

<u>Factores</u>	<u>Escalas</u>		
* Los conocimientos técnicos de su especialidad, son:	Excelente <input type="checkbox"/>	Bueno <input type="checkbox"/>	Bajo <input type="checkbox"/>
* La calidad con que realiza los trabajos asignados, es:	Excelente <input type="checkbox"/>	Bueno <input type="checkbox"/>	Bajo <input type="checkbox"/>
* Las condiciones personales para dirigir personal, son:	Excelente <input type="checkbox"/>	Normal <input type="checkbox"/>	Bajo <input type="checkbox"/>
* Su adaptación al equipo de trabajo, es:	Excelente <input type="checkbox"/>	Normal <input type="checkbox"/>	Bajo <input type="checkbox"/>
* Su capacidad para asimilar mayores trabajos, es:	Excelente <input type="checkbox"/>	Normal <input type="checkbox"/>	Bajo <input type="checkbox"/>
* Su nivel de cooperación en aspectos del trabajo, es:	Excelente <input type="checkbox"/>	Normal <input type="checkbox"/>	Bajo <input type="checkbox"/>
* Su entusiasmo e interés en su trabajo y en general en la Organización, es:	Excelente <input type="checkbox"/>	Óptimo <input type="checkbox"/>	Bajo <input type="checkbox"/>
* Es dinámico, activo	Sobrepromedio <input type="checkbox"/>	Normal <input type="checkbox"/>	Bajo <input type="checkbox"/>
* Su capacidad de análisis, es:	Excelente <input type="checkbox"/>	Óptimo <input type="checkbox"/>	Bajo <input type="checkbox"/>

**Nota:** Si necesita indicar un nivel distinto a que se fija en la Escala, asignarle con la justificación respectiva.

11. ¿Debe permanecer al servicio de la Empresa?  
 Sí  No

Observaciones: .....

\_\_\_\_\_ Gerente / Sub Gerente \_\_\_\_\_ Supervisor Inmediato

Fecha: \_\_\_\_\_

**Nota:** Si la decisión es afirmativa y se considera que debe continuar prestando servicios a la Empresa, se entrevistará para darle la buena noticia y se continuará con la supervisión de acuerdo al Manual de Política y Procedimientos. En caso negativo, el Gerente / Sub Gerente deberá hacer contactos personales e inmediatos con la dependencia de Recursos Humanos para proceder a la liquidación del servidor.

**Figura A7: Anexo No. 3 - Evaluación del Personal Contratado Supervisor**



*Evaluación del Personal Contratado Supervisor*

**ANEXO N° 3**

Para ser llenado al término de los primeros 80 días de trabajo.

Nombre del servidor: \_\_\_\_\_ Dpto.: \_\_\_\_\_  
 Puesto: \_\_\_\_\_ Fecha de Ingreso: \_\_\_\_\_

1. Verificar la evaluación de los puntos débiles en los Anexos N° 1 y N° 2.  
 Observaciones: .....

2. ¿Ha tenido la oportunidad de demostrar tener iniciativa y sentido común, con resultado positivo?  
 Generalmente       Ocasionalmente       Nunca   
 Observaciones: .....

3. ¿Cumple con producir a tiempo los trabajos que se le han encomendado?  
 Si       No   
 ¿Necesita seguimiento?  
 Siempre       A veces       Nunca   
 Observaciones: .....

4. ¿Se sujeta al horario estrictamente, o se preocupa por cumplir con sus responsabilidades aún fuera de las horas de trabajo?  
 Si       No   
 Observaciones: .....

5. ¿Mantiene buenas relaciones con sus compañeros de trabajo, supervisores y subalternos?  
 Si       No   
 Observaciones: .....

6. ¿Su calidad moral, formación técnico-profesional y cultural lo capacitan para mantener un ritmo ascendente dentro de la Empresa?  
 Si       No   
 Observaciones: .....

