

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**  
**ESCUELA DE POSGRADO**  
**MAESTRÍA EN DERECHO DE LA EMPRESA**



**PONTIFICIA**  
**UNIVERSIDAD**  
**CATÓLICA**  
**DEL PERÚ**

**“IMPLICANCIAS DE LA CAPACITACIÓN ANTES DE LA  
PRESTACIÓN EFECTIVA DE LABORES SOBRE EL PERÍODO  
DE PRUEBA”**

**Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa**

**Jurado:**

- Herbert Eduardo Tassano Velaochaga (Presidente)
- Aurelio Eduardo Cueva Vieira (Segundo Miembro - Asesor)
- Kenny Jefferson Díaz Roncal (Tercer Miembro)

**Autora:** Martha Veronica Warthon Castañeda

**LIMA- 2017**



## **RESUMEN EJECUTIVO DE LA TESIS**

La presente tesis propone la exoneración del período de prueba de los trabajadores que fueron contratados luego de superar una etapa de capacitación impartido por sus futuros empleadores. Ello en base a la aplicación de los principios del derecho laboral, específicamente de los principios de buena fe, razonabilidad y primacía de la realidad. Para lo cual, partimos de la premisa que la finalidad del período de prueba ya se habría cumplido durante la capacitación, es decir, que el empleador, a lo largo de la capacitación y las evaluaciones al cabo de ésta, tomó conocimiento de la aptitud del trabajador que decidió contratar para desempeñar un puesto específico, con lo cual se ha configurado la razón de ser del período de prueba y resultaría innecesario someter al trabajador a una nueva evaluación sobre su idoneidad para el puesto. En consecuencia, en caso de pactar en el contrato de trabajo un período de prueba, a pesar de que el empleador haya capacitado y evaluado al postulante antes de la suscripción del contrato de trabajo, se produciría la desnaturalización del mismo.

En este sentido, primer capítulo describiremos y delimitaremos la naturaleza de los períodos de capacitación como compromiso futuro de contratación; efectuaremos una descripción general de los tipos de capacitación existentes en el mercado laboral peruano y la regulación legal de cada uno de ellos, a fin de delimitar las circunstancias que cuentan con una regulación legal en materia laboral y aquellas a las que serían aplicables otras instituciones de carácter civil. Finalmente, nos ocuparemos de la regulación legal que el período de prueba tiene en nuestro país, así como identificaremos su finalidad.

En el segundo capítulo se analizará la razón de ser de los principios del derecho laboral, con la finalidad de delimitar su naturaleza tuitiva así como el ámbito de su aplicación; del mismo modo, daremos a conocer nuestra posición sobre la aplicación de éstos últimos a los períodos de prueba en contextos de contratación de personal por parte de empresas que efectuaron la capacitación y evaluación a sus postulantes antes de la suscripción del contrato de trabajo.

Finalmente, en el último capítulo describiremos la tendencia en el tratamiento de las tratativas previas a la suscripción del contrato de trabajo; así mismo, desarrollaremos un caso práctico ocurrido en nuestro país, analizando el criterio adoptado por el magistrado al resolver el caso; y proponiendo la forma de aplicación de los principios del derecho del trabajo que consideramos conveniente.

*Dedicatoria:*

*A mi madre, por su valiosa compañía y ser modelo de perseverancia. A mi padre, por enseñarme a soñar y mirar alto.*



## INDICE

<b>INTODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>I: NATURALEZA DE LOS PERÍODOS DE CAPACITACIÓN.....</b>	<b>4</b>
1.1 Definición de Capacitación y Períodos de Capacitación.....	4
1.2 Naturaleza de los Períodos de Capacitación.....	7
1.3 Los Períodos de Capacitación en el Mercado Laboral Peruano .....	14
1.3.1 Períodos de Capacitación Regulados por la Legislación Peruana .....	14
1.3.2 Períodos de Capacitación que no se encuentran regulados en la Ley sobre las Modalidades Formativas Laborales .....	16
1.3.3 Capacitación como forma de acceso al mercado.....	17
1.4 Período de Prueba y Capacitación antes de la suscripción del Contrato de Trabajo.....	19
1.4.1 Razón de Ser del Período de Prueba .....	19
1.4.2 Capacitación antes de suscribir un contrato de trabajo. ....	23
1.4.3 Circunstancias determinantes de la exoneración del período de prueba.....	25
1.5 Conclusiones parciales del Primer Capítulo .....	26
<b>CAPITULO II: LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE TRABAJO Y SU APLICACIÓN AL INICIO DE LA RELACIÓN LABORAL .....</b>	<b>28</b>
2.1 Razón de ser de los principios del derecho del trabajo.....	28
2.2 Principios del Derecho del Trabajo y Principios que conforman el Principio Protector. ....	33
2.2.1 Principio de Primacía de la Realidad .....	37
2.2.2 Principio de Razonabilidad .....	39
2.2.3 Principio de la Buena Fe .....	40
2.3 Aplicación de los principios en supuestos de contratación de personal luego de efectuada la capacitación y evaluación de los postulantes. ....	41
2.3.1 En el primer supuesto .....	42
2.3.2 En el segundo supuesto.....	44
2.3.3 En el tercer supuesto .....	44
2.4 Conclusiones parciales del Segundo Capítulo .....	46

<b>CAPITULO III: TRATATIVAS PREVIAS AL CONTRATO DE TRABAJO .....</b>	<b>48</b>
3.1 El Pre Contrato de Trabajo.....	48
3.2 Análisis del Caso Práctico.....	49
<b>3.2.1 De los Hechos.....</b>	<b>50</b>
<b>3.2.2 Del Desarrollo del Proceso y la Sentencia Emitida por el Juzgado.....</b>	<b>53</b>
<b>3.2.3 Aspectos que debieron ser considerados por la Juzgadora en la sentencia emitida. ....</b>	<b>55</b>
3.3 Conclusiones:.....	58
 <b>CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	 <b>60</b>
 <b>Bibliografía.....</b>	 <b>62</b>



## INTRODUCCIÓN

En el mercado laboral peruano, es común encontrar empresas que requieren incorporar en su planilla de personal a profesionales u operarios mediana o altamente especializados, los cuales, son difíciles de encontrar en la oferta de servicios que el mercado ofrece. Tal es el caso, en el ámbito privado, de las empresas bancarias que contratan personas para desempeñar funciones de ventas de tarjetas de crédito, seguros o préstamos bancarios; o empresas dedicadas al rubro del retail que se encuentran en la búsqueda de personas de ventas o de colocación de tarjetas de crédito, etc. Por otro lado, observamos que este mismo escenario se produce en el sector estatal, como es el caso de los organismos reguladores como OSINERGMIN, entidades estatales como la Superintendencia de Administración Tributaria – SUNAT, etc.; que cuentan con escuelas de formación específicas para profesionales jóvenes que desean adquirir conocimientos especializados para desempeñarse en una entidad u organismo específico, esto a fin de asegurar una oferta de servicios acorde a sus requerimientos.

Para efectos del presente estudio nos centraremos en analizar el fenómeno de la capacitación antes del inicio de la prestación de labores en el sector privado, toda vez que la selección e incorporación de personal en el sector público se rige en base al mérito alcanzado por los postulantes, para lo cual las diferentes entidades u organismos estatales se valen del concurso público para la contratación de personas y el acceso a la carrera pública y/o para el acceso a las escuelas de formación especializada, implementando concursos públicos más o menos extensos dependiendo de las necesidades y requerimientos de la entidad.

Hecha esta precisión, advertimos que en el sector privado, el problema de la contratación surge a raíz de la ausencia del conocimiento necesario para desempeñar la labor requerida por las empresas. Toda vez, que los espacios de formación tradicional o regular, como los centros de formación técnica o centros de formación profesional, no imparten a los estudiantes los conocimientos mediana o altamente especializados que las empresas requieren en determinados momentos. Siendo ello así, esta realidad se traduce en la ausencia de personal adecuadamente calificado en el momento preciso que requiere una organización.

Siendo ello así, con la finalidad de cubrir los requerimientos de personal, muchas empresas optan por capacitar a los postulantes y posteriormente evaluarlos antes de iniciar la prestación efectiva de labores. Esta práctica empresarial implica para los postulantes una inversión de tiempo y esfuerzo, a lo que se suma la inestabilidad y presión a la que se encuentran sometidos, ya que en el tiempo que duró su capacitación se encontraron a disposición de la empresa contratante, viéndose reducidas sus oportunidades en otras opciones laborales y sin contar con ningún tipo de protección ante eventualidades que puedan ocurrir. Mientras que para el empleador se generan importantes contingencias laborales, toda vez que al haber impartido capacitaciones a los postulantes, la autoridad administrativa de trabajo o el órgano jurisdiccional, dependiendo de las circunstancias, podría concebir dicha situación como una expresión de subordinación, traducida en la puesta a disposición de la fuerza de trabajo del personal capacitado, situación que acarrea imposición de multas y declaración de derechos laborales computados desde inicio del período de capacitación.

Por estos motivos, en el presente estudio se efectuará un análisis encaminado a otorgarle un contenido jurídico laboral a los períodos de capacitación que tienen lugar antes de la suscripción del contrato de trabajo. Para lo cual, formulamos como hipótesis de la investigación, que los períodos de capacitación previos a la prestación efectiva del servicio, deben ser considerados para el cómputo del plazo legal establecido como período de prueba, a razón de haberse producido la puesta a disposición personal del nuevo trabajador, en aplicación del principio protector. Siendo ello así, procederemos a desarrollar el presente trabajo de investigación, el cual consiste en una investigación descriptiva, que pretende detallar las circunstancias que ameritan la aplicación del principio protector en sus diversas expresiones ante la presencia de la puesta a disposición personal de los individuos a capacitarse.

En el primer capítulo referido a la naturaleza de los períodos de capacitación, describiremos y delimitaremos la naturaleza de los mismos; abordando el tema desde el punto de vista de las necesidades empresariales surgidas ante las exigencias del mercado competitivo en que nos encontramos. De igual manera, efectuaremos una descripción general de los tipos de capacitación existentes en el mercado laboral peruano y la regulación legal de cada uno de ellos, a fin de delimitar las circunstancias que cuentan con una regulación legal en materia laboral y aquellas a las que serían aplicables otras instituciones de carácter civil. Finalmente, nos ocuparemos de la regulación legal del período de prueba en nuestro país, identificaremos su finalidad y

la relación de ésta con la finalidad de los períodos de capacitación anteriores al vínculo laboral.

Por otro lado, en el segundo capítulo, desarrollaremos brevemente los principios del derecho del trabajo y su aplicación al inicio de la relación laboral, analizando de manera especial la razón de ser de las mismas con la finalidad de delimitar su naturaleza tuitiva y su ámbito de aplicación; de igual manera, describiremos los principios que lo conforman, poniendo énfasis en los principios de continuidad y primacía de la realidad, para finalmente dar a conocer nuestra posición sobre la aplicación de éstos últimos a los períodos de prueba en contextos de contratación de personal por parte de empresas que efectuaron la capacitación y evaluación a sus postulantes antes de la suscripción del contrato de trabajo.

Finalmente, en el tercer capítulo haremos referencia a las tratativas previas al contrato de trabajo en nuestro país y a la forma de cautelar los intereses de las partes de conformidad a la normativa vigente en materia contractual; así mismo, desarrollaremos un caso práctico ocurrido en nuestro país y daremos a conocer la postura que consideramos conveniente frente a los hechos ocurridos y el criterio adoptado por el magistrado al resolver el caso.

