

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



Los sujetos laborales especialmente protegidos por la
Constitución y necesidad de un plus de tutela durante el
periodo de prueba

Tesis para obtener el grado académico de Magistra en Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social
que presenta:

Vanessa Carolina Monroy LLallico

Asesor:

César Jose Gonzáles Hunt

Lima, 2022

Informe de Similitud

Yo, César Gonzáles Hunt docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis titulada “Los sujetos laborales especialmente protegidos por la Constitución y necesidad de un plus de tutela durante el periodo de prueba”, de la autora Vanessa Carolina Monroy Llallico, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 18% Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 10/03/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

10 de marzo de 2023

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Gonzáles Hunt, César	
DNI:07852877	Firma 
ORCID: 0000-0003-0447-6199	

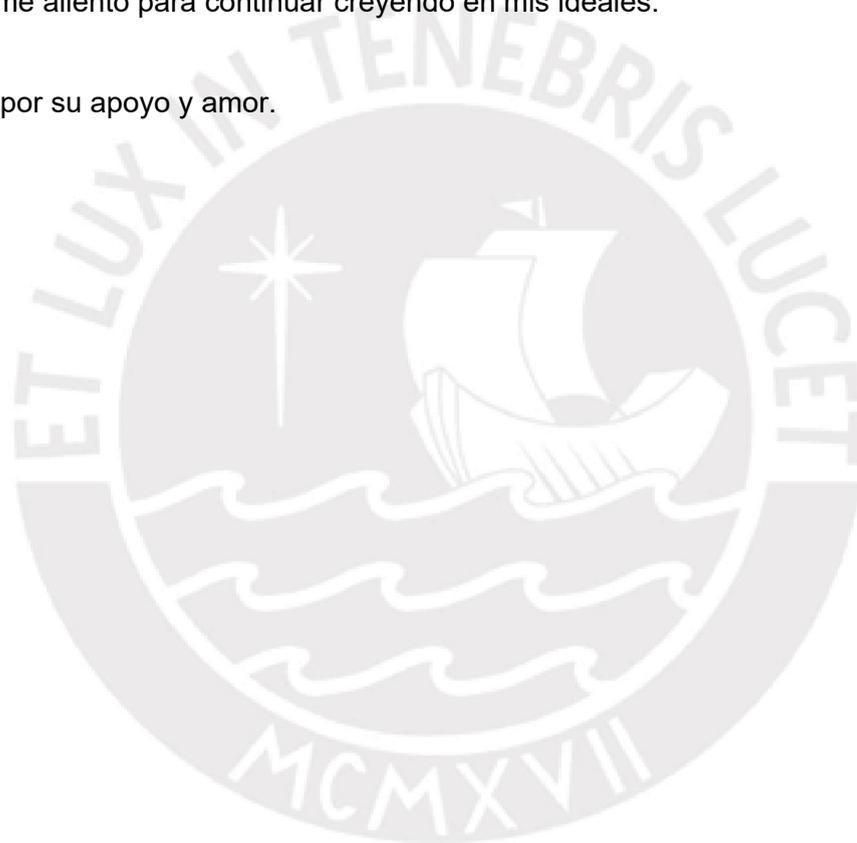
DEDICATORIA

A mis padres Luis y Norma, a quienes estaré por siempre agradecida, por el amor y apoyo incondicional en todo mi crecimiento personal y profesional.

A mis abuelos Lucio y Mónica que se encuentran en el cielo, por todo su amor y por haber creído siempre en mí, así como también a mis abuelos Néstor y Margarita por su amor infinito.

A mis mejores amigas Ninuska, Carla y Jacki quienes siempre estuvieron a mi lado, brindándome aliento para continuar creyendo en mis ideales.

A Enrique por su apoyo y amor.



AGRADECIMIENTOS

A mi asesor, el Dr. César Gonzáles Hunt por todo su apoyo en cada etapa de avances de la investigación, como también por su paciencia e interés constante durante el desarrollo de la presente tesis y los resultados alcanzados.

Al Dr. Wilfredo Sanguinetti, por sus valiosos aportes en los avances de mi tesis.



RESUMEN

La presente tesis tiene como objetivo brindar un análisis de la situación real de los trabajadores comprendidos dentro del grupo de sujetos especialmente protegidos por la Constitución, que vendrían a ser la madre, el menor de edad y la persona con discapacidad; durante el desarrollo del periodo de prueba en la relación laboral, ya que por la especial condición de vulnerabilidad que poseen cada uno de ellos, pueden ser objeto de actos arbitrarios de parte de los empleadores pese a tener una protección reforzada; es por ello que el enfoque parte de proponer un plus de tutela a los sujetos especialmente protegidos por la Constitución dentro del periodo de prueba, en base a las condiciones de vulnerabilidad que justifican su protección. Para lo cual, se parte del análisis de la compatibilidad del periodo de prueba y la estabilidad laboral reforzada otorgada por la Constitución, con la finalidad de garantizar la permanencia en el empleo; a efectos de eliminar cualquier acto de discriminación en la etapa filtro de la relación laboral. En ese sentido, la metodología comprende el análisis cualitativo de los temas principales, como lo son el derecho del trabajo, los sujetos especialmente protegidos y el periodo de prueba; que permiten obtener una diversidad de perspectivas jurídicas sobre los mismos, los cuales derivan a la conclusión de una implementación de un procedimiento interno que motive objetivamente la no superación del periodo de prueba, equivalente al proceso de despido laboral que se complementaría con la modificación normativa del periodo de prueba.

Palabras clave: Sujetos especialmente protegidos / madres trabajadoras / menores de edad/ personas con discapacidad / periodo de prueba.

ABSTRACT

The objective of this thesis is to provide an analysis of the real situation of the workers included within the group of subjects specially protected by the Constitution, who would become the mother, the minor and the person with a disability; during the development of the labor trial period in the employment relationship, since due to the special vulnerability that each one of them have, they may be subject to arbitrary acts on the part of employers despite having reinforced protection; that is why the approach starts from proposing an additional protection to the subjects specially protected by the Constitution within the trial period, based on the vulnerability conditions that justify their protection. For which, it starts from the analysis of the compatibility of the trial period and the reinforced job stability granted by the Constitution, to guarantee the permanence in employment, to eliminate any act of discrimination in the filter stage of the employment relationship. In this sense, the methodology includes the qualitative analysis of the main issues, such as labor law, specially protected subjects, and the trial period; that allow obtaining a diversity of legal perspectives on them, which lead to the conclusion of an implementation of an internal procedure that objectively motivates the failure to pass the trial period, equivalent to the process of dismissal that would be complemented with the normative modification of trial period.

Keywords: Specially protected subjects / working mothers/ minors / people with disabilities / trial period.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	2
EL DERECHO AL TRABAJO Y LOS SUJETOS LABORALES ESPECIALMENTE PROTEGIDOS POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993	2
1.1 El derecho fundamental al trabajo.....	2
1.1.1. El contenido esencial del derecho del trabajo.....	3
1.1.2. Eficacia de los derechos fundamentales.....	5
1.1.3. Marco normativo internacional sobre la estabilidad laboral reforzada.	6
1.1.3.1. Convenio N° 100 OIT, sobre igualdad de remuneración.....	7
1.1.3.2. Convenio N° 156 OIT, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares.....	7
1.1.3.3. Convenio N° 183 OIT, sobre la protección de la maternidad.	8
1.1.3.4. Convenio N° 111 OIT, sobre la discriminación (empleo y ocupación).....	9
1.1.3.5. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.....	9
1.1.3.6. Protocolo facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San Salvador)	10
1.1.3.7. Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer	11
1.1.3.8. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.....	12
1.2 Sujetos laborales protegidos según el artículo 23 de la Constitución de 1993.....	12
1.2.1. La madre trabajadora.....	13
1.2.1.1. Condición fisiológica y su situación de desventaja.....	14
1.2.2. El menor de edad.....	18
1.2.2.1. Capacidad de ejercicio de derechos y su situación de desventaja.	20
1.2.3. El impedido	20
1.2.3.1. Calificación de persona con discapacidad y su situación de desventaja	24
CAPÍTULO II	27
¿ES POSIBLE BRINDAR UN PLUS DE TUTELA A LOS SUJETOS LABORALES DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA?	27
2.1. Antecedentes y la naturaleza jurídica del periodo de prueba	27

2.1.1. Regulación del periodo de prueba en la legislación nacional	29
2.1.1.1. Teoría subjetiva.....	31
2.1.1.2. Teoría objetiva.....	31
2.1.1.3. Teoría ecléctica.....	32
2.1.2. Efectos del periodo de prueba en la relación laboral	33
2.1.2.1. Efectos al inicio, durante y después de haber superado el periodo de prueba	33
2.1.2.2. Notificación al trabajador y sus efectos.....	34
2.1.2.3. Los límites temporales y específicos del periodo de prueba	35
2.2 ¿Se considera como un encubrimiento de actos discriminatorios la no superación del periodo de prueba?	41
2.2.1. Calificación de despido como consecuencia derivada del término de la relación laboral aplicable a la madre trabajadora, el menor de edad o el impedido en el periodo de prueba.....	41
2.2.1.1. Aspectos relevantes para la calificación de despido	41
2.2.2. ¿Existe alguna necesidad de justificar o motivar la no superación del periodo de prueba para los sujetos laborales protegidos?.....	43
2.2.2.1. La aplicación de la teoría objetiva que causaliza el despido en la figura del periodo de prueba	44
CAPÍTULO III:	46
PROPUESTA DE SOLUCIÓN QUE PERMITA OTORGAR UN PLUS DE TUTELA A LOS SUJETOS LABORALES ESPECIALMENTE PROTEGIDOS POR LA CONSTITUCIÓN DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA	46
3.1 Implementación de un procedimiento de tutela como defensa ante los actos discriminatorios durante el periodo de prueba.....	48
3.1.1. Hacia la modificación de la regulación del periodo de prueba que permita la apertura de un procedimiento de defensa para los trabajadores especialmente protegidos por la Constitución en base al estado de vulnerabilidad que caracteriza a cada uno	49
3.1.1.1. Propuesta de modificación del artículo 10 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral	50
CONCLUSIONES.....	54
BIBLIOGRAFÍA.....	56

INTRODUCCIÓN

El derecho laboral en el Perú ha tenido una serie de variaciones en su regulación, cuyo proceso de constitucionalización ha tenido notables cambios respecto a la estabilidad laboral, sin embargo, pese a este reconocimiento continúan existiendo problemas respecto al acceso y permanencia en el empleo para determinado grupo de trabajadores, como ocurre en el caso de las madres trabajadoras, los menores de edad y las personas con discapacidad, que debido a la construcción social se ven perjudicados por los tratos discriminatorios ejercidos por las empresas, los cuales en su mayoría se denotan con el despido por no superación del periodo de prueba, ya que esta institución al guardar una apariencia de legalidad en su objeto permite que los empleadores puedan hacer un uso desmotivado y arbitrario para dar por terminada la relación laboral. En ese sentido, es importante analizar las razones de fondo por las cuales la Constitución regula la protección reforzada para estos tres sujetos laborales, tomando como base los principios laborales que permiten una adecuada interpretación de las normas, tales como el principio protector y el principio de igualdad y no discriminación. Por ello, los objetivos de la presente tesis se encuentran orientados en primer lugar a analizar la protección otorgada a los sujetos laborales por el artículo 23 de la Constitución, en segundo lugar identificar los límites del periodo de prueba, para finalmente proponer una modificación normativa del artículo 10 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, bajo la justificación de la condición de vulnerabilidad para cada caso concreto, el cual se complementaría con la creación de un procedimiento equiparable al del despido, en el que medie la objetivación de la causa por las que un trabajador no haya superado el periodo de prueba.

Debido a ello, se tiene que el problema parte de la ausencia de protección dentro del periodo de prueba, para lo que resulta necesario complementar esa falta de regulación con la modificación normativa que brinde un plus de tutela para los sujetos especialmente protegidos por la Constitución. Así, para llegar a las conclusiones se parte desde una perspectiva interdisciplinaria que combina diferentes métodos, tales como el cualitativo en el que se identifique la naturaleza jurídica del periodo de prueba y su compatibilidad con la protección que se busca para el caso concreto y el método dogmático mediante el cual se estudie la doctrina y jurisprudencia correspondiente a los temas relevantes de la presente tesis.

CAPÍTULO I:

EL DERECHO AL TRABAJO Y LOS SUJETOS LABORALES ESPECIALMENTE PROTEGIDOS POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993.

Como primer antecedente a la regulación del derecho del trabajo y el principio protector en Perú, se tiene a la Constitución de 1979, que reguló una amplia gama de derechos laborales y principios que complementarían el ámbito normativo del derecho del trabajo en nuestro país. Siendo dentro de este marco que se regularía en el artículo 42 de forma específica el principio protector, como el de la igualdad de trato, entre otros.

De acuerdo con ello, se mantuvo “definido el principio protector como el criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo e inspirado en el propósito igualador de las partes de la relación laboral, sobre la base de una especial tutela al trabajador -en tanto parte débil de dicha relación- habría que concluir que el principio protector es una suerte de principio matriz que da sustento al conjunto de principios del Derecho Laboral.” (Boza, 2011, p.144-145).