7. ¿Debería ser asignado a otro trabajo en el que probablemente rendiría más y mejor?  
 Si       No   
 En caso afirmativo, indicar dónde: .....

Observaciones: .....

Figura A7: Anexo No. 3 - Evaluación del Personal Contratado Supervisor (continuación)

Anexo Nº 3 - 2 -

8. ¿Es organizado para resolver los problemas que se le presentan?  
 Sí  No

Observaciones: .....

---

9. ¿Tiene demasiada confianza en sí mismo que lo induce a desestimar la labor o conocimiento de otros?  
 Excesiva confianza  Moderada y conveniente

Observaciones: .....

---

10. De acuerdo a lo observado durante el periodo de contratación, las siguientes características personales se encuentran el nivel que seguidamente se indica:

Factores	Escala		
* Los conocimientos técnicos de su especialidad, son:	Excelente <input type="checkbox"/>	Bueno <input type="checkbox"/>	Bajo <input type="checkbox"/>
* La calidad con que realiza los trabajos asignados, es:	Excelente <input type="checkbox"/>	Bueno <input type="checkbox"/>	Bajo <input type="checkbox"/>
* Las condiciones personales para dirigir personal, son:	Excelente <input type="checkbox"/>	Normal <input type="checkbox"/>	Bajo <input type="checkbox"/>
* Su adaptación al equipo de trabajo, es:	Excelente <input type="checkbox"/>	Normal <input type="checkbox"/>	Bajo <input type="checkbox"/>
* Su capacidad para asimilar mayores trabajos, es:	Excelente <input type="checkbox"/>	Normal <input type="checkbox"/>	Bajo <input type="checkbox"/>
* Su nivel de cooperación en aspectos del trabajo, es:	Excelente <input type="checkbox"/>	Normal <input type="checkbox"/>	Bajo <input type="checkbox"/>
* Su entusiasmo e interés en su trabajo y en general en la Organización, es:	Excelente <input type="checkbox"/>	Óptimo <input type="checkbox"/>	Bajo <input type="checkbox"/>
* Es dinámico, activo	Sobrepromedio <input type="checkbox"/>	Normal <input type="checkbox"/>	Bajo <input type="checkbox"/>
* Su capacidad de análisis, es:	Excelente <input type="checkbox"/>	Óptimo <input type="checkbox"/>	Bajo <input type="checkbox"/>

**Nota:** Si necesita indicar un nivel distinto a que se fija en la Escala, asignarle con la justificación respectiva.

11. ¿Debe permanecer al servicio de la Empresa?  
 Sí  No

Observaciones: .....

---

Gerente / Sub Gerente \_\_\_\_\_
Supervisor Inmediato \_\_\_\_\_

Fecha: \_\_\_\_\_

**Nota:** Si la decisión es afirmativa y se considera que debe continuar prestando servicios a la Empresa, se entrevistará para darle la buena noticia y se continuará con la supervisión de acuerdo al Manual de Política y Procedimientos. En caso negativo, el Gerente / Sub Gerente deberá hacer contactos personales e inmediatos con la dependencia de Recursos Humanos para proceder a la liquidación del servidor.

## Anexo B: Solicitud de información – Contraloría General de la República

### Figura B1: Comunicación - Jefe de la Oficina de Integridad y Acceso a la Información Pública

Estimado Sr. Juan Carlos Flores Enríquez,

Me dirijo a Ud. en atención a la solicitud de acceso a la Información pública presentada por vía digital, mediante el cual formuló dos pedidos en el marco de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

- Pedido 1**, la Subgerencia de Personal y Compensaciones, ha remitido el *Formato de Evaluación de Contrato a Plazo Indeterminado Dentro del Periodo de Prueba vigente a la fecha*, en un archivo digital, se adjunta sin costo.
  - FORMATO PERIODO DE PRUEBA.pdf, en un folio.
- Pedido 2**, se encuentra en proceso de atención.