## I: NATURALEZA DE LOS PERÍODOS DE CAPACITACIÓN

En el presente capítulo describiremos y delimitaremos la naturaleza de los períodos de capacitación como compromiso futuro de contratación, para lo cual, abordaremos el tema desde el punto de vista de las necesidades empresariales surgidas ante las exigencias del mercado competitivo en que nos encontramos. De igual manera, efectuaremos una descripción general de los tipos de capacitación existentes en el mercado laboral peruano y la regulación legal de cada uno de ellos, a fin de delimitar las circunstancias que cuentan con una regulación legal en materia laboral y aquellas a las que serían aplicables otras instituciones de carácter civil, las cuales analizaremos con mayor detalle. Finalmente, nos ocuparemos de la regulación legal que el período de prueba tiene en nuestro país, así como identificaremos su finalidad y relación de ésta con la finalidad de los períodos de capacitación anteriores al vínculo laboral; en este sentido, daremos a conocer nuestra postura sobre la naturaleza de los períodos de capacitación que tienen lugar antes de que se suscriba el contrato de trabajo.

### 1.1 Definición de Capacitación y Períodos de Capacitación.

Con la finalidad de introducirnos al tema en cuestión, resulta necesario definir previamente qué se entiende por capacitación, por la cual entendemos el hecho de generar aptitudes en una persona, las cuales la harán apta para desarrollar una labor determinada, es decir la prepararán para un trabajo específico; por tanto, los períodos de capacitación propiamente dichos estarán referidos al hecho de generar en la persona aptitudes necesarias para realizar determinada función o actividad, proporcionándole conocimientos teóricos y prácticos que le permitan desarrollar una competencia; y que dicha función se llevará a cabo en períodos de tiempo determinados.

Desde una perspectiva empresarial, encontramos definiciones más técnicas de capacitación, como algunas que abarcan los objetivos a que se encuentra dirigida y las circunstancias que la motivan. Así encontramos aquella que la concibe como una actividad planeada, basada en necesidades reales de una empresa u organización, orientada hacia un cambio en los conocimientos, habilidades y actitudes del colaborador; y que además constituye la función educativa de una organización,

mediante la cual se atienden necesidades presentes y se prevén necesidades futuras. (Stoner, Freeman, & Gilbert, 1996, Página 229).

Por nuestra parte, advertimos que la capacitación busca un cambio en los conocimientos, habilidades y actitudes de la persona que se capacita; y también responde a una planificación previa, que ha sido diseñada en función a las necesidades actuales de la empresa y/o a requerimientos que podrán surgir en el futuro; en otras palabras, dependerá de los lineamientos de gestión del conocimiento que cada empresa adopte de acuerdo a sus necesidades y a los diferentes escenarios que se presenten en el mercado. Desde este punto de vista, observamos que la capacitación resulta de vital importancia para la empresa, ya que tendrá que ser diseñada con la finalidad de que una organización cuente con los recursos para afrontar las diferentes circunstancias que ocurran en el mercado; así podemos citar a Abraham Pain, quien se refiere a la importancia de la capacitación en la dinámica empresarial señalando lo siguiente:

Se capacita en la organización en un momento preciso, bajo la presión del mercado. Las organizaciones son sistemas inestables, permanentemente sometidas a la presión de la competencia, que se manifiesta de diferentes maneras, introduciendo un cambio tecnológico, desarrollando un producto nuevo, etc. El mercado competitivo en el cual vivimos genera situaciones de riesgo vital para la empresa, y esos riesgos generan necesidades, entre ellas: la capacitación. (PAIN, 2001, Página 27)

En ese sentido, observamos que la capacitación constituye una herramienta importante para que las organizaciones afronten los cambios surgidos en el mercado a causa de la presión competitiva; pues dicha presión, al expresarse de diferentes formas, genera circunstancias de inseguridad en la empresa que ponen en peligro su desempeño en el mercado respecto a las ventajas que eventualmente pueda obtener su competencia. Por este motivo, las empresas identificarán sus necesidades presentes y tratarán de identificar las futuras de acuerdo a los escenarios de riesgo que se produzcan, para lo cual diseñarán capacitaciones, cuya forma y contenido, les permita atender dichos requerimientos, siendo esta la primera conclusión a la que arribamos en el presente capítulo.

Por otro lado, consideramos importante diferenciar la capacitación como tal de otras modalidades de formación de personal, para lo cual coincidimos con la concepción de Santiago Pereda y Francisca Berrocal, los cuales al ocuparse de los objetivos de la

formación de personal señalan que ésta puede estar referida a los distintos componentes de las competencias y comportamientos, como son:

- Los *conocimientos* que son necesarios para llevar a cabo el trabajo (saber). En general, cuando los programas de formación se refieren sólo a este componente de las competencias se suelen denominar *instrucción*.
- Las habilidades y destrezas que son necesarias para aplicar los conocimientos a la solución de problemas prácticos concretos (saber hacer). En este caso se suele hablar de programas de entrenamiento o capacitación.
- Al cambio de *actitudes (saber estar)*, en este caso, se les suele denominar programas de *adoctrinamiento*.
- La formación también se puede dirigir a los *aspectos motivacionales (querer hacer)* de las competencias. (Pereda & Berrocal, 2012, Página 13)[El subrayado es nuestro.]

Hecha esta precisión, advertimos que las organizaciones adoptan distintas maneras de formación de su personal, sin embargo, para efectos del presente estudio, nos centraremos en analizar la capacitación como medio de formación de habilidades y destrezas necesarias para aplicar los conocimientos a la solución de problemas, para lo cual será necesario que durante los programas de entrenamiento o capacitación se imparta tanto conocimientos teóricos como prácticos, de tal forma que la persona a capacitar no sólo cuente con las habilidades y destrezas que la organización requiera para la solución de determinados problemas.

En este orden de ideas, si consideramos a la capacitación como la actividad formativa que tiene la finalidad de que las personas o postulantes a un puesto de trabajo adquieran, desarrollen e impulsen competencias complejas que serán exigencias en su puesto actual o el que ocuparán en el futuro, la definición de capacitación en sí debe referirse a las competencias complejas, entendidas éstas como las más resistentes al deterioro, por lo cual, la mayor eficacia de las acciones formativas se consigue cuando los conocimientos y competencias adquiridas durante la formación se pueden aplicar inmediatamente después de finalizar la capacitación. (Pereda & Berrocal, 2012, Página 17)

Para finalizar la delimitación del concepto de capacitación, resulta relevante precisar que las evaluaciones a las que será sometido el capacitado al culminar el período de formación será el medio por el cual la organización tomará conocimiento de las nuevas habilidades o destrezas adquiridas. Es así, que estos conocimientos y destrezas podrán ser aplicados inmediatamente después de finalizar la capacitación, para lo cual, los empleadores optarán por someter a los capacitados a distintos escenarios en los que les permita formar una apreciación del desempeño de las habilidades y destrezas adquiridas y así determinar con meridiana certeza si los evaluados cumplen o no con los requisitos para el puesto al que postulen; por este motivo las evaluaciones constituyen una herramienta importante para identificar si se cumplió con los objetivos empresariales fijados.

## 1.2 Naturaleza de los Períodos de Capacitación

En cuanto a la delimitación de la naturaleza de los períodos capacitación resulta necesario precisar que en el mercado laboral peruano las modalidades formativas laborales se encuentran reguladas por Ley N° 28518, Ley sobre Modalidades Formativas Laborales, la misma que en su primer artículo define a las modalidades formativas como tipos especiales de convenios que relacionan el aprendizaje teórico y práctico a través del desarrollo de tareas programadas de capacitación y formación profesional. Así mismo, dicha norma, mediante su Primera Disposición Transitoria y Final derogó el Título I “De la Capacitación para el Trabajo” del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Formación y Promoción Laboral, Decreto Supremo N° 002-97-TR, dejando vigentes los demás extremos de ésta última.

Siendo ello así, se advierte que la primigenia Ley de Formación y Promoción Laboral Juvenil, aprobada por D.S. N° 002-97-TR; establecía en su derogado Artículo 24<sup>1</sup>, que los convenios de Formación Laboral Juvenil y Prácticas Preprofesionales generan para las partes que lo suscriben únicamente los derechos y obligaciones que la referida norma legal les atribuye y no generan vínculo laboral, es decir, que no se

---

<sup>1</sup> Artículo 24.- Los convenios de Formación Laboral Juvenil y Prácticas Preprofesionales generan exclusivamente los derechos y obligaciones que esta Ley atribuye a las partes que lo celebran. No originan vínculo laboral.

configura un contrato de trabajo. En el mismo sentido, el Artículo 1<sup>2</sup> de la Ley 28518, Ley sobre Modalidades Formativas Laborales, establece que las modalidades formativas son formas especiales de convenios y en su artículo 3<sup>3</sup> señala que las mismas no se encuentran reguladas por la normatividad laboral vigente sino que les resulta aplicable la norma específica contenida en la Ley antes referida. Por lo cual se desprende que la legislación peruana desconoce el carácter laboral de dichas modalidades formativas, y que esta negación de su laboralidad se manifiesta en el hecho que la norma define a las modalidades formativas como convenios mas no como contratos de trabajo.

Al respecto encontramos en la doctrina peruana posiciones discordantes a la establecida en la ley, las cuales niegan la ausencia de laboralidad en las modalidades formativas, como la del Profesor Elmer Arce Ortiz, que concibe a las modalidades formativas laborales como un régimen laboral especial, pues sostiene que la naturaleza jurídica de los convenios formativos es mixta, toda vez que, por un lado, tienen un fin formativo y por otro, un fin productivo. Esto en razón de que el empresario siempre tendrá un fin patrimonial, ya sea formando a los capacitandos para obtener utilidades posteriores o utilizando la formación como un escenario de experiencia privilegiada, por lo que el fin formativo no será el único en este tipo de convenios. Del mismo modo, el citado autor, hace hincapié en el hecho de que la misma Ley 28518 establece entre las obligaciones de las partes que la persona a capacitar debe observar las normas y reglamentación interna de la empresa que lo acoge, lo que se traduce en un ejercicio de las facultades directrices del empresario que son una muestra de subordinación; y por otro lado, que la empresa se encuentra obligada a otorgar al capacitando beneficios muy parecidos a los laborales, como vacaciones, gratificaciones y otros de naturaleza netamente laboral. Por estos motivos sostiene que si bien es cierto que éstos convenios no pueden ser concebidos como contratos laborales típicos, sí pueden ser considerados como un régimen laboral especial; más aún si la norma vigente eliminó la exigencia del empresario de alcanzar a la autoridad administrativa su Programa Anual de Capacitación Laboral Juvenil, con lo cual se advierte la ausencia del carácter formativo de los convenios. (Arce Ortiz, 2017)

---

<sup>2</sup> Artículo 1.- Modalidades formativas.- Las modalidades formativas son tipos especiales de convenios que relacionan el aprendizaje teórico y práctico mediante el desempeño de tareas programadas de capacitación y formación profesional.

<sup>3</sup> Artículo 3.- Derechos y beneficios. Las modalidades formativas no están sujetas a la normatividad laboral vigente, sino a la específica que la presente contiene.

Al respecto, advertimos que en nuestro país aún no existe jurisprudencia de observancia obligatoria que reconozca el carácter laboral de las modalidades formativas laborales reguladas por la Ley 28518, motivo por el cual la referida norma aún se mantiene vigente; sin embargo si se produjo abundante jurisprudencia en la cual se determinó la desnaturalización de los convenios suscritos al amparo de esta norma por aplicación del principio de primacía de la realidad y el consecuente reconocimiento de vínculo laboral, emitidos a raíz de la verificación de alguna de las causales de desnaturalización o la configuración de los tres elementos del contrato de trabajo.

Por otro lado, luego de describir la controversia existente sobre la naturaleza jurídica de las modalidades formativas laborales reguladas por Ley 28518; advertimos que la misma regula en su artículo 2<sup>4</sup>, los tipos de modalidades formativas, así mismo, en los siguientes artículos, establece las circunstancias y requisitos que éstos deben cumplir. Siendo ello así, se observa que dicha norma legal no obliga a las empresas a contratar personas con quienes suscribieron dichos convenios de modalidades formativas, sin embargo, el derogado artículo 29° de la Ley de Formación y Promoción Laboral Juvenil D.S. N° 002-97-TR, establecía que las personas contratadas bajo cualquiera de las modalidades reguladas tendrían opción preferencial de admisión en las empresas en que hayan realizado su capacitación luego de superar la evaluación que corresponda; sin embargo la legislación vigente no estableció ninguna disposición que reconozca el derecho preferencial de contratación, por el contrario eliminó este derecho preferencial que otorgaba el D.S. 002-97-TR.