Asimismo, Javier Neves señala que “la situación de los principios es diferente de la de los derechos, porque aquellos no requieren plasmación en el texto para disfrutar de reconocimiento. Su recepción por el ordenamiento puede servir más bien para concederles una riqueza mayor o menor” (Neves, 2009, p.71). En función de ello es que el carácter protector se plasmó en el artículo 23 de la Constitución de 1993:

“El trabajo es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabaja”

Brindando con esta disposición normativa dos puntos importantes, primero la función que desempeña el trabajo dentro del Estado teniendo en cuenta el aspecto social, manteniendo la regulación de los principios y derechos relativos al disfrute del derecho del trabajo, en tanto se considera éste como un deber y un derecho conforme señala el artículo 22 de la Constitución de 1993:

“El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”

1.1 El derecho fundamental al trabajo.

El fundamento del derecho del trabajo se encuentra como derecho social el cual se enmarca en la Constitución de 1993, debido a su reconocimiento refiere de la existencia del Estado Liberal a la inserción del Estado Social de Derecho, por medio del cual surge la necesidad de tutelar nuevos derechos sociales, de los cuales derivan los derechos

laborales, tomando como base a muchos países ya reconocían también en sus Constituciones el derecho del trabajo. Así existen argumentos axiológicos que justifican la razón de ser de los derechos sociales, que derivan de la falta de igualdad social, “lo que indica que el respeto y ejercicio de estos derechos tiene por finalidad, cuando menos, reducir la desigualdad existente en la sociedad” (Blancas, 2015, p.49).

Seguido a ello, es importante señalar que otro argumento se encuentra en el ámbito antropológico, el cual según Ferrajoli “refiere que las necesidades esenciales fundamentan los derechos fundamentales, que a lo largo del tiempo se han afianzado en la democracia y la igualdad.” (Ferrajoli, 2001, p.372). Por lo que “mientras que los derechos sociales exigen una acción positiva por parte del Estado, los derechos civiles devienen protegidos por la abstención o no interferencia de éste” (Blancas, 2015, p.75).

Complementando la necesidad de acción positiva del Estado los tratados, declaraciones, convenios o recomendaciones, ya que “el bloque de los derechos laborales está incorporado a los instrumentos internacionales orientados a los derechos económicos, sociales y culturales. Allí se hayan el derecho al trabajo, a la libre elección del trabajo, a condiciones y remuneraciones equitativas y satisfactorias, al descanso, a la sindicación, etc.” (Neves, 2009, p.75).

Por tal motivo, “los derechos laborales fundamentales encuentran sustento firme y directo en la dignidad humana, la cual funda las normas protectoras del trabajador, justifica las prestaciones y obligaciones que el Estado impone al empleador para compensar la desigualdad real entre este y el trabajador, (...), para obtener un trato digno, mejorar sus condiciones y tutelar sus derechos” (Blancas, 2015, p.95).

1.1.1. El contenido esencial del derecho del trabajo.

El derecho del trabajo en líneas generales tiene como base el derecho mexicano y su Constitución de 1917, el cual es una de las primeras regulaciones sobre ésta materia que genera una gran influencia entre los demás países para la regulación interna del derecho al trabajo y la estabilidad laboral, teniendo como punto de partida la exigencia de la existencia de la causa objetiva, para lo cual en 1982 la Organización Internacional del Trabajo emitió el Convenio 158 sobre “La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador” que reviste de los principios del derecho al trabajo y la necesidad de mantener la estabilidad laboral, asimismo, si bien Perú a la fecha aún no lo ha ratificado, dicho convenio mantiene el carácter de recomendación debido a que al ser parte de la organización el Perú se encuentra en la obligación de tomar en consideración lo dispuesto en el convenio ya que refuerza la adecuada protección contra el

despido arbitrario.

De acuerdo con ello, uno de los principales fundamentos del derecho del trabajo es la estabilidad laboral, siendo “una fuente normativa insoslayable en esta materia la constituida por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo Artículo 6 enuncia el Derecho al Trabajo y en el 7 los Estados Partes reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias.” (Blancas, 2013, p.101) En función de ello, es que los Estados Parte como Perú se encuentran obligados a garantizar en sus regulaciones internas el cumplimiento de sus obligaciones referente a la estabilidad en el trabajo y las condiciones justas en el acceso y permanencia de este.

Asimismo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1124-2001-AA/TC, se señala en su fundamento 12 lo siguiente:

“El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22° de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa” (Sombreado y subrayado nuestro)

De acuerdo con ello, la concepción del doble contenido del derecho al trabajo y la estabilidad laboral se complementa con el principio de continuidad plasmado en el artículo 4 del Decreto Supremos N°003-97-TR:

“Artículo 4.- En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.”

Por lo tanto, es posible decir que el principio de continuidad es la base de la estabilidad en el trabajo que implica la existencia de una causa justa u objetiva para la finalización del contrato de trabajo, estableciendo así un límite para los empresarios que evitaría cualquier clase de despido arbitrario. Es por ello, que la normativa establecida en materia laboral se orienta a la contratación a plazo indeterminado y de forma excepcional a la contratación temporal, de conformidad con el fin tuitivo del derecho al trabajo y el deber del Estado a proteger el acceso y permanencia de los trabajadores en el mismo.

1.1.2. Eficacia de los derechos fundamentales

Es importante incluir el tema de la eficacia de los derechos fundamentales a la presente investigación, debido a que para poder comprender el porqué de la especial protección a los sujetos laborales se tiene que determinar el ámbito de la eficacia de los derechos entre los privados o entre los particulares.

En ese sentido, se tiene la doctrina alemana conocida como el *Drittwirkung*, mediante el cual se desprende tres aspectos relevantes que establecen su razón de ser, siendo la primera “la existencia de poderes privados o fácticos, que influyen decisivamente en la vida social y ejercen poderes superiores a los de la persona considerada individualmente. La igualdad jurídica de las partes, erigida en fundamento del principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual.” (Blancas, 2013, p.364), la segunda la consideración de la Constitución como la carta magna fundamental del cual se irradian las demás normas por su supremacía y unidad; y la tercera el establecimiento del Estado Social de Derecho cuya base se orienta a la igualdad entre los particulares, estableciendo diferentes obligaciones a ejecutar obligaciones que logren promover el acceso y disfrute en igualdad de condiciones.

Según ello, gran parte de los derechos sociales vienen a ser laborales, “en tal virtud, la constitucionalización del Derecho del Trabajo, que es un aspecto característico, y componente esencial, del Estado Social de Derecho, supone la proyección de los derechos fundamentales al ámbito de una de las relaciones privadas más relevantes de la sociedad actual, como lo es la relación trabajador-empleador, nacida del contrato de trabajo” (Blancas, 2013, p.366).

En ese sentido, el Tribunal Constitucional asumió la posición de la doctrina mencionada referente a la eficacia de los derechos, en dos importantes sentencias, siendo la primera recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC en cuyo fundamento 6 señala que:

“La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38° de la Constitución, “Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)”. Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia inter privados o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional.”
(Sombreado nuestro).

En ese mismo sentido, la sentencia recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC, en su fundamento 9 párrafo 5 señala que:

“(...) para que eventuales abusos en las relaciones entre privados sean susceptibles de ser dilucidados en el ámbito de los procesos constitucionales, no basta que se produzca un acto arbitrario o que se haya vulnerado un interés o derecho subjetivo de orden estrictamente legal, sino que es preciso que éste repercuta directamente sobre un derecho constitucional.” (Sombreado nuestro).

1.1.3. Marco normativo internacional sobre la estabilidad laboral reforzada.

De conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, se establece el bloque de constitucionalidad con las normas internacionales relativas a derechos humanos:

“Cuarta. - Interpretación de los derechos fundamentales

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

Así, el derecho al trabajo ha llevado un gran proceso de transformación e inserción de normas internacionales que complementan la finalidad de la legislación interna, además que en materia de protección de la relación de trabajo entre el empleador y los grupos de trabajadores vulnerables por la condición especial en la que se encuentren, si bien a nivel interna gozan de una amplia gama de normas que regulan su aplicación, existen también instrumentos internacionales que complementan la protección reforzada ya establecida, con un plus adicional relativo al derecho de los tratados, en función a la responsabilidad internacional de los países a dar cumplimiento de las normas suscritas entre sí.

De acuerdo con ello, se presenta una serie de convenios, pactos y protocolos internacionales que brindan mayores alcances sobre la protección a la madre que trabaja, al menor de edad y a las personas con discapacidad dentro del ámbito de las relaciones laborales.

1.1.3.1. Convenio N° 100 OIT, sobre igualdad de remuneración.

El presente convenio es importante en función a que fija límites y parámetros sobre la remuneración en el trabajo, lo cual aplica a todo trabajo sin menoscabo de su dignidad.

“Artículo 2.-

1. Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.”

1.1.3.2. Convenio N° 156 OIT, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares.

Esta norma, fija parámetros a los Estados Parte, respecto a la igualdad de oportunidades y de trato con todas las personas que realizar labores de dependencia, en tanto busca la eliminación de la discriminación.

“Artículo 4.-

Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, deberán adoptarse todas las

medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para:

(a) permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares el ejercicio de su derecho a elegir libremente su empleo;

(b) tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social.”

1.1.3.3. Convenio N° 183 OIT, sobre la protección de la maternidad.

El presente convenio regula la necesidad de cada Estado a brindar una adecuada protección a las madres que trabajan, en función a la condición y relación con el niño que ha nacido o está por nacer y las implicancias en el crecimiento del niño y la conciliación con la vida familiar, otorgando la licencia de maternidad como un derecho.

Artículo 4.-

1. 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.

2. Todo Miembro deberá indicar en una declaración anexa a su ratificación del presente Convenio la duración de la licencia antes mencionada.

3. Todo Miembro podrá notificar posteriormente al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, mediante otra declaración, que extiende la duración de la licencia de maternidad.

4. Teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger la salud de la madre y del hijo, la licencia de maternidad incluirá un período de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto, a menos que se acuerde de otra forma a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores.

5. El período prenatal de la licencia de maternidad deberá prolongarse por un período equivalente al transcurrido entre la

fecha presunta del parto y la fecha en que el parto tiene lugar efectivamente, sin reducir la duración de cualquier período de licencia obligatoria después del parto.

1.1.3.4. Convenio N° 111 OIT, sobre la discriminación (empleo y ocupación).

El presente convenio se suscribió en función a la necesidad de protección ante cualquier acto que constituya una vulneración a los derechos humanos, incluyendo las relaciones laborales, estableciendo una aproximación a la definición de la discriminación.

“Artículo 1.-

*1. 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;

(b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

*3. A los efectos de este Convenio, los términos **empleo** y **ocupación** incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.”*

1.1.3.5. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

El objeto del presente convenio es eliminar la discriminación, como también dar prevalencia al interés superior del niño y a su desarrollo

personal y profesional.

“Artículo 1.-

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

1.1.3.6. Protocolo facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San Salvador).

El Protocolo es de suma importancia para la protección de los derechos laborales, ya que garantiza y obliga a los Estados a que respeten e implementen la aplicación de la estabilidad laboral en las normas, como también que se promueva la obligación de la no discriminación.

“Artículo 3.-

Obligación de no Discriminación

Los Estados Parte en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 6.-

Derecho al Trabajo

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

2. Los Estados Parte se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial a las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados Parte se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar,

encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Artículo 7.-

Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados Parte en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, manera particular:

d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional.”

1.1.3.7. Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer.

La presente Convención nació a raíz de la ausencia de avances en la protección a la mujer, y su desarrollo en la sociedad, la participación política, como también en el ámbito laboral, por ello es que debido a las continuas violaciones de derechos humanos recaídos especialmente a las mujeres es que se dio la Convención a fin de promover la igualdad de derechos entre los hombres y mujeres.

“Artículo 1.-

A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”

1.1.3.8. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El objeto de esta Convención es asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer y gozar sus derechos con libertad, con el respeto de su dignidad en igualdad de condiciones, de conformidad a lo dispuesto en su artículo 1:

Artículo 1.-

Propósito

*El propósito de la presente Convención es **promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.***

*Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, **en igualdad de condiciones con las demás.***

1.2 Sujetos laborales protegidos según el artículo 23 de la Constitución de 1993.

Como se mencionó previamente el derecho del trabajo ha transitado por un proceso de constitucionalización a lo largo de la historia, marcándose para Perú en dos momentos importantes, primero con la Constitución de 1979 y posteriormente con la Constitución 1993, siendo esta última vigente que se ha regulado la atención prioritaria de tres sujetos: la madre trabajadora, el menos de edad y el impedido, bajo el criterio de la especial situación de desventaja que pudiera existir por la condición atribuible a su condición.

Por lo que, el artículo 23 de la Constitución “indica que se protege especialmente a tres categorías de trabajadores (...) en ese sentido, no se trata, como algunos han pensado, de una protección exclusiva, sino preferente, que se justifica a partir de las peculiares características de los grupos mencionados y que requieren, por lo tanto de una tutela adicional, entendida en el sentido de equipararlos con el resto de las categorías de trabajadores, mas no en perjuicio de aquellas” (Boza, 2002, p.182)

A su vez, un claro ejemplo de protección especial otorgada en la legislación nacional para estos grupos vulnerables se encuentra en el artículo 55 de la Ley N° 29497 Nueva Ley Procesal del Trabajo, que regula lo siguiente:

“Artículo 55.-

Medida especial de reposición provisional

El juez puede dictar, entre otras medidas cautelares, fuera o dentro del proceso, una medida de reposición provisional, cumplidos los requisitos ordinarios. Sin embargo, también puede dictarla si el demandante cumple los siguientes requisitos:

a) Haber sido al momento del despido dirigente sindical, menor de edad, madre gestante o persona con discapacidad;(…)”

Plasmando dentro del ámbito del trabajo un plus de tutela adicional en el caso de las reposiciones, de conformidad con el contenido esencial del derecho al trabajo referente al acceso y permanencia, cuando los derechos pretendan ser vulnerados o desconocidos.