Mucho le agradeceré remitir la confirmación por este medio de la recepción de la información.

Saludos cordiales,



Fernando Pinto Hinojosa  
 Jefe de la Oficina de Integridad y Acceso a la Información Pública  
 Contraloría General de la República  
 Jr. Camilo Carrillo N° 114 - Jesús María  
 Lima - Perú  
 Teléfono: +330 3000 / Anexo: 3243

### Figura B2: Formato de evaluación de contrato a plazo indeterminado dentro del periodo de 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					
<b>TOTAL</b>					

\*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

## Anexo C: Solicitud de información – Banco Central de Reserva del Perú

**Figura C1: Comunicación- Departamento de Prensa**

Señor Juan Carlos Flores Enriquez

En atención a su solicitud al amparo de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, sobre "el formato de Evaluación de Periodo de Prueba o documento análogo, si es que existe, y, que se le informe, en base a los indicadores de Recursos Humanos, cuál es la cantidad o porcentaje de trabajadores que fueron desvinculados durante el periodo de prueba, respecto del total de trabajadores que fueron despedidos por otros motivos, falta grave", la Gerencia de Recursos Humanos señala:

Respecto a la primera solicitud, procedemos a atender el requerimiento para lo cual adjuntamos el formato de evaluación de periodo de prueba para colaboradores del Banco.

En cuanto a la solicitud de que se le informe, en base a los indicadores de Recursos Humanos, sobre la cantidad o porcentaje de personal desvinculado en periodo de prueba, se le comunica que dicho indicador no se tiene definido como indicador de la gestión de los recursos humanos del Banco y, de igual forma, no constituye un indicador obligatorio para la toma de decisiones.

Agradeceré pueda confirmar la recepción de este correo por la misma vía.

Atentamente,



Johnny Rojas Blas  
 Departamento de Prensa  
 Gerencia de Comunicaciones  
 Tel: (51-1) 613 2302  
 Cel: (51-1) 999-888434  
 RFM: #993574096  
[www.bcrp.gob.pe](http://www.bcrp.gob.pe)

**Figura C2: Evaluación de periodo de prueba BCRP**

### BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ

GERENCIA DE RECURSOS HUMANOS  
 SUBGERENCIA DE RECURSOS HUMANOS  
 DEPARTAMENTO DE DESARROLLO DE PERSONAL

**EVALUACIÓN DE PERIODO DE PRUEBA**

**I. DATOS DEL EVALUADO**

Nombres:	
Puesto:	
Gerencia:	
Fecha de ingreso:	
Fin de periodo de prueba:	

**II. DATOS DEL EVALUADOR**

Nombres:	
Puesto:	
Fecha de evaluación:	

**III. EVALUACIÓN**

Marcar la frecuencia con la que se observa la competencia.

CRITERIOS DE EVALUACIÓN	NIVELES					
	Nunca	Casi Nunca	Pocas Veces	Frecuentemente	Casi Siempre	Siempre
<b>1. Calidad</b> Capacidad para cumplir el trabajo con excelencia, asegurando los estándares de calidad requeridos, buscando la mejora continua y haciendo uso eficiente de los recursos a la disposición.						
<b>2. Cumplimiento</b> Capacidad para orientar las acciones a la consecución de los objetivos, basando nuestro accionar en criterios técnicos y cumpliendo oportunamente con los plazos establecidos.						
<b>3. Comunicación</b> Capacidad de escuchar y transmitir conceptos e ideas de manera clara, certera y oportuna, tanto en forma oral como escrita, con apertura y tolerancia a la diversidad de opiniones.						
<b>4. Innovación</b> Predisposición por emprender acciones innovadoras de mejora continua en los procesos y gestión del Banco, mostrando proactividad y flexibilidad para anticiparse y adaptarse a los problemas y cambios.						
<b>5. Compromiso</b> Actitud de involucramiento con el éxito del Banco, identificándose con sus valores y objetivos, así como generando un ambiente propicio de colaboración para el logro de las metas establecidas.						
<b>6. Trabajo en equipo</b> Capacidad de colaborar y participar activamente en la prosecución de una meta común subordinando los intereses personales a los objetivos del equipo.						
<b>Incidentes:</b>						