Adicionalmente, observamos que en el mercado laboral existen organizaciones, que a fin de generar su propia oferta laboral, no solo capacitan a sus trabajadores sino que también brindan capacitaciones a personas que aspiran a un puesto de trabajo, que aún no tienen la calidad de trabajadores, y que tampoco suscribieron un contrato de trabajo con la organización; para lo que hay que hacer notar que estas capacitaciones a los postulantes no precisamente califican dentro de alguna de las modalidades formativas establecidas en el artículo 2 de la Ley 28518, toda vez que en las mismas no se presentan las condiciones requeridas por la Ley en mención, sino que las empresas imparten dichas capacitaciones a personas que tienen estudios inconclusos,

---

<sup>4</sup> Artículo 2.- Tipos de modalidades formativas: Las modalidades formativas son:

1. Del aprendizaje: a. Con predominio en la Empresa. b. Con predominio en el Centro de Formación Profesional: b.1 Prácticas Preprofesionales.
2. Práctica Profesional.
3. De la Capacitación Laboral Juvenil
4. De la Pasantía: a. De la Pasantía en la Empresa. b. De la Pasantía de Docentes y Catedráticos.
5. De la actualización para la Reinserción Laboral.

que no fueron presentados por sus centros de formación técnica o profesional, o que no necesariamente se encuentran dentro del margen de edad establecido en la ley para la suscripción de los mencionados Convenios, sino que los capacitan con la única finalidad de generar su propia oferta laboral para puestos de trabajo específicos, al cabo de la cual puedan efectuar los procesos de selección de personal; situación que configura la segunda conclusión a la que arribamos en el presente capítulo.

Un vez identificadas las prácticas empresariales en materia de capacitación, las reguladas por la Ley 28518, Ley sobre Modalidades Formativas Laborales, y las no reguladas por esta, advertimos que la naturaleza de los períodos de capacitación no regulados por dicha norma especial podría entenderse como una de carácter laboral en aplicación de los principios del derecho del trabajo, entre ellos el principio de primacía de la realidad que analizaremos mas adelante, y de la legislación correspondiente al período de prueba, el cual está contemplado en nuestra legislación con la finalidad de que el empleador pueda tener conocimiento de la aptitud del trabajador para un puesto, el mismo que desarrollaremos de manera más detallada en los numerales siguiente; sin embargo no es objeto del presente estudio buscar la “laboralización” de los períodos de capacitación antes de la suscripción del contrato de trabajo, sino efectuar un análisis encaminado a determinar las implicancias jurídicas de dichas capacitaciones previas a la prestación efectiva del servicio sobre el período de prueba; toda vez, que en ciertas ocasiones las partes suscriben un contrato de trabajo en el cual se pacta un período de capacitación antes del inicio de la prestación efectiva del servicio, al cabo del cual se evalúa al nuevo trabajador; no obstante ello, al iniciar la prestación del servicio es sometido a un período de prueba.

En este orden de ideas, encontramos ciertas similitudes de dichos períodos de capacitación con la relación laboral, como los siguientes: i) en ambos casos existe puesta a disposición personal, que viene a ser manifestación de dos de los elementos del contrato de trabajo como son la prestación personal y la subordinación, y por otro lado, ii) la existencia de un producto, que significa un beneficio para el empleador, que en este caso es el hecho de haber generado su propia oferta laboral, lo cual evidencia el carácter económico que busca el empleador y por tanto demuestra que dicho período de capacitación no sólo tiene por objeto una finalidad formativa del beneficiario sino también generar u beneficio para la empresa.

Siendo ello así, a fin de identificar similitudes entre el contrato de trabajo y la “puesta a disposición personal” que se presenta en los convenios de capacitación y en las

capacitaciones en sí, nos remitimos a la definición que Jorge Toyama le da al contrato de trabajo, ante lo cual tenemos que el contrato de trabajo será un acuerdo de voluntades adoptado entre dos partes, mediante el cual el trabajador se compromete a prestar sus servicios en forma personal a favor del empleador, quien se obliga al pago de la remuneración o contraprestación; así mismo, que esta prestación de servicio tiene lugar en virtud de un vínculo de subordinación (dependencia), por el cual el empleador goza de las facultades de dirigir y fiscalizar los servicios prestados por el trabajador así como de sancionarlo. (Toyama Miyagusuku, 2013, Página 13)

En este sentido, partiendo de la definición del contrato de trabajo, advertimos que al ser un acuerdo de voluntades adoptado entre un trabajador y un empleador con el objeto de la prestación de servicios personales y subordinados por parte del trabajador a favor del empleador, a cambio de una contraprestación económica; esta situación constituye una relación jurídica sinalagmática y onerosa, en la cual el trabajador y el empleador ocuparan posiciones de crédito y débito que se corresponden bilateralmente. (Montoya Melgar, 2008, Página 314). Siendo ello así, nos percatamos que en efecto los deberes de prestación del servicio y los de pago de la contraprestación se hallan en una relación de correspondencia, y a la vez se encuentran constituidos por otros deberes y derechos inherentes de toda relación laboral ya que las partes ostentarán determinados derechos a los cuales les corresponda una obligación que deberá cumplir la parte contraria; un claro ejemplo de esta situación es el hecho de que a cambio de la remuneración otorgada, el trabajador se hallará obligado a cumplir con prestar el servicio de conformidad a las instrucciones de su empleador.

Sin embargo, no todo contrato de trabajo se ejecuta con normalidad, ya que existirán supuestos en los cuales el trabajador se ve impedido de ejecutar las labores para las que fue contratado, al respecto Alfredo Montoya Melgar sostiene que existen dos supuestos en los que se produce la puesta a disposición del trabajador, siendo el primero de ellos el hecho de que el trabajador se comprometa a realizar su labor en el momento en que el empresario lo precise, permaneciendo mientras tanto a disposición de éste; y el segundo supuesto, surge cuando el trabajador no pueda realizar su labor por causas imputables al empresario, quedando en la misma situación de disponibilidad. (Montoya Melgar, 2008, Página 315).

Siendo ello sí, coincidimos con el autor antes citado (Montoya Melgar, 2008) al advertir que durante la puesta a disposición del trabajador no se ejecuta una actividad

concreta en sentido natural o material, sino que su naturaleza es que jurídicamente existe una verdadera prestación laboral, pues el trabajador se encuentra cumpliendo con su obligación por el solo hecho de ponerse a disposición del empresario, sin que necesariamente tenga que realizar un trabajo concreto que de lugar a su derecho a percibir la remuneración pactada. Dicho de otro modo, entendemos que la naturaleza jurídica de la “puesta a disposición personal”, es el cumplimiento por parte del trabajador de la obligación de encontrarse sujeto a las instrucciones del empresario; pues debemos tener en cuenta que en la práctica las obligaciones del trabajador comprenderán por un lado el ejecutar sus labores propiamente, y por otro cumplir con las obligaciones surgidas como consecuencia de las instrucciones del empleador (Montoya Melgar, 2008, Página 315); en consecuencia, advertimos que con ambas actividades ya se halla cumplida su obligación de obediencia al empleador, y siendo ésta la obligación que corresponde al derecho a percibir la remuneración pactada, por tanto, el trabajador habrá adquirido su derecho a la contraprestación económica a pesar de no haber prestado efectivamente sus servicios a favor de su empleador, sino por el hecho de haber cumplido plenamente con su deber de obediencia a las instrucciones del empresario, que se traduce en la puesta a disposición personal de su fuerza de trabajo para el momento que lo requiera su empleador.

Por otro lado, advertimos que los elementos del contrato de trabajo también reflejan la correspondencia de obligaciones que se produce en la relación laboral, pues al referirnos a la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación; observamos que tanto el primero como el último de estos elementos implican la obligación que tiene el trabajador de poner a disposición del empleador su propia fuerza de trabajo o actividad, la cual deberá tener carácter personalísimo es decir que no podrá ser delegada a un tercero. De igual manera el hecho de que un trabajador ponga a disposición del empleador su fuerza de trabajo para que se genere el derecho a percibir una contraprestación corresponde a la facultad del empresario de utilizar o no la mano de obra empleada, en este sentido podemos identificar diversos escenarios en los que el trabajador se encuentra cumpliendo su obligación de ponerse a disposición del empleador sin que efectivamente este realizando una actividad, como el caso del chofer que permanece en las instalaciones de la empresa a la espera de recibir indicaciones para transportar al personal, o el caso del vigilante que aparentemente se encuentra inactivo pero en realidad debe estar presente en la empresa ante las posibles eventualidad que puedan surgir, o el operario que se halla impedido de realizar su labor por causas atribuibles al empresario.

En este orden de ideas, una vez analizada la figura de la puesta a disposición personal dentro del contrato de trabajo, procederemos a examinar la misma durante los períodos de capacitación, en los cuales, si bien es cierto que nuestra legislación no reconoce la existencia de un contrato de trabajo, también es cierto que los períodos de capacitación antes de la suscripción del contrato de trabajo generan para las partes derechos y obligaciones, por tanto, a manera de ejemplo podemos afirmar que ante la puesta a disposición del postulante corresponde la obligación del empresario de brindar la capacitación y las condiciones adecuadas para el desarrollo de la misma, entre otros.

Para ampliar la idea anterior, parafraseando a Pinkas Flint Blanck quien señala que si bien es cierto que durante la prestación del trabajo hay un contenido objetivo material que se encuentra conformado por las contraprestaciones patrimoniales, es decir, un intercambio de bienes con valor económico, también existe una vinculación de persona a persona, en la cual existe un desgaste de energías y el uso de facultades intelectuales. (Flint Blanck, 1986, Página 15). En este sentido, advertimos que dicha vinculación de persona a persona estará referida a la puesta a disposición personal del trabajador, pues en principio constituye un aspecto fundamental de la relación laboral que las tareas específicas sean ejecutadas por la persona que la organización contrata; hecha esta precisión, advertimos que durante los períodos de capacitación constituye una exigencia igual de rigurosa que la persona que se capacita sea la que postulará al puesto de trabajo que la empresa ofrece, es decir que al igual que en el contrato de trabajo, durante la capacitación también existe esa vinculación de persona a persona que el autor refiere; y que además en el desarrollo de la misma existe un intercambio de bienes con valor económico, como lo es la capacitación brindada por parte de la empresa y la puesta a disposición personal del postulante, que implica para estos una inversión de recursos valorables económicamente. En este contexto, arribamos a la tercera conclusión en el presente capítulo.

Por nuestra parte, consideramos que las capacitaciones impartidas a los postulantes a un centro de trabajo tienen la naturaleza de “convenios” entre los empleadores y los postulantes con la promesa de contratación laboral de las personas que superen las evaluaciones. Toda vez que los candidatos se someten a jornadas de capacitación bajo las condiciones y términos fijados por las organizaciones para finalmente ser evaluados e incorporados a un centro de labores. De esta situación podemos deducir a grandes rasgos los principales elementos que implican estos convenios: en primer lugar, el compromiso de la empresa de impartir la capacitación; en segundo lugar, el

compromiso del postulante de asistir a las capacitaciones y cumplir con rendir las evaluaciones a las que será sometido; y en tercer lugar, el compromiso de la empresa de contratar a las personas que aprueben dichas evaluaciones y que alcancen un puesto vacante; y respecto a las personas que aprobaron las capacitaciones pero que no llegaron a alcanzar un puesto vacante subsiste la obligación de la empresa de mantenerlos como reserva hasta que se generen puestos vacantes o la opción de indemnizarlos por los perjuicios ocasionados, previa acreditación por parte del postulante de que los mismos se hayan producido.