De acuerdo con ello, se puede determinar el aspecto subjetivo por el cual los siguientes colectivos son considerados como sujetos que requieren un plus de tutela.

1.2.1. La madre trabajadora.

La madre que trabaja es uno de los tres sujetos especialmente protegidos por la Constitución dentro del ámbito laboral, cuya regulación se encuentra regulado en los artículos 4 y 23:

“Artículo 4.-

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. (...)

“Artículo 23.-

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 objeto de protección de la madre que trabaja se encuentra relacionada a lo que conlleva la maternidad y el niño que está por nacer, mediando el cual entra el mandato de no discriminación por razón a ésta condición, ya que las principales implicancias de madres las que trabajan es el costo laboral adicional que se genera con el embarazo, por lo que gran parte de los empleadores

terminan las relaciones laborales con las mujeres gestantes, con el supuesto de término de contrato temporal o la no renovación del contrato por no haber superado el periodo de prueba.

Para lo cual en la legislación peruana se ha regulado algunas disposiciones y normas que ayuden a este colectivo frente a supuestos actos discriminatorios, como por ejemplo la presunción *luris Tantum* en el inciso e) del artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Nacional:

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

[...]

*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”.

1.2.1.1. Condición fisiológica y su situación de desventaja.

La condición fisiológica y la dependencia del niño con la madre son uno de los aspectos más relevantes de la protección reforzada, que determina la exigencia de que el legislador emita normas que contribuyan a la promoción de los derechos laborales en situaciones especiales como ésta, asimismo, en normas internacionales también se regula la especial protección para las madres, tales como el literal a) del inciso 2 del artículo 11 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra mujer conocido por sus siglas en inglés

como CEDAW:

Artículo 11

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;

Como también el literal a) del numeral 3 del artículo 15 del Protocolo de San Salvador.

Artículo 15

Derecho a la Constitución y Protección de la Familia

3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:

a. conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto;

Y además, se tiene el numeral 2 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Artículo 10

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

En función de ello, la protección a la madre gira en torno a que “el periodo de gestación hasta el parto y nacimiento guarden una adecuada “convivencia” respecto a la relación que la madre generará con el niño, por lo que es prioridad del Estado velar por la familia y que, en el caso de

las madres, no pierdan el empleo por su condición de embarazo.” (Monroy, 2021, p.8).

En adición a ello, a fin de conocer el estado de empleabilidad de las mujeres embarazadas o con hijos pequeños, es importante medir el porcentaje de participación de la maternidad y fuerza en el mercado de trabajo. Así, “de acuerdo a la ENAHO 2019, se estima en 7 millones 938 mil 900 mujeres las que participan en el mercado laboral a nivel nacional, de las cuales 7 millones 583 mil 800 se encuentran en condición de ocupadas y 355 mil 200 mujeres buscan trabajo activamente, lo que comparado a la participación del año 2007 (6 millones 555 mil 800 personas) representa un incremento de la PEA femenina de 1 millón 383 mil 200 personas que participan en el mercado laboral. Este ingreso de las mujeres a la fuerza de trabajo ha tenido efectos importantes en la generación de riqueza, el bienestar de los hogares y la disminución de la pobreza” (INEI, 2020, p.175)

Cuadro N° 12.1
Perú: Mujeres en edad de Trabajar con y sin niños menores de 6 años, según condición de actividad, 2007 y 2019
(Miles de personas y porcentaje)

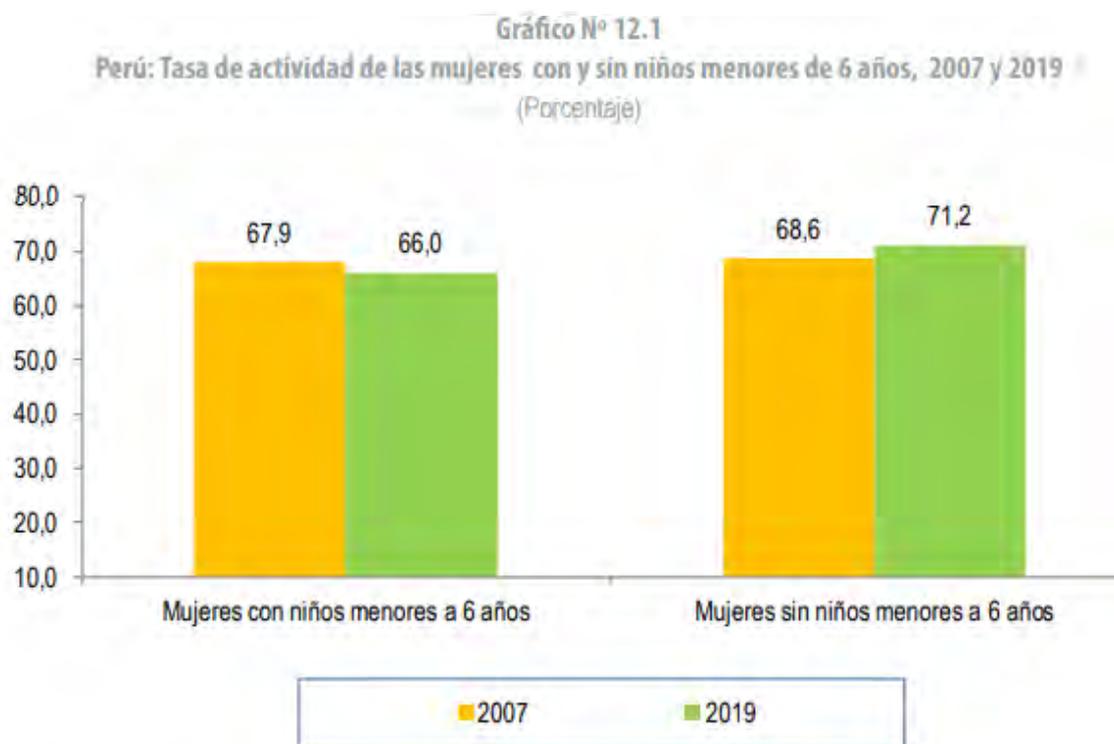
Condición de actividad	2007				2019			
	Total	Mujeres con niños menores a 6 años	Mujeres sin niños menores a 6 años	Mujeres sin hijos/as	Total	Mujeres con niños menores a 6 años	Mujeres sin niños menores a 6 años	Mujeres sin hijos
Población en edad de Trabajar (PET)	10 128,3	23,7	39,1	37,2	12 313,8	20,5	40,8	38,7
Población Económicamente Activa (PEA)	6 555,8	24,8	41,5	33,6	7 938,9	21,0	45,1	34,0
Ocupado	6 207,0	25,0	42,4	32,6	7 583,8	20,6	46,0	33,4
Desocupado abierto	348,8	21,1	26,5	52,4	355,2	28,7	24,4	46,9
Población Económicamente Inactiva (PEI)	3 572,5	21,5	34,8	43,7	4 374,9	19,6	33,1	47,2
Indicadores laborales								
Tasa de actividad	64,7	67,9	68,6	58,5	64,5	66,0	71,2	56,6
Ratio Empleo población	61,3	64,9	66,3	53,7	61,6	62,0	69,4	53,1

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática- Encuesta Nacional de Hogares.

De acuerdo con el presente cuadro en el año 2019, hay un total de 7,583,8 mujeres ocupadas con un porcentaje de 20,6 de mujeres con niños menores a 6 años, siendo este grupo un número importante que entra dentro del grupo protegido por el artículo 23 de la Constitución, ya que se puede apreciar que el colectivo es grande por lo que la actividad laboral empleada por las mismas repercute en la Población Económicamente Activa en el Perú.

Asimismo, de acuerdo a varias notas de la OIT sobre trabajo y familia, se

señala que es difícil para las madres que trabajan poder consolidar la vida del trabajo con la vida familiar, y el cuidado de los hijos, siendo mucho más el caso de las gestantes cuyo feto se encuentra en crecimiento, por lo que la incompatibilidad de la armonía entre ambos rubros genera que se afecte o bien el trabajo o la familia, estando comprobado que este problema afecta mucho más a las mujeres quienes llevan en su cuerpo en primer lugar al niño que está por nacer y el cuidado del mismo después del nacimiento por la dependencia de cuidado, como también por el crecimiento del niño.



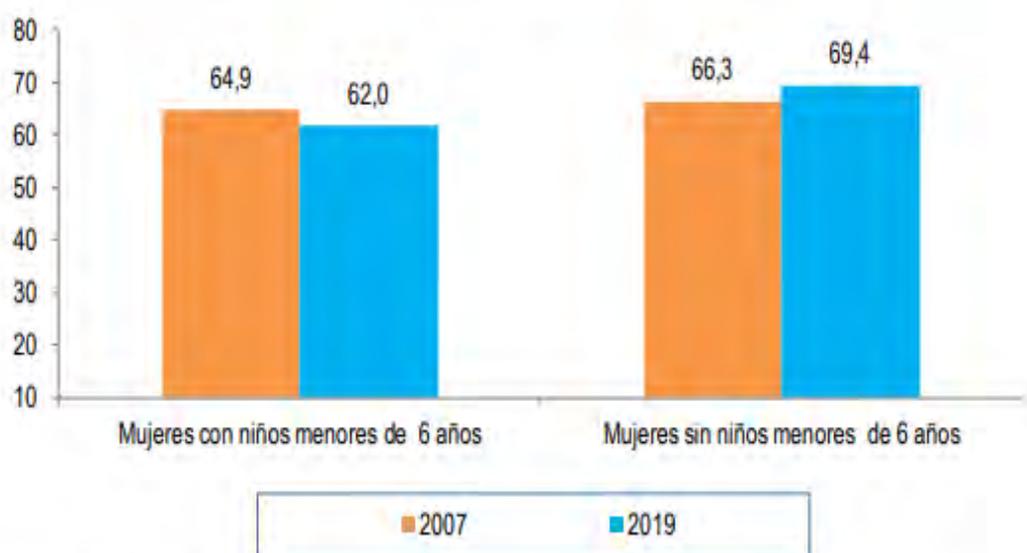
Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática- Encuesta Nacional de Hogares.

Así según la Tasa de actividad precedente, se tiene que las mujeres con niños menores a 6 años dentro de periodo 2007 a 2019 tienen un menor porcentaje de actividad laboral a diferencia de las mujeres sin niños a 6 años, lo que muestra que se encuentran en una posición de desventaja a diferencia de las otras.

Y lo mismo sucede con el Ratio de empleo, como se aprecia a continuación, en el cual como el caso anterior las mujeres con niños menores de 6 años tienen un porcentaje menor al de las mujeres sin niños menores de 6 años, referente a la contratación de mujeres con

niños en edad de crecimiento, por lo que es un reflejo de la posición social de desventaja en el que se ubican para poder acceder a un empleo.

Gráfico N° 12.2
Perú: Ratio Empleo población de las mujeres con y sin niños menores de 6 años, 2007 y 2019
(Porcentaje)



Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática- Encuesta Nacional de Hogares.

1.2.2. El menor de edad.

Respecto a este segundo sujeto laboral, de acuerdo con lo establecido en los artículos 4 y 23 de la Constitución, se detalla lo siguiente:

“Artículo 4.-

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. (...)

“Artículo 23.-

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”

De acuerdo con ambas disposiciones primero se tiene que el Estado protege al niño, y al adolescente en el desarrollo de su vida dentro del periodo de edad en que se encuentre, y además protege a este grupo en el marco de las relaciones de trabajo.

En ese sentido, “se ha establecido así una edad mínima para trabajar, desde 15 años en caso las labores seas agrícolas no industriales; 16 años para la industria, comercio y minería; 17 años para el caso de la pesca industrial y 14 años en otras modalidades; con excepción de los 12 años siempre que no se perjudique la salud o desarrollo, ni la limitación a la educación.” (Monroy, 2021, p.10).

Bajo esa perspectiva, se menciona en el informe de indicadores de empleo de INEI que “los jóvenes son uno de los activos más grandes del mundo, dan energía, talento y creatividad a las economías y crean los cimientos para el desarrollo futuro. Sin embargo, también hay que mencionar que los jóvenes son una población vulnerable, se encuentran en una situación de desventaja respecto a los demás grupos de edad por cuanto y tal como lo menciona la Organización Internacional del Trabajo (OIT), los jóvenes tienen grandes retos que enfrentar porque se encuentran en una posición de desventaja por su poca experiencia, en su mayoría trabajan en empleos informales, empleos precarios y de bajos ingresos, tienen empleos de escasa o nula protección social, recordemos que tienen los más altos niveles de desempleo.” (INEI, 2020, p.101).

Además, el Código de los Niños y Adolescentes, ha incluido una especie de ámbito en el cual los adolescentes se enmarcan, ya que de conformidad con la Encuesta Nacional de Hogares del 2017 a 2018, se obtuvo como resultado que aproximadamente más de 200 mil adolescentes laboran desde el rango de edad de 13 a 17 años, asimismo si bien la legislación nacional permite que los menores de edad trabajen desde los 12 años, con amparo a la percepción de todos los beneficios de ley como parte del trabajo, así bajo esta perspectiva es que la vulnerabilidad de los menores es el interés superior del Estado, justificando con ello que sea considerada como uno de los sujetos laborales protegidos.