## Anexo D: Tablas paramétricas de la planilla electrónica

**Tabla D1: Descripción de la tabla paramétrica**

<b>PARA EL T - REGISTRO</b>	<b>N.º TABLA</b>
- TIPO DE ACTIVIDAD.	<a href="#">1</a>
- TIPO DE DOCUMENTO DE IDENTIFICACIÓN.	<a href="#">3</a>
- NACIONALIDAD.	<a href="#">4</a>
- VÍA.	<a href="#">5</a>
- ZONA.	<a href="#">6</a>
- TIPO DE TRABAJADOR, PENSIONISTA O PRESTADOR DE SERVICIOS.	<a href="#">8</a>
- SITUACIÓN EDUCATIVA.	<a href="#">9</a>
- OCUPACIÓN APLICABLE A TRABAJO DE SECTOR PÚBLICO, OTRAS ENTIDADES Y PERS EN FORMACIÓN	<a href="#">10</a>
- RÉGIMEN PENSIONARIO.	<a href="#">11</a>
- TIPO DE CONTRATO DE TRABAJO/CONDICIÓN LABORAL.	<a href="#">12</a>
- PERIODICIDAD DE LA REMUNERACIÓN O INGRESO.	<a href="#">13</a>
- ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD-EPS/SERVICIOS PROPIOS.	<a href="#">14</a>
- SITUACIÓN DEL TRABAJADOR O PENSIONISTA.	<a href="#">15</a>
- TIPO DE PAGO.	<a href="#">16</a>
- MOTIVO DEL FIN DEL CONTRATO O DE LA BAJA DEL T-REGISTRO.	<a href="#">17</a>
- TIPO DE MODALIDAD FORMATIVA LABORAL Y OTROS.	<a href="#">18</a>
- CATEGORIA OCUPACIONAL DEL TRABAJADOR.	<a href="#">24</a>
- CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN.	<a href="#">25</a>
- PAÍS EMISOR DEL DOCUMENTO.	<a href="#">26</a>
- UBIGEO T-REGISTRO.	<a href="#">28</a>
- CÓDIGOS DE LARGA DISTANCIA NACIONAL.	<a href="#">29</a>
- OCUPACIÓN APLICABLE AL SECTOR PRIVADO.	<a href="#">30</a>
- PLIEGO PRESUPUESTAL.	<a href="#">31</a>
- REGIMEN DE ASEGURAMIENTO DE SALUD.	<a href="#">32</a>
- REGIMEN LABORAL.	<a href="#">33</a>
- INSTITUCIONES EDUCATIVAS Y SUS CARRERAS.	<a href="#">34</a>
- SITUACIÓN ESPECIAL.	<a href="#">35</a>
ENTIDADES BANCARIA	36
<b><u>DE USO EXCLUSIVO EN EL REGISTRO DE DERECHOHABIENTES</u></b>	
- VÍNCULO FAMILIAR.	<a href="#">19</a>
- MOTIVO DE BAJA COMO DERECHOHABIENTE.	<a href="#">20</a>
- TIPO DE DOCUMENTO QUE ACREDITA VÍNCULO FAMILIAR.	<a href="#">27</a>
<b>PLANILLA MENSUAL DE PAGOS - PLAME</b>	
	<b>N.º TABLA</b>
- TIPO DE SUSPENSIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL.	<a href="#">21</a>
- INGRESOS, TRIBUTOS Y DESCUENTOS.	<a href="#">22</a>
- TIPO DE COMPROBANTE DE PAGO.	<a href="#">23</a>