### **1.3 Los Períodos de Capacitación en el Mercado Laboral Peruano**

Con respecto a los tipos de capacitación que existen en el mercado laboral peruano, observamos por un lado, que existen capacitaciones reguladas por la Ley 28518, Ley sobre Modalidades Formativas Laborales; y por otro, observamos ciertos tipos de capacitación que las empresas imparten a los postulantes a un puesto de trabajo, a los cuales no les es aplicable la legislación especial de la materia, la que llamaremos capacitaciones no reguladas por la Ley sobre Modalidades Formativas Laborales, las cuales si se encuentran comprendidas dentro del campo de acción de los principios del derecho del trabajo, por tener lugar en contextos surgidos dentro del mercado laboral en el que interactúan partes en evidente situación de desigualdad; así mismo, hacemos la salvedad que pueden aplicarse las normas civiles relativas al derecho de obligaciones, toda vez que al tratarse de vinculaciones personales en los que se intercambian bienes de valor económico resulta aplicable a las mismas para efectos de cautelar los intereses de las partes, como detallaremos mas adelante; por tanto consideramos importante referirnos a estos tipos de capacitación a fin de delimitarlos y establecer sus diferencias.

#### **1.3.1 Períodos de Capacitación Regulados por la Legislación Peruana**

Independientemente de la controversia existente sobre su naturaleza jurídica, la cual describimos precedentemente, en nuestra legislación nacional, los períodos de capacitación regulados en la Ley N° 28518, Ley sobre las Modalidades Formativas Laborales, se encuentran contemplados como convenios mas no como contratos de

naturaleza laboral. En este sentido, Jorge Toyama las define como ciertos ejemplos específicos de acuerdos o pactos celebrados entre dos partes encaminados a vincular el aprendizaje teórico y práctico a través del desempeño de tareas programadas de capacitación y formación profesional que consisten en modalidades de contratación que no generan vínculo laboral, toda vez, que se privilegia la capacitación y formación profesional de las personas para una posterior inserción en el mercado laboral. (Toyama Miyagusuku, 2013, Página 51).

Del mismo modo, dicha norma establece en su artículo 2 cinco tipos de modalidades formativas, las cuales son: **1.** Del aprendizaje: a. Con predominio en la Empresa. b. Con predominio en el Centro de Formación Profesional: b.1 Prácticas Preprofesionales; **2.** Práctica Profesional; **3.** De la Capacitación Laboral Juvenil; **4.** De la Pasantía: a. De la Pasantía en la Empresa. b. De la Pasantía de Docentes y Catedráticos; y **5.** De la actualización para la Reinserción Laboral.

De igual manera, advertimos que la Ley establece derechos y obligaciones específicas a las modalidades formativas señaladas, así mismo, señala taxativamente los supuestos de desnaturalización de las mismas, estableciendo que debe entenderse la existencia de una relación laboral común en los casos de inexistencia del convenio, falta de capacitación en la ocupación específica y/o el desarrollo de actividades ajenas a la de los estudios establecidos en el convenio, la continuación de la modalidad formativa después de la fecha de vencimiento del convenio, entre otros, tal como se desprende del artículo 51<sup>5</sup> de la Ley 28518. De lo cual se desprende que muchos empleadores opten por adoptar otro tipo de capacitaciones a fin de evitar las contingencias laborales que implicarían la desnaturalización de las modalidades formativas señaladas. Las cuales pasaremos a detallar a continuación.

---

<sup>5</sup> Artículo 51.- Desnaturalización de las modalidades formativas. Se desnaturalizan las modalidades formativas y se entiende que existe una relación laboral común en los siguientes casos:

1. La inexistencia del convenio de modalidad formativa debidamente suscrito.
2. La falta de capacitación en la ocupación específica y/o el desarrollo de actividades del beneficiario ajenas a la de los estudios técnicos o profesionales establecidos en el convenio.
3. La continuación de la modalidad formativa después de la fecha de vencimiento estipulado en el respectivo convenio o de su prórroga o si excede el plazo máximo establecido por la Ley.
4. Incluir como beneficiario de alguna de las modalidades formativas a las personas que tengan relación laboral con la empresa contratante, en forma directa o a través de cualquier forma de intermediación laboral, salvo que se incorpore a una actividad diferente.
5. La presentación de documentación falsa ante la Autoridad Administrativa de Trabajo para acogerse al incremento porcentual adicional, a que se refieren los artículos 17 y 32 o para acogerse a otro tipo de beneficios que la Ley o su Reglamento estipule.
6. La existencia de simulación o fraude a la Ley que determine la desnaturalización de la modalidad formativa.

### **1.3.2 Períodos de Capacitación que no se encuentran regulados en la Ley 28518 Ley sobre las Modalidades Formativas Laborales**

Antes de introducirnos al tema en cuestión, debemos señalar que en el mercado de trabajo existen circunstancias por las que atraviesan muchas organizaciones durante los procesos de captación y selección de personal para puestos mediana o altamente especializados, es así que en esta dinámica muchos empleadores optan por dos opciones: la primera es crear espacios de capacitación al cabo de los cuales incorporan a sus empresas a los postulantes que hayan obtenido el mayor puntaje o hayan alcanzado la meta establecida, y la segunda es la capacitación impartida luego de suscribir el contrato de trabajo, pero dentro del período de prueba establecido en el mismo.

En cuanto a la primera, que es crear espacios de capacitación al cabo de los cuales incorporan a sus empresas a los postulantes que hayan obtenido el mayor puntaje o hayan alcanzado la meta establecida, advertimos que constituye un contexto que propiamente no cuenta con una regulación especial en materia laboral, toda vez que no les resulta aplicable lo establecido en la Ley 28518, sin embargo es posible aplicar los principios del derecho del trabajo y las normas civiles relativas al derecho de obligaciones, toda vez que se implica vinculaciones personales en los que se intercambian bienes de valor económico a fin de cautelar los intereses de las partes, como detallaremos mas adelante.

En consecuencia, observamos que la normativa laboral no ha establecido concretamente las condiciones, obligaciones y derechos que estas implican, por lo cual constituye el tema principal del presente trabajo; sin embargo advertimos que resulta una relación asimétrica generada desde el momento en que los individuos postulan a un puesto de trabajo, ya que en la etapa de selección de personal, muchos empleadores condicionan la celebración de los contratos de trabajo al hecho de que los aspirantes al puesto superen un período de capacitación, el que muchas veces significa una inversión de tiempo y esfuerzo del postulante, y a pesar de haber completado en tiempo de capacitación y haber superado las evaluaciones no llegan a acceder a un puesto de trabajo.

En lo referido a las capacitaciones impartidas que tienen lugar dentro de una relación laboral; advertimos que durante las mismas no existe propiamente una prestación personal del servicio, sin embargo subsiste la puesta a disposición del trabajador, toda

vez que el trabajador se encuentra adquiriendo nuevas habilidades para el puesto que desempeña o para uno que le será asignado en un futuro por disposición de su empleador, sin embargo el vínculo laboral no se ve interrumpido, y el trabajador continúa percibiendo su remuneración y continúa bajo subordinación de su empleador.

### **1.3.3 Capacitación como forma de acceso al mercado**

En cuanto a las exigencias y especificaciones de los perfiles profesionales que requieren las empresas hoy en día, existen determinadas actividades de la cadena de procesos en las que se requiere a personas que cuenten con conocimientos consolidados o competencias adquiridas que le permitan desempeñar determinada tarea o actividad de forma satisfactoria, y además que este conocimiento no se imparte usualmente en los centros de formación tradicional, por lo que es necesario que las propias empresas implementen espacios en los cuales proporcionen a las personas los conocimientos y aptitudes para que estas se hallen en condición de desarrollar determinadas tareas que la empresa requiera.

Respecto a las razones que motivan la necesidad de capacitar a personas que aún no son parte de la empresa, podemos citar a Martha Alles que refiriéndose a la demanda de fuerza de trabajo en el mercado laboral señala: “Los perfiles son cada vez más exigentes, tanto en conocimientos como en las competencias requeridas, en un mercado altamente profesionalizado. Esto significa que en ocasiones la demanda queda insatisfecha o es muy difícil de satisfacer.” (Alles, 2012:45). Ello permite advertir que existen ofertas de empleo que todos los años quedan sin cubrir, por falta de postulantes que cuenten con la especialización exigida; es decir, que a causa de la presión del mercado y de la competencia, existen puestos de trabajo sin ocupar por falta de especialistas preparados en el momento preciso. (Alles, 2012:45).

En consecuencia, la ausencia de personal capacitado en un área específica ante un requerimiento empresarial surgido en un momento puntual, genera que empresas y entidades estatales decidan implementar, dentro de sus planes de selección de personal, acciones destinadas a capacitar a los aspirantes a un puesto de trabajo, de acuerdo a los requerimientos de la empresa, generando así su propia oferta laboral, de donde puedan seleccionar a personal idóneo durante situaciones de necesidad de incorporación de personal.

Por otro lado consideramos importante señalar que la capacitación de personas que no tienen aún la condición de trabajadores de una empresa conlleva una serie de consecuencias para las organizaciones y para los aspirantes; así por ejemplo, para las empresas ello implicaría inversión de tiempo, dinero y esfuerzo, ya que tendrían que canalizar recursos para minimizar el riesgo de contratar personal no calificado al cubrir un puesto de trabajo que requiere cierto grado de especialización. Por otro lado, los aspirantes también efectuarían una inversión de recursos al destinar tiempo y esfuerzo en asistir al entrenamiento o capacitación ofrecidos por una empresa a la cual aún no pertenecen, corriendo el riesgo de invertir su tiempo a cambio de no ser contratados al finalizar dicha capacitación. A esto se suma la adquisición de conocimientos tan especializados que probablemente no les sean útiles para desempeñarse en otros ámbitos, y sin percibir además retribución alguna por dedicar tiempo y esfuerzo a la actividad de capacitación

En este orden de ideas, podemos percatarnos de que la acción de capacitar personal aún no perteneciente a una empresa constituye un acto que acarrea consecuencias positivas y negativas para las partes implicadas, las cuales evalúan su respectivo costo de oportunidad antes de realizar la misma; sin embargo, en esta dinámica de interacción que tiene lugar en el mercado de trabajo existe una parte en situación de desventaja, ya que accede impulsada por necesidades más urgentes que las empresariales, con esto nos referimos a los aspirantes a un puesto de trabajo, que muchas veces tienen la urgencia de acceder a un centro de labores para costear el sustento propio y el de su familia. Siendo ello así, coincidimos con la posición del Profesor Adolfo Figueroa sobre la particularidad del mercado de trabajo, en que señala que el mercado laboral constituye uno de los principales mercados que sostiene la economía y a su vez que es uno muy particular, toda vez que el bien que en él se intercambia es el trabajo humano, por tanto las condiciones de equilibrio de este mercado no son las mismas que las de los demás mercados de la economía de un país. (Figueroa, 1993, Página 317).

En lo referido a la particularidad del mercado laboral, advertimos que al constituir el trabajo humano el bien intercambiado en este, el desempleo será la consecuencia de la falta de equilibrio entre la oferta y la demanda de mano de obra, por tanto, la situación de desventaja en la que se encuentran los trabajadores es evidente, pues el peligro de caer en el desempleo acarrea una serie de consecuencias negativas para su desarrollo personal y el sustento propio así como el de su familia.

Por tanto, consideramos que es evidente la situación de desventaja en la que se encuentran los trabajadores y las personas que se encuentran en busca de una oportunidad laboral, puesto que al existir un exceso de oferta, frente a la demanda que requieren las empresas, se hace inevitable el desempleo; situación por la cual se advierte que el mercado laboral se encuentra sobrepoblado y en consecuencia genera que las personas que buscan un empleo se encuentren ante la alternativa de acceder a las ofertas laborales, en las condiciones que se les presente, o ante la alternativa de seguir desempleados.