Ya que “el trabajo dependiente en los menores peruanos es una realidad y va en aumento. Desde la perspectiva formal lo observamos en las estadísticas del Ministerio de Trabajo: en el primer trimestre de 2019 formalmente los niveles de autorización para el trabajo de menores son de 138 autorizaciones a nivel nacional. Por tanto, es de especial interés centrar la atención en este sujeto de trabajo que tiene consideración de ser especialmente protegido por el Estado, de acuerdo con el artículo 23 de la Constitución de 1993 y por el principio de interés superior. Por lo tanto, debemos conocer si las normas de protección

realmente cumplen estos objetivos.” (Bobadilla, 2020, p.135).

En razón de ello, es que los menores de edad al ser sujetos especialmente protegidos en el trabajo, deben gozar de un plus adicional que garantice la permanencia en el trabajo como el desarrollo profesional a futuro bajo condiciones laborales adecuadas, ya que en la realidad la eficacia normativa de la legislación en materia de protección de los niños y adolescentes resulta ser ineficaz debido a que no se logra los objetivos para los cuales fue creada, por ese motivo, es importante que el legislador proporcione los medios legales adecuados que protejan a los menores de edad, como parte de la obligación del Estado.

1.2.2.1. Capacidad de ejercicio de derechos y su situación de desventaja.

Es importante hacer hincapié que solo el trabajo del adolescente menor de edad está permitido, ya que calificar el trabajo de un niño se encuentra prohibido por el Código de los Niños y Adolescentes, ya que no debe ponerse en riesgo el desarrollo como persona en su crecimiento.

Según ello, de acuerdo con la Encuesta Nacional de Hogares, los siguientes sectores son los más frecuentes en los que se desarrolla a modo de ejemplo el trabajo de los menores de edad, empezando desde los 14 años durante el año 2019.



1.2.3. El impedido.

Respecto a este sujeto laboral, la Constitución regula un ámbito especial para su protección, en los artículos 2, 7 y 23:

“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.”

“Artículo 7.- Derecho a la salud. Protección al discapacitado

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.”

“Artículo 23.-

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”

Asimismo, se cuenta con el Convenio N° 159 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la Readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas, que refuerza el valor de la necesidad de protección especial para este colectivo, ya que determina que las personas con discapacidad tienen problemas desde la formación en la adecuación a los estudios y luego en el acceso a un empleo, complicándose más con la permanencia en el empleo ya que por temas de accesibilidad y la infraestructura en los centros de trabajos que determinan condiciones laborales no adecuadas para personas con discapacidad, ocasiona en su mayoría que los empleadores opten por la no contratación de estas personas o el término de la relación laboral por vencimiento de contrato o no superación del periodo de prueba.

Para lo cual se cuenta también con la Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad en cuyo artículo 45 se dispone que:

Artículo 45.- Derecho al Trabajo

45.1 *La persona con discapacidad tiene derecho a trabajar, en igualdad de condiciones que las demás, en un trabajo libremente elegido o aceptado, con igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, y con condiciones de trabajo justas, seguras y saludables.*

45.2 *El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), el*

Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (Conadis) y los gobiernos regionales promueven y garantizan el respeto y el ejercicio de los derechos laborales de la persona con discapacidad, así como el desarrollo de sus capacidades y habilidades, a través de las distintas unidades orgánicas que tengan esas funciones.

Esta ley regula el acceso al trabajo de las personas con discapacidad, promoviendo además en el sector público y privado el cumplimiento de un porcentaje de cuota de empleo de puestos de trabajos dirigidos exclusivamente a este grupo de personas:

Artículo 49. Cuota de empleo

49.1 Las entidades públicas están obligadas a contratar personas con discapacidad en una proporción no inferior al 5% de la totalidad de su personal, y los empleadores privados con más de cincuenta trabajadores en una proporción no inferior al 3%.

49.2 Previamente a toda convocatoria, las entidades públicas verifican el cumplimiento de la cuota del 5%, con independencia del régimen laboral al que pertenecen. La entidad pública que no cumpla con la cuota de empleo se sujeta al procedimiento establecido en el reglamento de la presente Ley.

49.3 Las multas por el incumplimiento de la cuota de empleo de personas con discapacidad en el Sector Público se destinan a financiar programas de formación laboral y actualización, así como programas de colocación y de empleo para personas con discapacidad. Corresponde al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo la fiscalización en el ámbito privado y a la Autoridad Nacional del Servicio Civil, en coordinación con el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (Conadis), en el Sector Público.

Sin embargo, pese a encontrarse establecido legalmente, gran número de empresas incumplen el porcentaje de cuota de empleo, debido a diferentes factores que influyen en el desarrollo de la obtención de trabajo, como lo es la informalidad que aqueja el correcto goce de un trabajo decente y evidencia la precariedad en el empleo.

Para lo cual, la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, ha venido realizando fiscalizaciones a un gran número de empresas del sector formal, a fin

de que acrediten el cumplimiento de las ofertas y contratación de personas con discapacidad, de acuerdo con ello, es importante conocer los factores que determinan la situación de desventaja en la obtención del empleo en el caso de las personas con discapacidad, ya que es en base a dicha condición que el Estado de Derecho emite normas que promuevan el ejercicio del derecho al trabajo y la estabilidad laboral para grupos especialmente protegidos.

Así, por ejemplo en la línea de lo mencionado se tiene el artículo 2 de la Ley 30840, Ley que promueve el servicio de facilitación administrativa preferente en beneficio de personas en situación especial de vulnerabilidad, que dispone:

Artículo 2.-

Ámbito de aplicación

Todas las entidades públicas comprendidas en el artículo I del Título Preliminar de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, así como todas las entidades privadas que prestan servicios públicos, **implementan de forma progresiva, sobre la base de sus recursos y medios disponibles, el Servicio de Facilitación Administrativa Preferente**, a través de medios tecnológicos o de atención administrativa domiciliaria, para todos los usuarios que no puedan acceder por sus propios medios a los servicios públicos que requieren.

Esta norma busca garantizar el acceso a los servicios públicos para las personas con discapacidad, se emitió también la Resolución Ministerial N° 105-2015-TR que aprobó la Directiva General N° 001-2015-MTPE/3/17, que regula los lineamientos para garantizar la accesibilidad de los servicios de empleo, el cual ha sido modificado mediante Resolución Ministerial N° 239-2021-TR, a través del cual se adapta los mecanismos establecidos previamente para facilitar el acceso de manera no presencial al empleo para las personas con discapacidad:

II. FINALIDADES

(...)

2.2. Garantizar la accesibilidad de los servicios de empleo y facilitar su acceso a las personas con discapacidad.

Con ello, se tiene que el Estado busca brindar protección a este grupo de trabajadores en consideración con la especial condición de vulnerabilidad, mediante la emisión de diferentes normas internas que guardan armonía con las normas internacionales ratificadas.

1.2.3.1. Calificación de persona con discapacidad y su situación de desventaja.

En esa secuencia, se tiene que “entre las medidas laborales de carácter laboral es importante destacar que se enfatizan los principios de igualdad y no discriminación como ejes de una política laboral de inserción de las personas discapacitadas en el mercado de trabajo, lo que supone facilitar el acceso al empleo, pero también la conservación y progreso en el mismo.” (Boza, 2002, p.187).

Así, el Perú tiene el 10.3% de la población total hasta el 2017, que poseen alguna discapacidad, lo cual genera un impacto muy grande en el mercado de trabajo, ya que son 3, 209,261 personas que en el área urbana y rural se encuentran dentro de la población económicamente activa:

PERÚ: POBLACIÓN CON Y SIN DISCAPACIDAD, SEGÚN SEXO Y ÁREA DE RESIDENCIA, 2017
(Absoluto y porcentaje)

Sexo y Área de residencia	Población total	Población con discapacidad		Población sin discapacidad	
		Absoluto	%	Absoluto	%
Total	31 237 385	3 209 261	10,3	28 028 124	89,7
Hombre	15 467 946	1 388 957	9,0	14 078 989	91,0
Mujer	15 769 439	1 820 304	11,5	13 949 135	88,5
Área Urbana	25 579 027	2 715 892	10,6	22 863 135	89,4
Hombre	12 581 299	1 145 448	9,1	11 435 851	90,9
Mujer	12 997 728	1 570 444	12,1	11 427 284	87,9
Área Rural	5 658 358	493 369	8,7	5 164 989	91,3
Hombre	2 886 646	243 509	8,4	2 643 137	91,6
Mujer	2 771 712	249 860	9,0	2 521 852	91,0

Fuente: INEI - Censos Nacionales 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas.

Según ello, tenemos data que nos brinda una noción del porcentaje de la población que califica dentro del colectivo de personas con discapacidad y que se encuentran en edad de trabajar y/o están buscando trabajar, constituyendo una razón por la cual el Estado debe velar por su protección y la igualdad de oportunidades, ya que “uno de estos bienes jurídicos especialmente protegidos es la igualdad y no discriminación” (Landa, 2014, p.233).

Ahora bien, se ha realizado una explicación de las principales

características de cada uno de los tres sujetos laborales especialmente protegidos por la Constitución, que motivarían su tutela reforzada en diferentes normas nacionales como internacionales; a través de los cuales se denota la realidad de la condición actual en la relación laboral que muestra la especial vulnerabilidad a comparación de trabajadores comunes, en el acceso y permanencia en el empleo; con lo que se justificaría la necesidad de brindar una tutela adicional como forma de protección.

En ese sentido, resulta muy importante estudiar el periodo de prueba, ya que al ser la primera etapa por la que un trabajador transita en la relación laboral, resulta ser también la parte en la que se cometen actos de discriminación o abuso, por el hecho de la falta de protección previo a la superación del periodo pactado como prueba entre el trabajador y el empleador.

Por dicha razón es pertinente haber abordado el análisis del contenido esencial del derecho del trabajo como eje central para el libre ejercicio de cada trabajador; en adición al enfoque formal y material del derecho a la igualdad que debe mediar en las actuaciones del Estado y de los particulares, para así contar con una visión más concreta sobre qué aspectos proteger ante el desequilibrio existente entre personas que poseen condiciones especiales y aquellas que no encajan en ninguna de ellas.

En esa línea, es importante también añadir a este grupo de protección especial, a los adultos mayores, quienes, si bien no se encuentran en el ámbito de aplicación del artículo 23 de la Constitución, sí son merecedores de protección al igual que la madre trabajadora, el menor de edad y la persona con discapacidad. Esto con el objeto de promover el acceso a un empleo digno, así como lo dispone el artículo 17 del Protocolo de San Salvador, que regula la protección de las personas adultas, que compromete a los Estados a generar políticas o programas direccionados a generar oportunidades laborales para que este grupo de personas desarrollen alguna actividad productiva.

Así en Perú, se cuenta con la Política Nacional para Personas Adultas Mayores aprobado por el Decreto Supremo N° 011-2011-MIMDES, el cual tiene como fin promover las oportunidades de empleo y protección

de la seguridad social, ejecutando proyectos de inserción laboral que garantice el acceso posterior a una pensión. De acuerdo con ello, se han implementado los siguientes programas: el Plan Nacional para Personas Adultas Mayores 2013-2017, como también el Programa Nacional para la Generación de Empleo Social Inclusivo “TRABAJA PERÚ”.

Seguido a ello, el Instituto Nacional de Estadística e Informática realizó la Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, 2009 y 2019, en cual se obtuvo el siguiente resultado de la PEA ocupada de adultos mayores:

GRÁFICO N° 1.15
PERÚ: PEA OCUPADA ADULTA MAYOR, SEGÚN CATEGORÍA OCUPACIONAL, 2009 Y 2019
 (Porcentaje)



Nota: La suma de las partes puede no coincidir con el total debido al redondeo de las cifras.

1/ Cifra referencial.

2/ TFNR: Trabajador Familiar No Remunerado.

Fuente: INEI-Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, 2009 y 2019.

Elaboración: MTPE-DGPE-Dirección de Investigación Socio Económico Laboral (DISEL).

Con ello, se obtiene los porcentajes de ocupación activa en los diferentes rubros de servicios en los cuales los adultos mayores se encuentran presentes. En ese sentido, se justificaría que este grupo también sea pasible de inclusión del plus de tutela en la relación laboral, más aún de encontrarse en la etapa de periodo de prueba.

Para lo cual, a efecto de continuar con el punto de análisis de la presente investigación, se pasará a explicar la naturaleza del periodo de prueba y las desventajas existentes en el desarrollo de la misma.

CAPÍTULO II:

¿ES POSIBLE BRINDAR UN PLUS DE TUTELA A LOS SUJETOS LABORALES DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA?

Como primer punto para poder brindar respuesta a esta pregunta es necesario dar a conocer la naturaleza jurídica del periodo de prueba dentro de la relación laboral, determinando con ello si el actual procedimiento seguido por los empleadores tras la no superación del periodo de prueba resulta ser tuitivo y no rebaja la dignidad de los trabajadores de conformidad con el artículo 23 de la Constitución Política del Perú, tratándose especialmente del caso de la madre, el menor de edad y el impedido; según ello, se procederá a detallar el ámbito normativo del periodo de prueba.