#### **1.4 Período de Prueba y Capacitación antes de la suscripción del Contrato de Trabajo**

En esta sección nos proponemos exponer las particularidades del período de prueba, considerando su evolución en nuestra legislación e identificando las similitudes con las evaluaciones que tienen lugar al término de los períodos de capacitación, para finalmente dar a conocer nuestra posición sobre las circunstancias que podrían determinar la exoneración del período de prueba a trabajadores que ingresan a una organización.

##### **1.4.1 Razón de Ser del Período de Prueba**

Antes de ocuparnos sobre la finalidad del período de prueba, consideramos importante señalar previamente su desarrollo en la legislación peruana, así tenemos, que éste fue inicialmente regulado por Ley 6871, que en su artículo 4° estableció: “Artículo 4°: Los beneficios y derechos que esta ley acuerda al empleado, regirán después de tres meses consecutivos de servicios, los cuales se reputarán como tiempo de prueba.” (El subrayado es do nuestro). Posteriormente, el Decreto Ley N° 14218 extendió los alcances del período de prueba a los obreros y precisó los motivos para exonerar de él a un trabajador, tal como se observa en sus artículos 1°, 2° y 3°:

Artículo 1°.- Los empleados u obreros despedidos dentro del período de prueba de tres meses, percibirán por concepto de compensación por tiempo de servicios, un dozavo de su remuneración mensual por cada mes de labor.

Artículo 2°.- El empleado u obrero que continúe prestando servicios después del período indicado, gozará del régimen indemnizatorio y compensatorio que las respectivas leyes les acuerdan a partir del primer día de su ingreso al trabajo.

Artículo 3°.- Están exonerados del período de prueba los empleados u obreros que ingresen al servicio de un empleador por concurso, examen de conocimiento o de aptitud, así como los que reingresen al servicio. (El subrayado es nuestro).

Con respecto a la regulación actual del período de prueba, advertimos que éste se encuentra regulado por el Artículo 10° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, el cual establece que tiene una duración de tres meses, al cabo del cual el trabajador alcanza el derecho a la protección contra el despido arbitrario. Del mismo modo, establece dos excepciones a esta regla, la primera de las cuales refiere la posibilidad de las partes de pactar un término mayor en caso que las labores requieran de un período de capacitación o adaptación; y la segunda esta referida a la ampliación del período de prueba justificado en razones de la naturaleza de la labor o el grado de responsabilidad. Así mismo, la norma citada establece que el período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder en ningún caso, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.

La regulación actual del período de capacitación comprende una serie de elementos característicos que lo diferencian del período posterior al establecido por ley. Esto en función a que el período de prueba forma parte del contrato de trabajo y como tal es computable para el cálculo de los beneficios sociales que le corresponden al trabajador, sin embargo durante el período de prueba el trabajador no se halla protegido contra el despido arbitrario. En este sentido, advertimos que esta desprotección contra el despido arbitrario solo debe configurarse bajo determinadas condiciones establecidas en la ley como son: i) debe contar por escrito, ii) en principio tiene una duración de tres meses, y iii) no puede exceder en conjunto de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.

Respecto a la finalidad del período de prueba coincidimos con la concepción de Carlos Blancas Bustamante, quien refiere que el período de prueba constituye una institución importante del Derecho del Trabajo, toda vez que permite a las partes que suscriben un contrato de trabajo tener conocimiento mutuo y evaluar las condiciones personales, profesionales y las del contexto en que debe realizarse la prestación del servicio, antes de conceder a la nueva relación laboral una grado mayor de permanencia y seguridad. (Bustamante, 2013, Página 161). Esto en función a que, evidentemente al

iniciar un vínculo de naturaleza laboral, las partes no tienen conocimiento de las circunstancias o condiciones que puedan influir en la ejecución de labores, toda vez que el empleador no tiene certeza del desempeño del trabajador en las condiciones que ofrezca la empresa, o si éste se halla debidamente capacitado, con las competencias y aptitudes que exige el puesto de trabajo.

Por otro lado, en cuanto a las causas justificadas para la extensión del período de prueba, el Artículo 10° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, antes citado, señala como dichas causas la necesidad de “capacitación o adaptación” y “la naturaleza o grado de responsabilidad” del puesto de trabajo; en consecuencia, la finalidad del período de prueba nos permite deducir que para evitar la desnaturalización del mismo, y que éste sea usado por los empleadores de manera indiscriminada con el fin de proveerse de mano de obra eventual, eludiendo la aplicación de normas protectoras contra el despido arbitrario, debe tener una duración breve, y solo en casos justificados por la necesidad de capacitación o por el grado de responsabilidad inherente al puesto de trabajo a ocupar, como bien lo señala la norma.

Desde el punto de vista Jurisprudencial, en nuestro país observamos que existen criterios distintos en el tratamiento del período de prueba para determinar la protección del trabajador contra el despido arbitrario; por un lado tenemos que el Tribunal Constitucional limita el análisis del despido al hecho de que el trabajador haya superado el período de prueba; es decir, que solo procede analizar si en los hechos ocurrió un despido nulo o arbitrario luego de verificar que haya superado el período de prueba establecido por ley, tal como se observa en numerosa jurisprudencia, como la sentencia STC 05652-2007-PA/TC, que estableció:

“Que las decisiones extintivas basadas en el embarazo, por afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, indudablemente, una discriminación directa por razón de sexo [...] previamente, es necesario determinar si la actora superó el período 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.” (El subrayado es nuestro).

Es así que la Jurisprudencia citada permite apreciar el criterio de interpretación adoptado por el Tribunal Constitucional, el cual resulta sumamente desfavorable para

los trabajadores, toda vez que asume como requisito indispensable para el análisis del despido el hecho que la trabajadora tenga que haber superado el período de prueba para alcanzar la protección contra el despido; sin efectuar ninguna otra evaluación sobre las condiciones en que se desarrollaba la prestación del servicio durante dicho período de prueba.

Por otro lado, observamos una posición distinta pero más favorable al trabajador materializada en la Casación Laboral N° 5252-2014-Lima, mediante la cual la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, la cual podemos señalar como un avance en la protección de los intereses de los trabajadores, que resuelve estableciendo que el período de prueba prescrito en el artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, tiene por finalidad comprobar si efectivamente el trabajador puede asumir el cargo asignado por el empleador; cargo para el cual concursó y se declaró ganador, de acuerdo a sus aptitudes y lineamientos, bajo las reglas de buena fe. (Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, CAS. Lab.5252-2014, 2016). Por lo que no resulta válido cesar a un trabajador con el argumento de no haber superado el período de prueba, cuando se le asignó labores en un puesto de trabajo para el que no fue evaluado ni contratado.

Siendo ello así, nos percatamos que la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República da un paso más en el análisis para verificar la protección contra el despido arbitrario; siendo el caso que no sólo se limita a comprobar que el trabajador haya superado o no el período de prueba, sino que además, aplica las reglas de buena fe y establece que durante el período de prueba el trabajador tuvo que haberse desempeñado en el puesto para el que concursó y fue declarado ganador. Por tanto, debemos entender por reglas de la buena fe la obligación de las partes de cumplir fielmente lo establecido en el contrato de trabajo, y en el caso concreto, implicará la obligación del empleador de incorporar al trabajador a la empresa en el puesto para el que fue contratado, es decir, para el puesto de trabajo respecto al cual el actor superó las evaluaciones y cumplió los requisitos y aptitudes; no siendo posible que durante el período de prueba el empleador pretenda evaluar su desempeño asignándole funciones distintas por las cuales lo contrató, toda vez que ello vulneraría las reglas de buena fe.

En este sentido, podemos advertir que la Corte Suprema delimita los alcances del período de prueba, pues reconoce su naturaleza evaluadora, al constituir un período dentro del contrato de trabajo en el cual el empleador podrá comprobar con meridiana certeza que trabajador cumple con los requisitos y aptitudes para desempeñar sus funciones en el puesto asignado. Pues el solo hecho de tener a la vista los documentos que adjunta el trabajador y las funciones que señala haber desempeñado, no acreditan fehacientemente que sea una persona apta para el puesto de trabajo, por lo cual se hace necesaria la existencia del período de prueba a fin de que el empleador pueda verificar si el nuevo trabajador contratado cumple con los requisitos necesarios para desempeñar determinadas funciones.

Así mismo, consideramos que el período de prueba no debe ser entendido como el mero transcurso del tiempo establecido en la ley durante el cual el empleador se halle facultado para efectuar cambios en las funciones o en las condiciones de trabajo en uso de su poder de dirección, muchas veces en perjuicio del trabajador quien accede al puesto de trabajo con la expectativa de desempeñarse en un determinado puesto de trabajo cumpliendo unas funciones claramente establecidas. Así mismo, es necesario que por su naturaleza evaluadora, durante el período de prueba, el trabajador sea valorado en el desempeño de las funciones para las que fue contratado, ya que el hecho de asignarle funciones ajenas al puesto y que además sea despedido sin expresión de causa bajo el argumento de no haber superado el período de prueba, constituye una vulneración a las reglas de la buena fe que debe regir en toda contratación laboral no solo por parte del trabajador sino también por parte del empleador, quien debe abstenerse de efectuar variaciones en las condiciones de trabajo en uso de su poder de dirección cuando éstas impliquen un cambio en las funciones para un trabajador recientemente incorporado a una compañía y que además tendrá que superar un período de evaluación en dichas funciones, motivo por el cual se configura una vulneración a los derechos del trabajador el hecho de efectuar variaciones unilaterales en las funciones y/o condiciones de trabajo.

#### **1.4.2 Capacitación antes de suscribir un contrato de trabajo.**

Al respecto, consideramos importante señalar que en la práctica empresarial destinada a la captación e incorporación de nuevo personal a una empresa se suele capacitar a los postulantes antes de someterlos a evaluaciones, y una vez obtenidos los

resultados de dicha evaluación, se procede elegir a los postulantes que la empresa considera aptos para incorporarlos a su personal. En esta dinámica, advertimos que se producen tres posibles escenarios; el primero comprende a los trabajadores que culminan el proceso de selección y superan con éxito las evaluaciones a las que fueron sometidos y posteriormente son incorporados a la empresa; el segundo escenario se configura respecto a los trabajadores que culminaron el período de capacitación, aprobaron las evaluaciones, sin embargo no acceden a un puesto de trabajo; y el tercer escenario de produce respecto a los postulantes que desaprueban la capacitación, ya sea porque desertaron antes de culminar la misma o porque la culminaron y no lograron aprobar las evaluaciones.

En este sentido, el hecho de que la capacitación se produzca antes de la suscripción del contrato de trabajo conlleva a que las partes no se encuentran obligadas legal ni convencionalmente a prestaciones recíprocas, sin embargo existe el compromiso por parte de la empresa de capacitar a las personas, evaluarlas y contratar a los postulantes que superen dicha evaluación; y por otro lado, el compromiso del postulante se asistirá a cada una de las sesiones de capacitación, bajo los términos y condiciones señalados por la empresa, y de rendir las evaluaciones señaladas.

Por otro lado, el compromiso contraído por las partes, desde nuestro punto de vista, conlleva una serie de consecuencias dependiendo del escenario en los que se encuentren; por ejemplo: **i)** en el primer escenario, ocurre el hecho de que la aptitud de los postulantes para determinado puesto de trabajo es evaluado al final de la capacitación y el solo hecho que la empresa decida suscribir los contratos de trabajo con estas personas ya determina la aceptación de su calidad de aptos, por lo que debería exonerárseles del período de prueba; **ii)** en el segundo escenario, los trabajadores que culminaron el período de capacitación y que aprobaron las evaluaciones, sin embargo que no fueron contratados por la empresa, deben gozar el derecho de preferencia de contratación para el momento en que se generen puestos vacantes en la empresa, pero siempre respetando el perfil del puesto al que postulaban; y **iii)** en el tercer escenario, los postulantes que no culminaron la capacitación, o que no superaron las evaluaciones, en caso de considerarse afectados, deberán acreditar la existencia del daño para acceder a una indemnización por parte de la empresa.