2.1. Antecedentes y la naturaleza jurídica del periodo de prueba.

El periodo de prueba es una institución jurídica dentro del ámbito laboral, cuyo objeto se encuentra relacionado al término de la relación laboral, la cual trae consigo un vasto desarrollo normativo en su evolución y del cual se puede obtener una idea de las inconsistencias y aspectos favorables de la misma con el transcurso de los años.

La definición sobre el este, no se encuentra desarrollada de forma explícita en nuestro sistema normativo, por lo que es importante señalar como diversos juristas han definido esta institución según sus características. Así, por ejemplo Guillermo Cabanellas, señala que “se trata de la condición expresa en el contrato de trabajo por la cual cada uno de los contratantes puede disolver el vínculo contractual si no está satisfecho, durante dicho lapso.” (Cabanellas, 1968, p.14); según ello, se puede entender que el periodo de prueba es un paso a la estabilidad en el empleo en el cual el trabajador adquiere la validación de la aptitud para el desarrollo de sus prestaciones en el puesto de trabajo asignado.

Por otro lado, Carlos Blancas ha señalado que el periodo de prueba “hace posible que ambas partes de la relación laboral – empleador y trabajador – se conozcan mutuamente y, sobre todo, valoren las condiciones generales – personales, profesionales y las propias del medio en que debe realizarse el servicio – antes de otorgar a dicha relación un grado mayor de permanencia y seguridad” (Blancas, 2013, p.161).

Con lo cual, nos brinda una noción más completa de los fines de este en la relación laboral, que vendría a ser probar las aptitudes y capacidades profesionales como personales del trabajador en ejercicio de sus funciones en la primera etapa o fase del contrato de trabajo, con carácter obligatorio de por lo menos durar tres meses de conformidad con el artículo 10 del Decreto Supremo N°003-97-TR.

Asimismo, se debe considerar que “el periodo de prueba tiene que ser breve, para que no se produzca su desnaturalización y se utilice como mecanismo para proveerse de mano de obra eventual, eludiendo con ello la aplicación de las normas protectoras contra el despido arbitrario.” (Blancas, 2013, p.162), en razón de ello, es que la regulación del periodo de prueba no puede mantenerse de forma estática, sino que se debe modificar en base de las nuevas necesidades provenientes de la relación laboral.

Antecedentes normativos:

En 1928 a través del Reglamento de la Ley 4916, se reguló los tres primeros meses de prueba en el que trabajador no obtendría derecho al goce de los beneficios establecidos por la ley, por lo que no se otorgaba ninguna clase de estabilidad laboral a los trabajadores que estuvieran sujetos a esta norma.

Seguido a ello, en 1962 se emitió el Decreto Ley 14128 que también reguló la aplicación del periodo de prueba por un plazo de tres meses, al igual que la ley anterior, exonerando a los trabajadores que hayan ingresado por concurso; asimismo reguló que el trabajador una vez que haya superado dicho plazo, obtendría el derecho a una indemnización por el tiempo laborado. Sin embargo, lo que se rescata de estas dos primeras normas es que no se evidencian rasgos de regulación de estabilidad laboral, ya que se solo contemplaban la indemnización, como remedio compensatorio del término del vínculo.

Posteriormente, en 1970 se emitió el Decreto Ley 18471, el cual abarca una de las primeras normas que reguló la estabilidad en el trabajo en base al incremento de actividad de las labores, y es en su Reglamento donde se señala que el plazo para superar el periodo de prueba era de tres meses, manteniéndose el plazo al igual que en las normas precedentes.

Asimismo, en 1978 con la entrada en vigencia del Decreto Ley 22126, se reguló la duración por tres años del periodo de prueba para aquellos trabajadores que laboraran para un mismo empleador, por lo que el objeto de esta norma era enmarcar la estabilidad laboral para aquellos trabajadores que superaran dicho plazo. Asimismo, lo resaltante de esta norma es que se otorgaba como una especie de pre aviso con una duración de noventa días, a los trabajadores que no superaron el periodo de prueba, notificado vía notarial, que daría al trabajador el derecho de percibir una indemnización equiparable a la remuneración de noventa días.

En esa secuencia, en 1986 se retorna a la aplicación de los tres meses de periodo de prueba mediante la Ley 24514, la cual establece una exoneración para el caso de los

trabajadores que por concurso público hayan ingresado a laborar o en el caso de reingresos en la actividad privada. Así ya en 1991, se publica el Decreto Legislativo 728, la Ley de Fomento del Empleo, la cual reguló también el plazo de tres meses de periodo de prueba, estableciendo además la facultad de convenir la ampliación del este por seis meses y/o un año dependiendo de la clasificación del tipo de trabajador, es decir sea de confianza o de dirección. Cabe mencionar que, se mantuvo la exoneración establecida en la Ley 24514, para el caso de los ingresos por concurso y reingreso.

Finalmente, en 1997 se emite el Decreto Supremo 003-97-TR que regula en su artículo 10 el periodo de prueba que actualmente se aplica en las relaciones laborales, cuyo plazo mantiene los tres meses iniciales, como también los seis meses hasta un año para el caso de los trabajadores de confianza o dirección; y la excepción de la aplicación del periodo de prueba para aquellos trabajadores que hayan ingresado por concurso público o para aquellos que hayan reingresado a laborar a la empresa en que prestaron servicios.

En suma, se tiene que el periodo de prueba cuenta con un avance normativo muy notorio, ya que hubo variaciones respecto al plazo del periodo de prueba, para determinarse en tres meses, como lo es actualmente; y también que se complementa con el aspecto convencional al poder el empleador plantear el plazo de seis a doce meses, dependiendo el tipo de puesto y funciones a realizar. Sin embargo, se considera necesario continuar evaluando posibles cambios en la norma vigente, en razón a la forma como se interpreta su aplicación, debido a la falta de determinación normativa sobre los fines puntuales del este.

2.1.1. Regulación del periodo de prueba en la legislación nacional.

De conformidad con lo señalado en el punto anterior tenemos que el objeto del periodo de prueba en nuestro marco normativo establece que es “un periodo legal, en el cual el empleador puede extinguir la relación laboral de manera unilateral o resolver el contrato de trabajo sin necesidad de causa justa, de acuerdo a ley, por lo que no sería necesario el procedimiento de despido en nuestra legislación.” (Paredes, 2013, p.24).

Desde la perspectiva de este autor, no vendría a ser necesario un procedimiento de despido, ya que el artículo 10 del Decreto Supremo N°003-97-TR no establece lo contrario; sin embargo, es un punto importante de análisis desde una interpretación tuitiva del derecho del trabajo.

Asimismo, nuestro ordenamiento destaca el hecho de que la finalidad es de

“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.” (De Valtena, 1998, p.9).

Constituyendo la etapa inicial de la existencia de la relación laboral, por medio del cual “el resultado negativo de la prueba del empleador sobre las capacidades del trabajador actuaría como causa legal el despido durante este plazo.” (Aparicio, 2016, p.149).

Según ello, el primer párrafo del artículo 10 señala lo siguiente:

“Artículo 10º.- El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.”

Aquí se establece la aplicación de los tres meses en la contratación laboral, en la cual conforme se mencionó, el empleador determinará la continuación o el término del contrato de trabajo, obteniendo en caso de la superación de este la protección contra el despido arbitrario, por consiguiente nos encontraríamos ante un “acto unilateral del empleador que tiene por efecto constitutivo la extinción para el futuro de la relación de trabajo” (Martín Valverde, 1976, p.269).

En cambio, en el segundo párrafo de la misma norma se señala que:

“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”.

Con ello, se desprende la capacidad facultativa del empleador y del trabajador para convenir la ampliación del periodo de prueba, en base a criterios de razonabilidad y dependiendo del tipo de puesto de trabajo a desempeñar que justifiquen la necesidad de prolongar la validación de las aptitudes del trabajador.

En síntesis “el periodo de prueba encuentra su fundamentación en la necesidad del empleador de conocer adecuadamente la idoneidad del trabajador. Hablar de idoneidad, implica abarcar un ámbito mayor a la aptitud, llegar a cubrir el

aspecto personal, siempre que tenga incidencia en el desarrollo de la relación laboral.” (Mas, 2018, p.70)

En ese sentido, a fin de tener una noción más amplia de la regulación del periodo de prueba, se plantea tres teorías que nacen de la interpretación del artículo 10 del D.S. 003-97-TR.

2.1.1.1. Teoría subjetiva.

La primera teoría que surge tras la interpretación del artículo 10 del D.S. 003-97- TR es la teoría subjetiva, de la cual se entiende que no hay obligatoriedad de establecer una causa legal objetiva que justifique los motivos por los cuales el trabajador no cumplió con los requisitos necesarios para el puesto de trabajo requerido.

Es decir, este artículo no regula la forma en la que se debe realizar el término de vínculo laboral por no superar el periodo de prueba, por lo que el empleador se encuentra facultado de poder terminar la relación laboral sin mediar de forma expresa la causa objetiva, a diferencia de aquellos casos en los sí se haya superado el periodo de prueba, y se tenga que seguir el procedimiento regular y se tenga que estipular la causa objetiva, que amerite el despido del trabajador. Así, bajo esta teoría se estaría estableciendo que la causa de no superación del periodo de prueba es válida, pese a que no se detalle el motivo.

2.1.1.2. Teoría objetiva.

Desde esta perspectiva, se tiene como señala Karina Aparicio que “con el periodo de prueba no es que se admita un despido sin causa, la causa existe y es exigible para justificar el despido; solo que el legislador opera con una especie de presunción implícita, según la cual todo despido producido durante la fase inicial del contrato obedece a una causa legítima” (Aparicio, 2013, p.30).

Razón por la cual, se tendría que diferenciar entre la verdadera causa del despido, que vendría a ser la falta de adecuación al puesto de trabajo y también los motivos que determinan el tipo de prestación personal que brinda el trabajador para la evaluación del empleador.

Por ende, con ello se obtendría claridad respecto a la existencia de

causas reales por las cuales el empleador se guía para tomar la decisión de no renovar el contrato de trabajo, siendo de suma importancia bajo esta teoría establecer una causa objetiva sobre la decisión tomada, a fin de descartar la existencia de motivos prohibidos que fundamenten la no superación del periodo de prueba del trabajador; los cuales podrían ser discriminatorios en razón de la condición de desventaja de los trabajadores a diferencia de otros que no pertenezcan al grupo de trabajadores especialmente protegidos.

2.1.1.3. Teoría ecléctica.

Teniendo en cuenta las dos teorías anteriores, se puede plantear una tercera que asocie el aspecto subjetivo y objetivo del periodo de prueba; es decir, esta teoría conciliaría ambos conceptos brindando un análisis conjunto inclinado a la causalización del periodo de prueba, ya que si bien el artículo 10 del Decreto Supremo N° 003-97-TR establece una posición subjetiva respecto a la legalidad de la causa que origina el término de la relación laboral, ésta puede complementarse con la determinación de los motivos que el empleador tuvo sobre los hechos que desencadenaron que el trabajador no superara la prueba.

Así, considerando que nos encontramos ante otra forma extintiva del contrato de trabajo, resulta lógico que se pretenda causalizar la razón no regulada en el artículo 10 del D.S. 003-97-TR, por lo que se complementaría a fin de crear uniformidad en la aplicación normativa.

En esa línea se tiene entonces que la regulación del periodo de prueba posee problemas en la forma cómo se ha dispuesto, ya que colisiona con el ejercicio del derecho del trabajo, respecto a la estabilidad de poder mantenerse en el trabajo y no ser desvinculado sin una causa justa, y más aún en los casos en los que medie una razón discriminatoria encubierta bajo esta figura.

Cabe mencionar que esta teoría se inclina a brindar un plus de tutela a los trabajadores especialmente protegidos por la Constitución, por lo que su aplicación sería preferentemente a ellos, debido a que amerita la atención del Estado de generar acciones que permitan el ejercicio del derecho del trabajo.

Siendo el fundamento principal el principio protector, ante la existencia de la desigualdad de las partes en la relación laboral, por lo que el Estado se encuentra obligado a velar por el bienestar de las personas, sin embargo para el presente caso, el énfasis se encuentra en la aplicación del principio de igualdad, respecto al acceso y promoción de oportunidades en el empleo de aquellos grupos vulnerables, que por diferentes motivos como la condición física, el sexo, etc; no puedan desarrollarse como personas, es decir respecto a su dignidad, bienestar social y desarrollo profesional.

En ese sentido, la objetivación del periodo de prueba se daría por dos aspectos, la primera por el hecho de tener la especial condición que lo hace ameritar la protección reforzada y segundo, porque de no hacerlo no se podría probar que la decisión empresarial no tiene un trasfondo de trato discriminatorio, lo cual podría ser objeto de un despido nulo; siendo el enlace los motivos prohibidos que vulneren los derechos fundamentales de forma amplia y de forma estricta respecto a los supuestos ya regulados en la ley; ya que al encontrarse en este supuesto sería “un despido que adolece de nulidad porque se advierte que el cese se caracteriza por tener un carácter lesivo mucho más nocivos que, además de contravenir el derecho al trabajo, se vulneran otros derechos constitucionales, como por ejemplo el principio de no discriminación, la tutela efectiva, libertad sindical, etc.”(De Lama, 2013, p.42).

2.1.2. Efectos del periodo de prueba en la relación laboral.

Ahora bien, teniendo en cuenta las principales características de esta institución, se pasará a desarrollar la forma en cómo el periodo de prueba práctica en la realidad durante la vigencia de la relación laboral y los efectos que inciden directamente en el trabajador.

2.1.2.1. Efectos al inicio, durante y después de haber superado el periodo de prueba.

Cuando un trabajador ingresa a laborar a una empresa, se encontrará sujeto comúnmente a un periodo de prueba de tres meses, en los cuales será evaluado, pudiendo ampliarse en caso de que su puesto de trabajo amerite una calificación de confianza o de dirección. Por lo que, el trabajador deberá desenvolverse de tal forma que genere “confianza” y adecuación en las funciones para el cual fue contratado, así una de las

primeras consecuencias en esta primera etapa es que el trabajador no se sienta a gusto y se retire o que el empleador considere que no realiza sus funciones de conformidad al perfil requerido.

Por lo que mientras dure el periodo de prueba, el trabajador se encontrará a la expectativa de poder mantener el vínculo laboral con el empleador y adaptarse según lo requerido, así cuando el plazo se venza y el trabajador no haya superado la prueba, de acuerdo con nuestra normativa, no obtendría derecho a la protección contra el despido arbitrario, resultando válido el término de la relación laboral pese a no haberse expuesto las causas legítimas que motivaron dicha decisión.

Otra consecuencia, es que el trabajador si se adecua al puesto y supere el periodo de prueba, obteniendo con ello la protección contra el despido arbitrario, sin embargo, resulta de mayor interés analizar los casos en los que no, ya que dependiendo de cada caso en contrato podría tratarse de un acto arbitrario del empleador.

2.1.2.2. Notificación al trabajador y sus efectos.

Durante la vigencia de la relación laboral conforme se ha explicado, surgen diferentes acontecimientos que podrían dar el fin del contrato de trabajo, como el despido por la comisión de una falta grave que amerite un procedimiento de despido contra el trabajador, en el que se curse la carta de pre aviso de despido que impute las faltas graves, para así otorgarle los seis días naturales para que este realice sus descargos, y determinar la emisión de la carta de despido final o la continuación de la relación laboral.

Sin embargo, este procedimiento solo es aplicable para aquellos trabajadores que hayan superado el periodo de prueba de tres meses, más no a aquellos que continúan dentro de dicho plazo, por lo que la notificación o comunicación al trabajador en muchas ocasiones de acuerdo a las prácticas empresariales actuales, se remiten a una carta en la que se informa al trabajador el término de la relación laboral por no superar el periodo de prueba, que no detalla las causas y los motivos que generaron al empleador a no continuar con el vínculo.

Por lo que tras la notificación al trabajador se entiende por no superado

el periodo de prueba, impidiendo al trabajador poder defenderse mediante un descargo de los hechos imputados, hechos que tampoco son detallados en la notificación, de acuerdo con ello el efecto directo viene a ser el cese del vínculo.

A su vez, es importante determinar si es viable o no que este procedimiento establecido para el periodo de prueba también es acorde en el caso de cese por periodo de prueba de los trabajadores que tienen características especiales a los trabajadores comunes, tales como las madres gestantes, los menores de edad que trabajan y las personas con discapacidad, ya que en dichos casos podría generarse una situación de discriminación encubierta en la legalidad del cese por no superación del periodo de prueba.

2.1.2.3. Los límites temporales y específicos del periodo de prueba.

Continuando con el desarrollo del periodo de prueba, se obtiene del análisis de la norma que existen límites temporales y límites específicos, los temporales estarían divididos en dos tipos, el primero de acuerdo al tipo de trabajador y el segundo estará determinado por la duración del contrato de trabajo.

Límites temporales:

En este primer límite se tiene el caso de los trabajadores calificados como personal de confianza y de dirección, a los cuales según la norma les correspondería un plazo de periodo de prueba mayor a comparación a los trabajadores que no posean dicha calificación, en función a los siguientes detalles regulado en el artículo 43 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Trabajador de confianza	Trabajador de dirección
<p>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.</p>	<p>Es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquellas funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.</p>

Por ello les aplicaría hasta seis meses cuando el trabajador sea calificado de confianza y hasta un año o doce meses para aquel trabajador calificado como personal de dirección, o también dependerá del requerimiento de adaptación que el mismo empleador requiera, para lo cual dependerá de la capacitación del puesto de trabajo, en el que no se requiera la aplicación de los tres meses de prueba, o que por la naturaleza del tipo de labor a desempeñar el empleador considere necesario un mayor tiempo de evaluación ante el alto grado de responsabilidad que justifique objetivamente la ampliación del periodo de prueba.

Sobre el segundo límite temporal, consideramos como un límite temporal la duración del contrato de trabajo, ya que “cuando la duración del contrato sea menor a un año, la del periodo de prueba debe ser proporcional a aquella, esto es no exceder de una cuarta parte de la misma, pues esta es la proporción de aquel periodo cuando el contrato dura un año.” (Blancas, 2013, p.164)

Pese a ello, nuestra normativa determina que para la contratación temporal o a plazo fijo, el plazo de duración es de tres meses, ampliándose en caso se trate de trabajadores con calificación de confianza o de dirección; y respecto a los contratos cuya duración sea

menor a los tres meses, se tendrá determinado como plazo del periodo de prueba, el tiempo de vigencia del contrato.

Por lo que de haber una renovación del mismo no sería posible considerar la ampliación del periodo de prueba, ya que, con la continuación de la relación laboral, se establecería que el trabajador es apto para el puesto de trabajo y por ende superó el periodo de prueba.

Debido a ello, es que podemos considerar que la regulación del periodo de prueba en nuestro país es subjetiva ya que se encuentra de forma implícita una presunción de legalidad del término de la relación laboral, tras la no superación del periodo de prueba, que determinaría que la causa es legal, pese a que no se justifique formalmente con el trabajador.

Evitando con ello, que el empleador justifique objetivamente las razones por las cuales el trabajador no se adecuó al puesto de trabajo, dentro del marco de las capacidades o conductas del este que establezcan la ineptitud en el desempeño de funciones.

Así a modo de resumen se tiene el siguiente cuadro sobre la aplicación del periodo de prueba por el tipo de trabajador y por la duración del contrato a plazo fijo.

Tipo de trabajador	Periodo de prueba (mínimo)	Periodo de prueba (máximo)	Detalle
No dirección, ni confianza	Exoneración de los 3 meses	3 meses	No se tiene regulación sobre una ampliación superior a 3 meses
Confianza	Exoneración de los 3 meses	6 meses	Es posible la ampliación en los

Dirección	Exoneración de los 3 meses	12 meses	siguientes casos: a) Siempre que se justifique por la naturaleza o el grado de responsabilidad, o b) Se necesite de un periodo de adaptación o capacitación superior.
-----------	----------------------------	----------	---

Duración del contrato		Duración del periodo de prueba	Detalle
Plazo fijo	De 3 meses a más	Se exonera los 3 meses	Posibilidad de ampliación de 6 meses en caso sea un trabajador de confianza y 12 meses en caso sea un trabajador de dirección.
	Menos de 3 meses	La duración del todo el contrato	Si el contrato termina el trabajador reingresa a la empresa, ya no se le sería aplicable el periodo de prueba de 3 meses, sino se esperaría hasta llegar a los 3 meses. Asimismo, el hecho de recontractar al mismo trabajador significaría la renovación de confianza.

Los cuadros señalados previamente se complementan con lo señalado por el profesor De Lama “ el artículo 10 de la LPCL especifica que las partes pueden pactar un término no mayor en caso las labores requieran de un periodo de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada” (De Lama, 2013, p.43) asimismo, indica que la “ampliación debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el periodo inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección” (De Lama, 2013, p.43)

Límites específicos:

Estos límites se relacionan a la aplicación indebida o irregular del periodo de prueba de parte del empleador, mediante el cual se comete comúnmente abuso de derecho, ya que se vulneran derechos fundamentales, al cometerse fraudes a la ley que devienen en actos discriminatorios contra los trabajadores.

Así respecto a este punto, se tiene claro que dentro del periodo de prueba no se puede quebrantar los derechos fundamentales de los trabajadores, ni mucho menos se puede cometer actos discriminatorios utilizando como medio el mismo, ya que “existe, por consiguiente un solo límite a la decisión extintiva del empresario (y en su caso del trabajador), un único argumento que puede generar su ineffectividad: que se funde o esté motivada en razones discriminatorias o que vulnere derechos fundamentales” (Palomeque y Álvarez, 2009, p.587)

Con ello, se desprende el hecho de que ninguna causa que ponga fin al vínculo laboral puede limitar el disfrute de los derechos fundamentales dentro del periodo de prueba, menos aún cuando esté asociado a algún hecho discriminatorio; y esto se debe en parte a las consecuencias generadas en el trabajador, partiendo de la realidad de que el empleador es quien posee la situación de ventaja a diferencia del trabajador, por lo que el daño ocasionado resultaría ser más lesivo; asimismo “el presupuesto esencial de tal protección, no puede ser otro que el de la afectación, desconocimiento o violación de los derechos de la persona humana, que se reputan intangibles, al momento de configurarse la voluntad extintiva del empleador” (Arce, 2006, p.100).

De acuerdo con ello, el empleador bajo la premisa de un libre ejercicio de

uso del despido arbitrario en el contexto del periodo de prueba no podrá realizar acciones que transgredan los derechos fundamentales, lo cual se encuentra dispuesto en el artículo 23 de la Constitución que dispone: “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos fundamentales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador” que va a la par de la prohibición de la discriminación.

Por otro lado, así como uno de los límites específicos es el respeto de los derechos fundamentales y la prohibición de la discriminación, también tenemos al fraude a la ley y el abuso del derecho, ya que durante el periodo de prueba también existen riesgos referidos al uso incorrecto o fraudulento de esta institución con el objeto de eludir la estabilidad laboral.

Así, tenemos que el fraude a la ley, ocurre cuando “los sujetos celebran el negocio buscando una finalidad distinta a la contemplada por el legislador al establecer el esquema legal, es decir, una función totalmente distinta a la función socialmente útil que justificó la creación de ese esquema legal de figura comercial” (Taboada, 2002, p.347)

Con ello, se entiende que existe un supuesto normativo que se encuentra encubierto a fin de eludir a la norma principal que vendría a ser la norma defraudada, teniendo como ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Exp. N° 02456-2012 AA/TC, mediante el cual se analiza la supuesta ampliación fraudulenta del periodo de prueba de una trabajadora cuyo puesto de trabajo no correspondía ser calificado como de confianza, sino que debió aplicarse el plazo de tres meses común, sin embargo, el empleador usó dicha figura para desvincular a la trabajadora, quien a su vez se encontraba embarazada, por lo que dicho acto resultaba evidentemente irregular.

Por otro lado, en el caso del abuso de derecho, nos encontraríamos ante un acto que encaja dentro de la legalidad de las normas, sin embargo, aunque posea licitud no va en armonía de los principios del derecho, por lo que podemos tener las siguientes diferencias: “En el abuso de derecho se ejercita un derecho subjetivo, desviándose de su fin, causando un daño. En el fraude a la ley se infringe un derecho objetivo que es la norma aplicable, buscando su trasgresión al amparo de otra diferente.” (Mas, 2019, p.158).

Siendo uno de los casos más comunes en el ámbito laboral, la calificación desmotivada de los trabajadores como personal de confianza y/o dirección, como también los casos en los que se puede “usar el periodo de prueba como instrumento de amenaza y presión, generando una preocupación permanente al trabajador exigiéndoles un rendimiento mayor que el trabajador estable, replicando durante todo el periodo de prueba, el consabido mensaje: “recuerda que estas a prueba”” (Mas, 2019, p.160).

2.2 ¿Se considera como un encubrimiento de actos discriminatorios la no superación del periodo de prueba?

De acuerdo con lo mencionado en los puntos anteriores, tenemos diferentes supuestos en los cuales la desvinculación por no superar el periodo de prueba devienen de actos discriminatorios encubiertos, siendo a efectos de la presente investigación el foco de análisis el caso de los sujetos laborales especialmente protegidos por la Constitución, ya que consideramos necesario abordar las razones que deberían ser expuestas cuando los trabajadores incluidos en estas categorías no superan el periodo de prueba.

Es decir, los empleadores también deberían motivar su decisión con las consideraciones recaídas en la capacidad y conducta dentro del periodo de prueba, ya que viene a ser una forma extintiva del contrato de trabajo, con mayor razón al tratarse de grupos de trabajadores vulnerables.

2.2.1. Calificación de despido como consecuencia derivada del término de la relación laboral aplicable a la madre trabajadora, el menor de edad o el impedido en el periodo de prueba.

En este punto se cuestiona si el “despido durante el periodo de prueba es o no un despido causal, esto es “si ha de estar fundado en un motivo suficiente o si basta para su justificación la sola voluntad (nutus arbitrarium merum) del empleador”” (Martín Valverde citado en Mas, 2019, p.92).

Así teniendo en cuenta que nos encontramos frente a un grupo de trabajadores con condiciones especiales y diferentes a los trabajadores comunes, resulta razonable la justificación de parte del empleador sobre los motivos que determinen la falta de aptitud al puesto de trabajo.

2.2.1.1. Aspectos relevantes para la calificación de despido.

Partiendo de que “si se obliga al empleador a efectuar las experiencias objeto de la prueba, no parece muy coherente consentirle una valoración

incontrolable de las mismas. De manera similar, tampoco resultaría efectiva la protección antidiscriminatoria en el momento del ingreso en la empresa, si se deja abierta la brecha del despido per arbitrium merum a lo largo de la fase probatoria” (Martín Valverde citado en Mas, 2019, p.93).