Siendo ello así, en el siguiente capítulo pasaremos a analizar la finalidad de los principios que rigen el derecho del trabajo y en especial los principios de primacía de la realidad, buena fe y razonabilidad en virtud de los cuales sostenemos nuestra posición sobre las consecuencias de la desnaturalización del período de prueba luego de producirse la capacitación y evaluación de postulantes a un puesto de trabajo.

### **1.4.3 Circunstancias determinantes de la exoneración del período de prueba**

La actual regulación del período de prueba eliminó las causales de exoneración previstas en la Ley N°14218, que contemplaba los supuestos de ingreso a la empresa por concurso, examen de conocimiento o de aptitud y reingreso al servicio del mismo empleador<sup>6</sup>; ya que solo admite la acumulación de los períodos laborados en cada ocasión a efectos de completar el período de prueba establecido por ley, sin embargo la acumulación no procederá si el reingreso se produce a un puesto notoria y cualitativamente distinto al ocupado previamente o cuando tenga lugar después de tres años de ocurrido el cese del trabajador.

En razón a este antecedente legislativo, advertimos que en nuestro país se consideró a los concursos, exámenes de conocimiento o de aptitud y a los reingresos, como situaciones determinantes de la exoneración del período de prueba; lo cual a su vez nos lleva a deliberar sobre la situación por la que atraviesan muchos postulantes a un puesto de trabajo en la actualidad, toda vez que el solo hecho de haber cursado capacitaciones impartidas por la propia empresa a la que postulan y haber superado con éxito las capacitaciones se acredita de manera suficiente la capacidad y aptitud del postulante para desempeñarse en el puesto, y someterlo adicionalmente a un período de prueba luego de ser capacitado y evaluado no puede ser entendido como una circunstancia necesaria para que el trabajador demuestre sus aptitudes para el puesto, toda vez que éstas ya se encuentran acreditadas durante las evaluaciones que efectuó el propio empleador y que considerar lo contrario equivaldría a someter al trabajador por segunda vez a una evaluación que ya cumplió con su finalidad; siendo esta última consideración la cuarta conclusión a la que llegamos en el presente capítulo, la misma que analizaremos con mayor amplitud en el segundo capítulo del presente estudio, a la luz de los principios del derecho laboral.

---

<sup>6</sup> Ley N°14218, Artículo 3°.- Están exonerados del período de prueba los empleados u obreros que ingresen al servicio de un empleador por concurso, examen de conocimiento o de aptitud, así como los que reingresen al servicio.

## 1.5 Conclusiones parciales del Primer Capítulo

Para finalizar el presente capítulo, señalaremos las conclusiones iniciales a las que arribamos luego del análisis efectuado de cada uno de los conceptos desarrollados, los antecedentes legislativos y la naturaleza de las instituciones legales antes referidas:

### Primera Conclusión:

La capacitación constituye una herramienta importante para que las organizaciones afronten los cambios surgidos en el mercado a causa de la presión competitiva; toda vez que dicha presión da lugar a circunstancias de inseguridad en la empresa que ponen en peligro su desempeño en el mercado respecto a las ventajas que eventualmente pueda obtener su competencia; por lo cual resulta necesario identificar las necesidades presentes futuras de acuerdo a los escenarios de riesgo que se produzcan, posteriormente, diseñar capacitaciones, que permita atender dichos requerimientos.

### Segunda Conclusión:

Existen empresas que requieren incorporar en su personal a profesionales u operarios mediana o altamente especializados, los cuales, son difíciles de encontrar en la oferta de servicios del mercado laboral peruano, en consecuencia optan por conformar su propia oferta laboral capacitando a personas con los conocimientos necesarios que se adecúen a los puestos de trabajo que se generarán en la empresa, dentro de su rubro y especialidad, y de conformidad a los requerimientos del mercado, situación esta que no cuenta con una regulación propia dentro del derecho del trabajo, sin embargo resulta aplicable las normas civiles referidas al derecho de obligaciones, por constituir prestaciones recíprocas valorables económicamente.

### Tercera Conclusión:

La vinculación de persona a persona, que se configura en los contratos de trabajo esta referida a la puesta a disposición personal del trabajador, pues en principio constituye un aspecto fundamental de la relación laboral que las tareas específicas sean ejecutadas por la persona que la organización contrata; es así que esta misma vinculación se configura en los períodos de capacitación, pues constituye una exigencia

igual de rigurosa que la persona que se capacita sea la que postulará al puesto de trabajo que la empresa ofrece. De igual manera, en el desarrollo de la misma existe un intercambio de bienes con valor económico, como lo es la capacitación brindada por parte de la empresa y la puesta a disposición personal del postulante, que implica para ambos una inversión de recursos valorables económicamente.

#### Cuarta Conclusión:

En contextos en los que los postulantes a un puesto de trabajo, que hayan cursado capacitaciones impartidas por la propia empresa a la que postulan y hayan superado con éxito las capacitaciones; acredita de manera suficiente la capacidad y aptitud del postulante para desempeñarse en el puesto, y el hecho de someterlo adicionalmente a un período de prueba luego de ser capacitado y evaluado equivaldría a someter al trabajador por segunda vez a una evaluación que ya cumplió con su finalidad, es decir, se produciría la desnaturalización del periodo de prueba.

## **CAPITULO II: LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE TRABAJO Y SU APLICACIÓN AL INICIO DE LA RELACIÓN LABORAL**

En el presente capítulo se analizará la razón de ser de los principios del derecho laboral, con la finalidad de delimitar su naturaleza tuitiva así como el ámbito de su aplicación. De igual manera, describiremos los principios que lo conforman, poniendo énfasis en los principios de continuidad y primacía de la realidad, para finalmente dar a conocer nuestra posición sobre la aplicación de éstos últimos a los períodos de prueba en contextos de contratación de personal por parte de empresas que efectuaron la capacitación y evaluación a sus postulantes antes de la suscripción del contrato de trabajo.

### **2.1 Razón de ser de los principios del derecho del trabajo**

Antes de ocuparnos de los principios del derecho del trabajo, previamente consideramos importante delimitar los alcances del derecho laboral así como las situaciones y circunstancias que se encuentran reguladas por esta rama del derecho. En este sentido, compartimos la posición de José Luis Moreneo Pérez, quien refiere que desde un punto de vista práctico, el derecho del trabajo tiene por objeto la regulación institucional de las relaciones sociales de producción capitalista, entendidas estas por todos los problemas relacionados con la adquisición y el uso de la fuerza de trabajo en el mundo del trabajo asalariado (Moreneo Pérez, 1996, Página 15). Siendo ello así, la afirmación del autor nos permite deducir que la protección del derecho del trabajo abarca todas las relaciones que surjan durante la adquisición y uso de la fuerza de trabajo, entendiendo éstas como todas aquellas prácticas de captación de la fuerza de trabajo, de ejecución del contrato de trabajo y de finalización del vínculo laboral, toda vez que los principios del derecho laboral no sólo se aplican durante la vigencia de la relación laboral, sino también en los escenarios previos a la suscripción del contrato de trabajo y también durante la finalización del vínculo laboral; pues su razón de ser es la de proteger a la parte más débil en las interacciones que ocurren en el mercado laboral.

Sin embargo, en el extremo referido a las prácticas de captación o adquisición de fuerza de trabajo, advertimos que tanto la ejecución como la culminación de la relación laboral se encuentran ampliamente reguladas por nuestra legislación nacional, toda vez que éstas se producen una vez suscrito el contrato de trabajo; no obstante ello, en las etapas de convocatoria y selección de personal, así como las tratativas previas a la suscripción de un contrato de trabajo aun no cuentan con una regulación propia en el Perú. De esta manera, advertimos que la legislación laboral peruana al estar supeditada a la existencia de un contrato de trabajo, no puede ser invocada por los postulantes a un puesto de empleo que se consideran afectados en sus intereses; en otras palabras, no encontramos normativa laboral alguna aplicable a los procesos de captación y selección de personal, toda vez que no existe propiamente un contrato de trabajo a pesar de la existencia de la puesta a disposición personal de los postulantes a cambio de tener la posibilidad de acceso al empleo.

Siendo ello así, cabe resaltar que la puesta a disposición personal de los postulantes a un empleo también se produce durante en las prácticas de captación y selección de personal, al ser frecuente que dichos postulantes accedan a los requerimientos y condiciones de la empresa a la que postulan a fin de ser considerados en un proceso de selección, pues como bien lo señala Javier Neves Mujica, la necesidad de obtener un empleo es mucho mayor a las probabilidades de encontrarlo, motivo por el cual la voluntad unilateral del empleador será la que establezca los derechos y obligaciones de las partes (Neves Mujica, 2009, Página 10). Por lo cual entendemos que tanto en la relación laboral como en las tratativas previas a la suscripción de un contrato de trabajo, es la parte empleadora la que tiene el manejo de las condiciones de negociación a su favor, toda vez que el trabajador estará dispuesto a someterse a los términos y condiciones que el empleador le ofrezca a cambio de tener las probabilidades de acceder un empleo.

En este sentido, resulta necesaria la existencia de un mecanismo que ayude a disminuir las desigualdades existentes en esta dinámica empresarial, por lo cual la aplicación de estos principios genera un efecto compensador, que busca la igualdad de condiciones entre las partes que conforman una relación laboral. Por lo cual, consideramos que los principios del derecho laboral, en cumplimiento de su función integradora e inspiradora del derecho del trabajo, pueden cumplir la función de integrar

este vacío legal evitando la desprotección al trabajador que busca activamente un puesto de trabajo en el mercado laboral, manifestando así la razón de ser de los principios del derecho laboral que se encuentra expresada en su propia naturaleza tuitiva; lo cual nos lleva a establecer la primera conclusión del presente capítulo, que en consiste en la aplicación de los principios del derecho laboral a todas las acciones empresariales que impliquen la captación y uso de fuerza de trabajo, incluso antes de la suscripción del contrato de trabajo, pues se busca la protección de la parte más desfavorecida la dinámica surgida en las relaciones de captación y uso de la fuerza de trabajo.

En cuanto a la definición de los principios, Robert Alexy los diferencia de las reglas en el sentido que los concibe como normas que disponen que algo se realice en la mayor medida posible, y que al ser una suerte de mandatos pueden ser cumplidos en diversos grados, dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas; mientras que por otro lado, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno, por lo cual, pueden ser cumplidas. (Alexy, 2017)

Siendo ello así, de manera más específica, recurriendo a la doctrina para delimitar su contenido, encontramos posiciones como la de Américo Plá Rodríguez, quien señala que el enunciado de principio laboral se encuentra conformado por tres elementos: i) el primero de los cuales está referido a toda manifestación básica que comprende un conjunto indistinto de situaciones y cuya concepción es más general que una norma porque sirve para inspirarla o para suplirla; ii) el segundo elemento se refiere a la autonomía y peculiaridad que deben tener los principios del derecho laboral, toda vez que estos son distintos de los que inspiran otras ramas del derecho; y por último, iii) el tercer elemento, comprende la conexión o armonía que debe existir entre los principios del derecho laboral, pues estos determinan la naturaleza característica de esta rama del derecho y que a su vez sostienen su unidad y cohesión internas. (Plá Rodríguez, 1978, Pag.10 y 11).

Es así, que estos elementos nos permiten aclarar el concepto de principio laboral, por el cual entendemos que es todo enunciado general que inspira una norma, que puede ser usado para suplirla, dada su autonomía y peculiaridad respecto de otras ramas del

derecho y que su aplicación se produce de forma armónica y sin contradicciones con los demás principios del derecho laboral. En consecuencia, advertimos que la autonomía y peculiaridad de los principios del derecho del trabajo determinan su finalidad o su razón de ser, ya que estos surgen por el carácter protector del que se hallan investidos. En otras palabras, la naturaleza tuitiva o protectora del derecho del trabajo, también determina la autonomía y peculiaridad de los principios laborales respecto a los principios de otras ramas del derecho.