Con ello lo que se pretende es mostrar que la causalidad vendría ser la opción más favorable ante las arbitrariedades de los empleadores sobre los trabajadores que se encuentran en periodo de prueba.

Asimismo, un aspecto a favor de esta posición se encuentra en el desarrollo jurisprudencial del despido en el derecho laboral de nuestro Tribunal Constitucional; el cual parte del supuesto de la existencia de una desprotección contra el despido arbitrario mientras se encuentra por medio el periodo de prueba, conforme dispone el artículo 34 del Decreto Supremo N°003-97-TR:

“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 está 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”

Según ello, solo podrán obtener una indemnización contra el despido arbitrario aquellos trabajadores que hayan superado el periodo de prueba, por lo que trae a colación la Sentencia del TC sobre el Exp. 1124-2001 AA/TC conocido como el caso Telefónica, en el cual “al despido arbitrario sin expresión de causa (signado como despido incausado por el TC), se le imprimió un grado mayor de lesividad que el despido meramente arbitrario, insertándolo en el ámbito de los despidos inconstitucionales afectados de nulidad, tanto mayor será para el despido fraudulento, es decir, aquel despido también sin causa, pero en el que

simula la existencia de la misma, para evitar justamente su análisis en la vía del amparo” (Mas, 2019, p.98).

Así, la noción sobre el despido arbitrario gira entorno a la interpretación de dar a conocer que el periodo de prueba debería ir en armonía a lo señalado por el tribunal, ya que resulta ser la primera parte de vida de la relación laboral en la que se mide las aptitudes del trabajador y no debería excluirse de la debida protección, ya que como se mencionó anteriormente, la desvinculación por periodo de prueba es una forma de extinguir el contrato de trabajo, por ello, calificaría como un despido que amerite la necesidad de brindar una causa objetiva.

2.2.2. ¿Existe alguna necesidad de justificar o motivar la no superación del periodo de prueba para los sujetos laborales protegidos?

Partiendo de lo ya señalado, se tiene que “cuando la extinción se ha producido mediando una causa discriminatoria la extinción se causaliza y, como ocurre en el despido discriminatorio, el empresario debe probar la existencia de causa no discriminatoria.” (Ballester, 1995, p.33)

Dicho parámetro aplicaría a toda la relación laboral y no solo la parte posterior a la superación del periodo de prueba, por ello le correspondería al empleador establecer los motivos objetivos a través de indicios de que el despido o la no superación del periodo de prueba provienen de fines discriminatorios o que vulneren los derechos fundamentales, en ese sentido, el objetivo sería la evaluación del trabajador de conformidad con el contrato de trabajo y las aptitudes requeridas para el desempeño de las funciones.

A su vez, Cesar Ojeda señala que “en aplicación del principio de coherencia normativa, el TC se ha pronunciado en la sentencia recaída en el expediente N° 047-2004-AI/TC precisó que: la normatividad sistemática descansa en la coherencia normativa. Dicha noción implica la existencia de la unidad del orden jurídico, lo que, indica la existencia de una relación de armonía entre todas las normas que lo conforman” (Ojeda, 2021, p.19), en relación a la interpretación del artículo 23 de la Constitución y el artículo 10 del Decreto Supremo, que motiva la necesidad de justificar la no superación del periodo de prueba.

2.2.2.1. La aplicación de la teoría objetiva que causaliza el despido en la figura del periodo de prueba.

A modo de ejemplo se tiene la Sentencia N° 173/2013 emitida por el Tribunal Constitucional Español, referente a una trabajadora embarazada, quien no logró acreditar la toma de conocimiento de su empleador sobre su estado de gravidez, en el cual se consideran puntos importantes sobre la causalización en los casos de discriminación, como se señala en el segundo párrafo del fundamento seis de la sentencia:

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

De esta sentencia se desprende el hecho que, “si el trabajador cesado es capaz de aportar indicios suficientes del móvil discriminatorio, pesará sobre el empresario la tarea de articular una explicación razonable del desistimiento, ajena aquel móvil, viéndose obligado a descubrir la razón de esa resolución contractual” (Gallego Moya citado en Mas, 2019, p.128).

Asimismo, se tiene un argumento importante a favor de este supuesto conforme señala César Ojeda:

“El fundamento que viabiliza exigir la justificación de la no superación del periodo de prueba radica en la buena fe laboral, dado que el empleador solo debe dar cuenta de las razones por las que el trabajador no es idóneo para el puesto en que se le contrato, garantizando con ello que si el trabajador alega haber padecido un acto discriminatorio se cuenten con indicios razonables (desde el inicio) que permitan desvirtuar tal afirmación” (Ojeda, 2021, p.21).

En esa secuencia existe un interesante “voto particular emitido por el Magistrado Fernando Valdés Dal-Re que señala que las premisas de toda vulneración del artículo 14 CE son las dos siguientes:

- La concurrencia del factor protegido (el embarazo como realidad biológica enlazada al género)
- La existencia de un perjuicio asociado (la extinción del contrato de trabajo)” (Doganoc, 2020, p.190)

Bajo esta premisa se puede responder a la pregunta planteada en el presente capítulo, en base a una interpretación del artículo 23 de la Constitución y el artículo 10 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, ya que se puede justificar el factor protegido con la situación de desventaja de cada sujeto especialmente protegido, mientras se encuentran dentro del periodo de prueba, para lo cual el aspecto subjetivo es la garantía para identificar al beneficiario de protección reforzada, asociándolo por supuesto a la existencia del perjuicio asociado y la condición biológica o social; según ello, a continuación se procederá a brindar una propuesta de modificación normativa en la aplicación del periodo de prueba regulada en nuestra legislación.

CAPÍTULO III:

PROPUESTA DE SOLUCIÓN QUE PERMITA OTORGAR UN PLUS DE TUTELA A LOS SUJETOS LABORALES ESPECIALMENTE PROTEGIDOS POR LA CONSTITUCIÓN DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA.

Teniendo en cuenta los aspectos esenciales por los cuales la madre trabajadora, el menor de edad y el impedido son considerados sujetos especialmente protegidos, y la naturaleza jurídica del periodo de prueba nuestra legislación, es que surge la presente propuesta de brindar un plus de tutela en función a un procedimiento dentro del periodo de prueba.

Debido a que, en la práctica empresarial, se ha evidenciado acciones irregulares en la aplicación del periodo de prueba, que ha generado como consecuencia que muchos ceses de trabajadores terminen en la interposición de demandas judiciales. Sin embargo, sucede que en los casos comunes en los cuales los trabajadores que no superan el periodo de prueba no tienen derecho a la protección contra el despido arbitrario, no pueden cuestionar el despido; dependiendo que medie la vulneración de los derechos o un trato discriminatorio para que se cuestione la forma y tipo del despido.

Así a modo de ejemplo, el Tribunal Constitucional dejó abierta la posibilidad de analizar la vulneración de derechos fundamentales en casos en los que los trabajadores no hayan superado el periodo de prueba, como sucedió en la sentencia recaída en el Exp. 2456-2012-AA-TC, en el cual se denota una ambigüedad entre los fundamentos expedidos por los magistrados, ya que daría la opción de que el tribunal se pronuncie sobre el trato discriminatorio y/o la vulneración de los derechos fundamentales cuando un trabajador no supera el periodo de prueba (en este caso una madre gestante), de acuerdo con los siguientes fundamentos de la sentencia mencionada:

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

En este fundamento el tribunal en primer lugar señala que la trabajadora debió superar el periodo de prueba para poder obtener protección contra el despido arbitrario; sin embargo, el siguiente fundamento, da a lugar otra interpretación:

3.3.6 *En consecuencia, habiéndose acreditado que la actora no superó el periodo de prueba convencional, no tenía protección contra el despido arbitrario, razón por la cual la demanda debe ser desestimada, pues **no se acredita la vulneración de los derechos constitucionales alegados.***

En este fundamento, el tribunal da a entender que se podría analizar la vulneración de los derechos constituciones dentro del periodo de prueba.

Entonces bajo esa lógica, existe la posibilidad de revisar los casos de no superación de periodo de prueba, como el mencionado en el cual interviene una madre gestante, quien es cesada por no superar el periodo; siendo posible también determinar dicha revisión para casos en los que los intervengan trabajadores con discapacidad o sean menores de edad.

Así, bajo esa premisa, se tiene a modo de ejemplo otras normas laborales que otorgan un plus de tutela a los sujetos especialmente protegidos por la Constitución, como las reguladas en la Nueva Ley Procesal de Trabajo:

Título Preliminar

Artículo III.- Fundamentos del proceso laboral

*En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad. **En particular, acentúan estos deberes frente a la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad.***

Artículo 10.- Defensa pública a cargo del Ministerio de Justicia

La madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad que trabajan tienen derecho a la defensa pública, regulada por la ley de la materia.

Artículo 55.- Medida especial de reposición provisional

El juez puede dictar, entre otras medidas cautelares, fuera o dentro del proceso, una medida de reposición provisional, cumplidos los requisitos ordinarios. Sin embargo, también puede dictarla si el demandante

cumple los siguientes requisitos:

a) Haber sido al momento del despido dirigente sindical, menor de edad, madre gestante o persona con discapacidad.

En dichas normas se aprecia que el legislador ha brindado una protección adicional a los tres sujetos laborales, que fortalece la presente propuesta, que es brindar un plus de tutela durante el periodo de prueba, que implicaría adicionar a ello la creación de un proceso equiparable al procedimiento de despido regulado en el artículo 31 del Decreto Supremo N° 03-97-TR:

Artículo 31°.-

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. (...)

Bajo el esquema diseñado en el artículo 31, se plantea el siguiente procedimiento de comunicación de no superación de periodo de prueba, aplicable a los trabajadores que pertenezcan al grupo de sujetos especialmente protegidos por la Constitución.

3.1 Implementación de un procedimiento de tutela como defensa ante los actos discriminatorios durante el periodo de prueba.

De acuerdo con lo mencionado en la primera parte de este capítulo, existen acciones que son equiparables a actos discriminatorios, para lo cual, se plantea la propuesta de implementar un procedimiento en la línea de lo regulado en el artículo 31 del D.S. 003-97-TR.

De manera que se requeriría la modificación del artículo 10 del D.S. 003-97-TR, en el que se disponga el plus de tutela a los sujetos laborales, como lo regulado en las normas de la Nueva Ley Procesal del Trabajo; para que se regule el procedimiento de notificación de las aptitudes y capacidades de cada trabajador comprendido en estos grupos, así al tratarse de un sujeto laboral especialmente protegido, el empleador deberá justificar objetivamente las razones que motivan la decisión de comunicar la no superación de periodo de prueba. Entonces con ello se podría contar con mayor protección al momento de que un trabajador demande la vulneración de sus derechos fundamentales.

Según ello, si nos encontramos ante un caso de disminución de capacidad, productividad o que medie alguna conducta del trabajador que justifique válidamente que el vínculo laboral no continúe vigente, se deberá especificar dichas razones en la carta de comunicación de no superación del periodo de prueba para que el trabajador pueda presentar en el plazo de 6 días naturales sus descargos y pueda hacer ejercicio de su derecho de defensa.

De acuerdo con ello, el empleador decidirá si continúa con el trabajador y por ende supera el periodo de prueba o se termina el vínculo laboral.

3.1.1. Hacia la modificación de la regulación del periodo de prueba que permita la apertura de un procedimiento de defensa para los trabajadores especialmente protegidos por la Constitución en base al estado de vulnerabilidad que caracteriza a cada uno.

En base a lo mencionado en el punto precedente se propone la siguiente modificación del artículo 10 del D.S. 003-97-TR, en el cual se pretende incluir un plus de tutela adicional para los sujetos laborales especialmente protegidos por la Constitución, tomando como base lo regulado en la Nueva Ley Procesal de Trabajo; de acuerdo con ello, es necesario tener en cuenta lo analizado en el capítulo uno de la presente investigación, en el cual se analiza las condiciones fisiológicas y situaciones de desventajas de cada sujeto laboral que justificaría el por qué son acreedores de esta protección especial.

Asimismo, es importante mencionar que existen pronunciamientos internacionales sobre el tema, como por ejemplo los de la Corte Constitucional de Colombia, a través de los cuales se ha denominado la existencia de la estabilidad laboral reforzada para los trabajadores que forman parte de un grupo de vulnerabilidad respecto del común de trabajadores.

Como lo señalado en la Sentencia T-405/15, donde se hace referencia “al derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta o indefensión”, a través de una interpretación de normas constitucionales que desarrollan la estabilidad en el trabajo, el deber de actuación e inclusión del Estado respecto de las personas con condición de disminución de capacidades físicas y el derecho de quienes se encuentran “en circunstancias de indefensión” que requieran de una especial protección para que logren el acceso a la igualdad.

Los cuales coadyuvan a brindar garantías en la prohibición de que los

empleadores no despidan o terminen la relación laboral con un trabajador perteneciente a este grupo por el hecho real de su limitación o condición, por lo que podría presumirse que se trata de un despido nulo en caso se realizara el despido.

En esa línea, se tiene la Sentencia T-673/14 de la Corte Constitucional de Colombia, que señala también que realiza una reiteración de la jurisprudencia respecto a quienes la Corte ha determinado como personas sujetas de especial protección, los cuales vendría a ser las madres que trabajan, niños, personas con discapacidad y los adultos mayores. Sobre este grupo la sentencia señala que “el derecho a la estabilidad laboral reforzada no puede ser entendido simplemente como la imposibilidad de retirar al trabajador que ha sufrido la disminución en su estado de salud, sino que además implica el derecho de reubicación en un puesto de trabajo conforme a sus condiciones de salud en el que pueda potencializar su capacidad productiva y realizarse profesionalmente”

Seguido a ello, la Sentencia T-598/12 señala que “en relación a los casos que se invoca la protección a la estabilidad reforzada, la Corte ha sostenido que resulta procedente la acción de tutela, debido a la estrecha relación que guardan estos asuntos con el principio constitucional de no discriminación, y con los mandatos superiores de protección de grupos vulnerables”

Así, se tiene como referencia jurisprudencia comparada que ha desarrollado la necesidad de otorgar protección a los grupos de personas que se encuentran en indefensión como los sujetos especialmente protegidos por nuestra Constitución, por lo que se puede tomar como referencia para tomar acciones que permitan generar avances en la regulación laboral, partiendo del periodo de prueba, ya que al ser el “filtro” de la continuación del contrato de trabajo, merece especial atención del legislador.

3.1.1.1. Propuesta de modificación del artículo 10 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Exposición de motivos:

Se busca precisar el plus de tutela de los sujetos especialmente protegidos por la Constitución durante el periodo de prueba.

I. Contenido. -

El objeto de la presente norma, es brindar un plus de tutela sobre la necesidad de protección de la madre trabajadora, el menor de edad y el trabajador con discapacidad durante el periodo de prueba, teniendo en cuenta el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en el expediente N° 2456-2012-AA, sobre despido discriminatorio durante el periodo de prueba, partiendo desde la perspectiva de protección de los derechos fundamentales que el Estado Social y Democrático de Derecho debe tutelar y garantizar, en la medida del proceso de reconocimiento constitucional de los derechos laborales en la Constitución de 1993.

Durante este proceso histórico de reconocimiento de derechos laborales, el grupo que resalta por la necesidad de protección reforzada, son los tres sujetos especialmente protegidos, por el contexto de discriminación, y estereotipos que promueven tratos diferenciados a lo largo del desarrollo de la sociedad.

Por ello, es relevante conocer cómo se debe aplicar el periodo de prueba en la relación laboral para éstos casos, brindando los alcances constitucionales del art. 10 del D. S. 003-97-TR, sobre la protección reforzada y la necesaria inclusión de protección a este grupo durante el periodo de prueba, con el objeto de promover el principio protector, como también el principio de igualdad y no discriminación, evitando que la condición de estos sujetos laborales sean objeto de abuso por el empleador.

Conforme a ello, para la correcta aplicación de la protección del artículo 10 en el periodo de prueba, se requiere interpretar la norma a la luz del artículo 23 de la Constitución, que brinda una protección especial, impidiendo con ello que cualquier relación laboral menoscabe los derechos fundamentales, para lo cual deberá evaluarse las disposiciones reguladas para el periodo de prueba, ya que “con el periodo de prueba no es que se admita un despido sin causa, la causa existe y es exigible para justificar el despido; solo que el legislador opera con una especie de presunción implícita, según el cual todo despido (...) obedece a una causa legítima, la constatación de la ineptitud del trabajador”(Aparicio 2013:29). Por ello, en estos casos especiales, el empleador debe brindar la debida protección a fin de promover la igualdad y no discriminación.

II. Análisis del Efecto de la Vigencia de la Norma en la Legislación Vigente. -

La presente norma busca otorgar un plus de tutela a los sujetos especialmente protegidos por la Constitución, de conformidad con las normas constitucionales internas, y convenios internacionales en materia de trabajo, discriminación y género, dentro del periodo de prueba.

Para lo cual, se trata de eliminar barreras en el acceso y permanencia en el empleo, lo cual generará un avance a nivel social, sobre la inclusión en materia laboral, que permitan el desarrollo profesional en igual proporción que los demás trabajadores.

De acuerdo con ello, se parte de la base del artículo 10 que dispone lo siguiente:

Artículo 10º.-

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.

La modificación planteada sería la siguiente:

Artículo 10º.-

El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario, en caso de la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad que trabajan, se deberá evaluar las causas objetivas por las que no se superó el periodo de prueba.

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.

Con la propuesta de modificación en esta disposición normativa, se podría obtener un plus de tutela durante el periodo de prueba; para lo cual el empleador debería diseñar un procedimiento como las ya mencionadas líneas arriba.



CONCLUSIONES

- El derecho del trabajo es un derecho social que se encuentra establecido en el Estado Social de Derecho, que tiene como base dos aspectos importantes, el acceso al empleo que implica también la permanencia en el mismo y el hecho de no ser despedido salvo sea por causa justa, que ha sido denominado como estabilidad laboral de entrada y de salida, regulado en las normas internacionales ratificadas por el Perú, que brindan la obligatoriedad de cumplir con el objeto de las mismas a nivel de la regulación interna.
- Asimismo, se tiene que, debido al desequilibrio en el poder de dirección y los trabajadores, resulta necesario para determinados casos brindar protecciones reforzadas, como el caso de las madres trabajadoras, menores de edad y personas con discapacidad, debido a la situación de vulnerabilidad que por su propia condición física o biológica poseen, ya que por dichos aspectos son objeto de actos discriminatorios aplicados en su mayoría en el periodo de prueba, que devienen contraviniendo sus derechos laborales.
- En el caso del periodo de prueba, se tiene que la forma cómo se ha regulado en el Perú, viene a tener una connotación subjetiva, debido a que no existe una exigencia legal que requiera indicar expresamente las razones objetivas que motivan la no superación del mismo, por lo que es asequible para los empleadores utilizar esta institución para encubrir actos discriminatorios contra trabajadores en desventaja como los sujetos especialmente protegidos.
- A fin de proponer mejoras en la legislación se propone aplicar la teoría ecléctica del periodo de prueba, mediante el cual se justifique la necesidad de la objetivación de este, complementando la regulación actual, que beneficiaría preferentemente a los grupos especialmente protegidos.
- En razón a ello, se debe plantear la idea de otorgar un plus de tutela adicional a este grupo de trabajadores dentro periodo de prueba como se ha realizado en otros casos como lo indicado en la Nueva Ley Procesal Laboral.
- Así la implementación de un procedimiento equiparable al del despido puede ser una solución que prevenga futuros procesos laborales de parte de trabajadores que demanden la vulneración de sus derechos fundamentales, ya que al objetivar la causa se motivaría el despido en base a la conducta o la capacidad,

descartando con ello cualquier tipo de encubrimiento de actos discriminatorios.

- Además, que la modificación planteada en el artículo 10 del Decreto Supremo N° 003-97-TR contribuiría al desarrollo en torno a la protección normativa para estos grupos de trabajadores desfavorecidos por su propia condición, ya que el plus de tutela regulado apertura y justificaría la aplicación del procedimiento de comunicación de las causas objetivas de no superación del periodo de prueba.



BIBLIOGRAFÍA

ARCE, Elmer.

2013. Derecho individual del trabajo en el Perú. Segunda edición. Lima: Palestra Editores, 2013.

ARCE, Elmer.

2006. La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales. Lima: ARA Editores, 2006.

ARÉVALO, Javier.

2017. La protección de la mujer trabajadora contra la discriminación. Lima. Lex N°19. 2017.

APARICIO, Rebeca.

2013. El periodo de prueba, la carga de la prueba y la tutela jurídica de los trabajadores. Análisis de la STC Exp. N°2456-2012-AA/TC. Lima. Dialogo con la Jurisprudencia N° 175. 2013. P. 29-33.

APARICIO, Rebeca.

2016. Una revisión del concepto de periodo de prueba frente a la nueva doctrina del Tribunal Constitucional. Madrid. Anuario Jurídico y Económico Escurialense.2016.

ÁVALOS, Oxal.

2015. Alcance sobre la tutela frente al despido de la madre trabajadora. Lima: Dialogo con la jurisprudencia N° 207, 2015, pp. 13-23.

BANCO MUNDIAL.

2015. Las mujeres en América Latina y el Caribe enfrentan barreras a las oportunidades económicas, señala el informe del Grupo Banco Mundial Washington. 2015.

BALLESTER, María.

1995. El periodo de prueba. En Borrajo Dacruz E. (Dir.), Comentarios a las leyes laborales. El estatuto de los trabajadores. EDERSA. Tomo IV. Madrid. España.

BOZA, Guillermo.

2002. Los sujetos laborales especialmente protegidos en la Constitución de 1993, Taller Derecho, Lima. 2002

BOZA, Guillermo.

2011. Lecciones de derecho del trabajo. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2011.

BOBADILLA, Magali.

2020. Normativa Laboral para adolescentes en el Perú y la eficacia normativa. 2020. Lima.

<http://orcid.org/0000-0002-2882-0575>

BLANCAS, Carlos.

2013. El despido en el derecho laboral peruano. Tercera Edición. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2013.

BLANCAS, Carlos.

2011. La cláusula del Estado Social en la Constitución. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2011, pp. 401-506.

CABANELLAS, Guillermo.

1968. Compendio en Derecho Laboral. Libros científicos. Libro de Edición Argentina. Tomo I. Argentina 1968.

DE LAMA, Manuel.

2013. La ampliación del periodo de prueba y el despido de una trabajadora embarazada dentro de esta etapa. Lima: Dialogo con la Jurisprudencia N° 175. 2013. P. 41-43.

DE VALTENA, Ángel.

1998. Pacto de prueba y contrato de trabajo, Civitas, Madrid. 1998.

DOGANOC, María,

2020. Nulidad objetiva de la extinción del contrato en periodo de prueba de la

trabajadora embarazada. *Femeris*, Vol. 5 N° 2, PP. 183-193.

EGUIGUREN, Francisco.

Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. Lima: *Ius Et Veritas* N° 15, Pág. 63-72.

GARCÉS, Patricia.

2016. La protección de los derechos fundamentales de las mujeres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: ¿más limitaciones que avances? Lima. *Pensamiento Constitucional* N°21. 2016.

INEI.

2020. Perú: Evolución de los Indicadores de Empleo e Ingreso por Departamento 2007-2019. Lima. 2020.

INEI.

2017. Censo Nacional 2017: XII de Población, VII de Vivienda y II de Comunidades Indígenas.

LANDA, César.

2014. El derecho del trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora. Lima. *Themis*. 2014.

MAS, Alexander.

2019. El periodo de prueba en el derecho laboral peruano: alcances, límites y consecuencias de su aplicación irregular. Lima. 2019.

<http://hdl.handle.net/20.500.12404/14257>

MARTIN VALVERDE, Antonio

1976. "El periodo de prueba en el contrato de trabajo" Editorial Montecorvo. Madrid – España.

MONROY, Vanessa.

2020. La especial protección constitucional de la madre, el menor de edad y el

impedido, y la necesidad de tutela durante el periodo de prueba. Lima, 2021.
<http://hdl.handle.net/20.500.12404/19267>

NEVES, Javier.

2009. Introducción al Derecho del Trabajo. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009.

NEVES, Javier.

2006. Los principios del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En Tribunal Constitucional del Perú. Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral. Lima: Palestra, 2006.

OJEDA, Cesar.

2020. ¿Se debe justificar el cese por la no superación del periodo de prueba?
Soluciones laborales N° 162. Lima. PP 15-22. 2021

PACHECO, Luz.

2008. El Periodo de prueba: Naturaleza y Régimen Jurídico. Lima. Ius doctrina y práctica. 2008

PALOMEQUE, Manuel y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel.

2009. Derecho del Trabajo. Editorial Universitaria Ramón Areces. Décimo séptima edición. Julio 2009. Madrid. España.

PASCO, Mario.

1993. El trabajo en la Constitución. Ius Et Veritas. 27 – 35.1993

PAREDES, Ivan y Higuchi, Guiliana.

2013. El periodo de prueba y su tratamiento por la jurisprudencia del tribunal Constitucional. Lima: Diálogo con la jurisprudencia N° 175, 2013, p. 23- 28.

PASCO COSMOPOLIS.

1993. El trabajo en la Constitución. *IUS ET VERITAS*, 4(7), 27-35. Recuperado a partir de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15389>

PLÁ, Américo.

1998. Los principios del Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Depalma, 1998.

SANGUINETI, Wilfredo.

2008. La implementación de las normas de la OIT en materia de trabajo infantil en América del Sur: Panorama general y resultados más relevantes. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho Social Internacional y Comunitario, Madrid, 2008, núm. 72, págs.17 -40.

SANGUINETI, Wilfredo.

1989. El derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución Peruana, publicado en J. Neves Mujica, Trabajo y Constitución, Lima Cultural Cuzco Editores, 1989, págs. 83-142.

TABOADA, Lizardo.

2002. Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato. Editora Jurídica Grijley EIRL. 1ra Edición. Lima. Perú. 2002.

TOYAMA, Jorge.

2010. Reflexiones sobre los sujetos de la relación laboral. *IUS ET VERITAS*, 20(40), 140-158. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12146>

VILLAVICENCIO, Alfredo.

2013. El derecho al trabajo: en tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado. *Derecho PUCP*, (71), 309-339. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8906>

JURISPRUDENCIA CITADA

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Exp. N°1124-2001-AA/TC
- Exp. N°97-2001-AA/TC
- Exp. 2456-2012-AA/TC
- Exp. 047-2004-AI/TC

2. JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

- Sentencia T-405/15,
- Sentencia T-673/14
- Sentencia T-598/12