En este sentido, las precisiones efectuadas anteriormente nos permiten deducir que la razón de ser de los principios del derecho laboral es la protección al trabajador en las relaciones que surjan en el mercado de trabajo mediante la aplicación de principios como enunciados generales que inspiran las normas y que incluso, en caso de presentarse vacíos, pueden ser aplicados supletoriamente. Así mismo, advertimos que la finalidad tuitiva de los principios tiene lugar solo en esta rama del derecho, ya que no es posible aplicar una igualdad normativa en el derecho laboral, ni tampoco puede operar plenamente la libertad de las partes; esto en razón de la existencia de subordinación y la desigualdad económica que determina la posición profundamente desigual del trabajador y el empleador; así como la persona que activamente busca un empleo y la organización que lo ofrece. En consecuencia, como segunda conclusión del capítulo tenemos que los principios laborales cumplen una función tuitiva materializada en la actividad compensadora a cargo de los órganos de aplicación de la norma laboral para el tratamiento adecuado de los desiguales, puesto que la ausencia de la protección acrecentaría la desigualdad material en perjuicio del trabajador.

Respecto al desarrollo de la acción tuitiva de los principios del derecho laboral, advertimos que esta ha variado a lo largo del tiempo; toda vez que la aplicación de estos principios tuvo que adaptarse a los cambios en los requerimientos de los trabajadores y las circunstancias empresariales surgidas a lo largo de la historia, lo que permite deducir que los cambios continuarán. Algunos ejemplos de estos cambios de contexto han sido, las modificaciones internas en los procesos de producción de bienes y servicios, como la informatización y la robotización que han ampliado el tipo de prestación de trabajo requerido por las empresas; otros cambios han surgido por la globalización de la economía que significó la caída mundial de las barreras comerciales a causa de las innovaciones y procesos técnicos en el ámbito de

transportes y comunicaciones apoyada en un mercado financiero internacional que posibilitó el comercio a escala mundial debido a la disminución continua de costos de transacción; así como los cambios en la estrategia empresarial encaminada a lograr mayor eficiencia en la organización del trabajo, dando lugar a la fusión e integración de sociedades, y a la externalización o subcontratación de mano de obra; y finalmente, los cambios en la composición de la clase trabajadora, como el ingreso al mercado de mano de obra femenina y mano de obra joven, así como y la precarización de las condiciones de vida y de trabajo. (Centro de Estudios Financieros, 2003, Pag. 22-23).

Siendo ello así, observamos que las condiciones del mercado laboral no se mantienen constantes, por lo cual, la aplicación de los principios del derecho del trabajo debe mantenerse igualmente dinámica para procurar la protección necesaria a la clase trabajadora buscando siempre la compensación de la desigualdad material existente. Con lo cual arribamos la tercera conclusión del segundo capítulo, toda vez que la aplicación dinámica de los principios laborales, ha conllevado al replanteamiento de la delimitación del Derecho del Trabajo, surgiendo así, temas controversiales como la flexibilización de los derechos laborales en busca de sostener o mejorar la eficiencia de los medios de producción de bienes o servicios así como mejorar la competitividad empresarial; ante lo cual los principios del derecho laboral cumplen un papel fundamental para establecer los límites y criterios de identificación de aspectos que pueden ser flexibilizados para obtener mejoras en la competitividad y productividad empresarial sin vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores ni causarles perjuicios.

Así llegamos a la aplicación concreta de los Principios del Derecho Laboral, es decir a las funciones que cumplen respecto del ordenamiento jurídico, las cuales, como bien señala Javier Neves Mujica, comprenden actividades que tienen distintos efectos y pueden intervenir en distintas etapas de la vida legislativa como son: **i)** aquella destinada a la producción de normas, situación en la cual se debe acudir al carácter protector del Derecho del trabajo; **ii)** aquella destinada a la interpretación de normas, instantes en los cuales corresponde invocar el principio indubio pro operario en virtud del cual se procede a aplicar la norma más favorable al trabajador o se resuelve en el sentido de mantener constantes beneficios que el trabajador alcanzó como la condición más beneficiosa; **iii)** aquella situación destinada a la sustitución de una

norma, contexto en el que se concurre a los métodos de integración, los cuales buscan la unificación del ordenamiento; y finalmente, **iv)** aquellas situaciones en las cuales se elaboran hipótesis de afectación de derechos, en las que se cautelan los derechos laborales por diferentes vías, como puede ser la aplicación del principio de primacía de la realidad, la irrenunciabilidad de derechos, la igualdad y la propia condición más beneficiosa a favor del trabajador. (Neves Mujica, 2009, Página 125). En este orden de ideas, procederemos a desarrollar los principios del derecho laboral, lo cual nos permitirá identificar las funciones específicas que éstos cumplen respecto del ordenamiento, como directrices que informan las normas e inspiran las soluciones.

## **2.2 Principios del Derecho del Trabajo y Principios que conforman el Principio Protector.**

Partiendo de la premisa que los principios laborales funcionan como justificación objetiva y razonada de la intervención estatal ante las evidentes diferencias surgidas en el mercado de trabajo; advertimos que los mismos no se encuentran íntegramente positivizados en la legislación laboral, ni tampoco existe una numeración exacta de ellos; sin embargo la doctrina los concibe con algunos matices pero en esencia acepta el hecho de que los mismos cumplen una función tuitiva a favor del trabajador, es así por ejemplo una de las concepciones más aceptadas de estos principios es la propuesta por Américo Plá Rodríguez, quien sugiere como principios del derecho laboral los siguientes:

- 1) Principio protector, el cual se puede concretar en estas ideas:
  - a) In dubio, pro operario;
  - b) Regla de la aplicación de la norma más favorable;
  - c) Regla de la condición más beneficiosa.
- 2) Principio de la irrenunciabilidad de los derechos.
- 3) Principio de la continuidad de la relación laboral.
- 4) Principio de la primacía de la realidad.
- 5) Principio de la razonabilidad.
- 6) Principios de la buena fe. (Plá Rodríguez, 1978, Páginas 18 y 19)

No obstante la clasificación alcanzada, el autor citado precisa de manera especial que los principios propuestos son solo aquellos que considera fundamentales y que no

descarta la posibilidad de incluir otros como resultado del dinamismo de la vida laboral, ya que cada principio no constituye un repertorio acabado de soluciones ni directivas sino que contienen una gran riqueza por el variado número de aplicaciones posibles. (Plá Rodríguez, 1978, Página 318). Siendo ello así, coincidimos con el autor en el extremo que señala la posibilidad de un gran número de aplicaciones para los principios del derecho laboral, pues por su propia naturaleza de ser directivas que inspiran el ordenamiento jurídico en todas las fases de la vida legislativa los mismos serán de aplicación a los distintos escenarios que tengan lugar en el mercado de trabajo, pues la aplicación dinámica de los principios es la que hace posible la vigencia del carácter tuitivo del derecho del trabajo.

Hechas estas precisiones acerca de la concepción de los principios, abordaremos de manera general el Principio Protector así como los principios que lo conforman, en este sentido, Mario Pasco Cosmópolis citando al maestro uruguayo Américo Plá Rodríguez, sostiene que si bien es cierto un sector de la doctrina concibe a los principios en la misma jerarquía axiológica, también es cierto que se entiende al Principio Protector o también llamado Principio Tuitivo, como aquel que cuenta con una supremacía sobre los demás principios, es decir que le atribuye una jerarquía superior a la de los demás principios, toda vez que el mismo surge y funda su razón de ser en la desigualdad innata existente en la relación de trabajo y por tanto su objetivo será el de proteger al trabajador. (Pasco Cosmópolis, 2004, Páginas 25 y 26)

En esta misma línea, en la doctrina española, encontramos a Luis E. De La Villa y Lourdes López, quienes se refieren al principio tuitivo como Principio de Favor o Favor Laboratoris, el cual conciben como aquel referido a la función esencial del derecho del trabajo, traducido en el tratamiento normativo desigual a los sujetos de la relación laboral, en favor del trabajador. (De La Villa Gil & López Cumbre, 2003, Página 17)

Al respecto, observamos que ambas posiciones coinciden en la concepción de un principio laboral cuya finalidad primordial es el de proteger al trabajador como la parte desfavorecida en las relaciones laborales; así mismo que ambas posturas se sustentan en el hecho de que la relación laboral por naturaleza propia es evidentemente desigual, por lo cual resulta necesario conceder ventajas a la parte débil y limitar las potestades de la parte fuerte con la finalidad de equilibrar las relaciones que surgen entre ambos; por tanto, coincidimos con Plá Rodríguez al afirmar que el principio protector o principio de favor es el predominante de los

principios del derecho laboral, pues dicha rama del derecho perdería su razón de ser si no se encontrara inspirado por este principio, y que además su predominancia se traduce en que los demás principios pueden ser asumidos como expresiones complementarias del principio protector.

En este orden de ideas, siguiendo la línea de pensamiento del mencionado autor, advertimos que expone tres diferentes formas de expresión del principio protector, las cuales son: a) La Regla Indubio Pro Operario, definida como el criterio que debe utilizar el operador del derecho para elegir el sentido más favorable al trabajador entre varios sentidos posibles de una norma; b) La Regla de la Norma Más Favorable, entendida como aquella circunstancia en la cual se debe optar por la norma más favorable al trabajador siempre y cuando exista más de una norma aplicable al caso; y c) La Regla de la Condición más Beneficiosa, concebida como el criterio por el cual la aplicación de una nueva norma no puede servir para disminuir las condiciones más favorables en que se halla un trabajador. (Plá Rodríguez, 1978, Página 40)

Siendo ello así, nos percatamos que las tres manifestaciones del principio protector establecen los límites y/o condiciones para su aplicación lo cual a su vez resguarda la seguridad jurídica, por ejemplo, para que proceda la aplicación de la regla indubio pro operario será necesario que previamente exista más de un sentido en el que se pueda interpretar una norma, ante lo cual se deberá optar por el sentido más favorable al trabajador, pero sin ir en contra de la voluntad del legislador; del mismo modo, la aplicación de la regla más favorable implicará la existencia de más de una norma aplicable a un caso concreto para que el operador del derecho pueda optar por la norma más beneficiosa para el trabajador; finalmente, la regla de la condición más beneficiosa exige para su aplicación exige la existencia de dos normas, una anterior más beneficiosa y una posterior, la cual no podrá otorgar beneficios menores o recortar los que ya viene percibiendo el trabajador.

Siendo ello así, en nuestra legislación laboral nacional observamos que ciertos principios de derecho del trabajo que fueron acogidos, al respecto Guillermo Boza Pró refiere algunos ejemplos, como es el caso del principio protector el cual ha sido consagrado a nivel constitucional en el primer párrafo del artículo 23° de nuestra Constitución Política de 1993, asimismo que la igualdad de oportunidades sin discriminación, el principio in dubio pro operario y la irrenunciabilidad de derechos fueron contemplados en el artículo 26° de nuestra Carta Magna; de igual manera el

principio de la norma más favorable fue acogido por la Ley Procesal De Trabajo Ley N° 26636, y en el caso de conflictos entre convenios colectivos la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo Ley N° 25593, y finalmente el principio de primacía de la realidad que tiene un reconocimiento ex lege en la Ley General de Inspección de Trabajo y Defensa del Trabajador Decreto Legislativo N° 910 y su Reglamento el Decreto Supremo N° 020-2001-TR. (Boza Pró, 2004, Página 77).

Sin embargo, el mismo autor (Boza Pró, 2004), sostiene que el único principio del derecho del trabajo que no cuenta con una recepción legislativa es el de “la condición más beneficiosa a favor del trabajador”; lo cual no fue óbice para que el mismo se encuentre vigente en nuestro sistema de relaciones laborales, pues al constituir una de las expresiones del Principio Protector, su aplicación puede ser válidamente invocada como bien se ha visto en numerosa jurisprudencia nacional.

Por otro lado, la dinámica existente en el mercado de trabajo pone de manifiesto la evidente desigualdad de condiciones que existe entre las organizaciones y los postulantes; pues dicha desigualdad no solo se manifiesta durante la relación laboral sino también al momento la incorporación del nuevo personal a la empresa, toda vez que la gran mayoría de trabajadores termina aceptando los términos y condiciones que su empleador consigna en el contrato a causa de su escaso poder de negociación.

Siendo ello así, como bien lo señala Álvaro García Manrique, en la relación laboral las partes se encuentran en franca disparidad y esta desigualdad de posiciones se manifiesta antes de iniciada la relación laboral, durante su ejecución y luego de extinguido el contrato de trabajo. Pues antes del inicio de la relación laboral, el común de las personas no tiene mayor poder de negociación sobre el contenido de las cláusulas del contrato de trabajo, a no ser que se trate de trabajadores altamente capacitados o profesionales con gran solvencia académica, por tanto el contrato de trabajo resulta ser uno de adhesión y además condicionado a los intereses del empleador. Durante la relación laboral, la desigualdad se hace más evidente por la existencia de la subordinación, pues será el empleador quien dicta las disposiciones para la prestación de servicios del trabajador, regulando su conducta o comportamiento, fiscalizándolo e incluso sancionándolo. Finalmente, luego de extinguido el contrato de trabajo, en el supuesto de un proceso judicial, resulta más difícil para el trabajador reunir las pruebas que sustenten su pretensión, pues generalmente ellas obran en poder del empleador, por lo cual las reglas procesal-

laborales establecen distribuciones especiales de la carga de la prueba a favor del trabajador. (García Manrique, 2010, Página 9)

Para el caso del presente estudio, nos centraremos en la etapa previa y al inicio de la relación laboral, en la cual, como bien lo señala el autor citado, se manifiesta la desigualdad de condiciones entre el trabajador y el empleador expresada básicamente en la ausencia o el débil poder de negociación que tiene el postulante a un puesto de trabajo sobre las cláusulas de su contrato, por lo que el mismo resulta un contrato de adhesión; en este sentido los principios del derecho del trabajo operan en favor del trabajador buscando disminuir en algo esta desigualdad de posiciones, para lo cual procederemos a desarrollar los principios que consideramos convenientes para la etapa de incorporación de personal en una organización.

### **2.2.1 Principio de Primacía de la Realidad**

Al respecto, debemos precisar que el principio de la primacía de la realidad es una de las herramientas o instrumentos más relevantes del Derecho del Trabajo. En este sentido, en el caso peruano no solamente tiene gran arraigo en la jurisprudencia sino que incluso se encuentra positivizado en nuestro ordenamiento legal, así advertimos que nuestra legislación laboral ya contiene la doctrina más actualizada del derecho de trabajo. En este sentido, para entender el contenido de este principio nos remitimos a la concepción que Américo Pla Rodríguez señala, que el principio de la primacía de la realidad implica que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos y acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. (Plá Rodríguez, 1978, Página 243)

En otras palabras, de lo que se trata es que en el ámbito de las relaciones laborales, algunos empleadores, con el objeto de burlar los derechos laborales, tratan de disfrazar una relación laboral y aparentar una relación de carácter civil o comercial, por lo que en virtud del principio antes indicado debe preferirse a los hechos de la realidad y determinar la verdadera naturaleza de la relación jurídica. De igual manera, este principio resulta de aplicación cuando con el objeto de burlar algunos acreedores o lograr algunos beneficios o las prestaciones de la Seguridad Social se trata de simular la existencia de una relación laboral.

Así mismo, observamos que este principio se ha plasmado en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales, no solo de la Judicatura laboral sino incluso del Tribunal fiscal y del INDECOPI, siendo que incluso el Pleno Jurisdiccional Laboral realizado en la ciudad de Tarapoto en el año 2000 ha acordado que si el Juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de servicios civil o mercantil, deberá preferir la aplicación de los principios de la primacía de la realidad y de irrenunciabilidad sobre el de buena fe contractual que preconiza el Código Civil, para reconocer los derechos laborales que correspondan.

Partiendo de este punto, y a manera de profundizar sobre la aplicación del principio de primacía de la realidad en el derecho laboral, observamos que el maestro uruguayo Américo Plá Rodríguez señala que el significado de este principio será el de primacía de los hechos sobre las formas, formalidades o apariencias, y que ello implica a su vez que se otorga mayor importancia a lo que ocurre en la práctica frente a lo que las partes hayan pactado de manera expresa o lo que se consigne en los documentos o instrumentos de control. Del mismo modo, expone cuatro supuestos de los que puede proceder esta falta de correspondencia entre la realidad y la forma, los cuales son en primer lugar la intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta a la real; la segunda es aquella que procede de un error imputable a las partes o a una de ellas; la tercera es aquella que deriva de una falta de actualización de datos; y finalmente, la cuarta que es la situación originada en la falta cumplimiento de requisitos formales. (Plá Rodríguez, 1978, Páginas 256 al 257)

En este orden de ideas, nos percatamos que la discrepancia de lo que se produce en los hechos con lo que se halla consignado en los documentos puede versar sobre la naturaleza misma de la relación contractual o también en ciertos extremos referidos a las condiciones en que se presta el servicio; sin embargo, la existencia de este principio no significa que todas las estipulaciones contractuales carecen de valor, pues ellas sirven para demostrar la existencia de la vinculación de las partes así como la determinación de las condiciones en que se desarrollará el contrato de trabajo, siempre y cuando éstas no sean inferiores a las establecidas por ley. (Plá Rodríguez, 1978, Página 261)

Del mismo modo, Plá Rodríguez sostiene que el principio de primacía de la realidad se encuentra fundamentado, entre otros, sobre la exigencia de buena fe, la dignidad de la

actividad humana, la desigualdad de las partes, y la interpretación de la voluntad de las partes. (Plá Rodríguez, 1978, Páginas 263 al 267). Lo cual nos lleva a pensar que la aplicación de este principio no es aislada ni tampoco se funda en sí misma, sino que por el contrario, su aplicación se encuentra sustentada en criterios diversos como la buena fe que debe regir la actuación de las partes en toda relación contractual; la dignidad de la actividad humana que encuentra su sustento en el hecho de que el bien intercambiado en el mercado de trabajo es el trabajo humano, por lo cual el trabajador se encontrará subordinado a la voluntad de su empleador, sin embargo esta subordinación tendrá como límite el bienestar y la dignidad de la persona que presta el servicio; la desigualdad de las partes, que ha sido ampliamente explicada y que constituye el fundamento de la existencia del derecho laboral; y finalmente, la interpretación de voluntad de las partes, que determina la preponderancia de los hechos sobre las formalidades o apariencias, toda vez que independientemente a lo consignado en los documentos, se dará preponderancia a las condiciones en que se ejecuta un servicio, manifestándose así la real voluntad del empleador sobre la naturaleza de las labores que realiza la persona que contrata.

## **2.2.2 Principio de Razonabilidad**

En cuanto al principio de razonabilidad, Plá Rodríguez propone que la noción de este principio, en su mínima expresión consiste en la afirmación esencial de que el ser humano en sus relaciones y laborales procede y debe proceder conforme a la razón; esto en función a que todo orden jurídico se estructura en torno de criterios de razón y de justicia que parten de la persona humana y buscan concretar un ideal de justicia; pues el presupuesto de hecho del orden jurídico es que el hombre actúe razonablemente y no arbitrariamente, por lo cual la arbitrariedad será la lógica opuesta a la razonabilidad. (Plá Rodríguez, 1978, Página 284)

Del mismo modo, Álvaro García Manrique entiende que el principio de razonabilidad es aquel que prescribe que los sujetos de una determinada relación laboral deben actuar conforme a la razón y que debe ser ésta la que los guíe en el desenvolvimiento diario de la relación laboral, toda vez que en su condición de sujetos de derecho con autonomía y voluntad propia deben guiar su actuar por el equilibrio y la razón. (García Manrique, 2010, Páginas 137 al 138)

Siendo ello así, entendemos que este principio funciona como una especie de freno al ejercicio de facultades del cual se halla investida cada una de las partes de la relación laboral, en el sentido que el ejercicio de un derecho o potestad otorgada por ley debe ser ejercida razonablemente, es decir evitando arbitrariedades o ejercicios abusivos del derecho; pues como bien lo señalan ambos autores citados, la razonabilidad es opuesta a la arbitrariedad. En este sentido, advertimos que en las relaciones laborales el empleador se halla investido de facultades reglamentarias, fiscalizadoras y sancionadoras, por lo cual dichas facultades no pueden ser ejercidas ilimitadamente a fin de evitar escenarios de abuso de derecho, pues todo el comportamiento de las partes debe cumplir con la razonabilidad (García Manrique, 2010, Página 138)

Sin embargo, hechas las precisiones sobre la noción del principio de razonabilidad y entendido éste como un freno a las arbitrariedades, surge la interrogante de lo que realmente debe entenderse por razonable, cuando un acto deja de ser razonable para convertirse en arbitrario y por tanto atentatorio al derecho. Al respecto, el maestro Américo Plá Rodríguez establece que una de las características esenciales de este principio es su elasticidad, la cual se refiere a que la ausencia de contenido preciso y la amplitud ilimitada de su alcance hace posible su plena funcionalidad, un claro ejemplo de esta característica, a decir del autor, es que en materia laboral, este principio sirve para medir la verosimilitud de determinada explicación, pues para determinar la apariencia de derecho en el sin número de situaciones en que una persona se coloca al servicio de otra mediante el pago de una retribución hay una infinidad de situaciones limítrofes, las llamadas zonas grises, que requieren de un elaborado análisis para determinar si se trata de una autentica relación laboral o no, y también para poder distinguir la realidad de la ficción y para establecer límites al uso del ius variandi y el poder disciplinario, del cual se halla investido el empleador. (Plá Rodríguez, 1978, Páginas 289 al 299)

### **2.2.3 Principio de la Buena Fe**

Otro principio que consideramos importante para el desarrollo del presente estudio, es el principio de Buena Fe, el cual, ha sido definido genéricamente por Américo Plá como aquel compuesto por dos denominaciones, la primera de las cuales se refiere a la buena fe - creencia y la segunda a la buena fe - lealtad. En este sentido, expresa que la buena fe - creencia es aquella posición en la que se halla una persona que

ignora ciertos hechos o circunstancias y por tanto considera que su conducta se encuentra conforme a derecho y no perjudica a nadie; mientras que la buena fe - lealtad es aquella conducta que adopta una persona considerando que cumple realmente su deber, la cual implica una posición de honestidad y honradez; así mismo que ésta es la que debe regir como principio en el derecho del trabajo. (Plá Rodríguez, 1978, Páginas 310 al 311)

De manera adicional, el autor citado refiere que éste principio de buena fe – lealtad, alcanza a ambas partes y también a todas las obligaciones contractuales, pues si bien dicho principio se encuentra referido al cumplimiento de las obligaciones del trabajador y a que éste observe en todo momento una conducta leal con su empleador, también implica el deber del empleador de abstenerse de conductas que vulneran este principio como sería el hecho del pago de salarios inferiores al mínimo legal, calificación que no corresponde a la categoría del trabajador, o hacer uso abusivo o injustificado del ius variandi, entre otros. (Plá Rodríguez, 1978, Páginas 311 al 312)

### **2.3 Aplicación de los principios en supuestos de contratación de personal luego de efectuada la capacitación y evaluación de los postulantes.**

Una vez efectuado el análisis sobre los principios que inspiran y rigen el derecho del trabajo, procederemos a sustentar la aplicación de los mismos en los tres escenarios que analizamos en el numeral 1.4.2 del primer capítulo del presente estudio, con la finalidad de dar a conocer las implicancias de las capacitaciones y evaluaciones antes de la suscripción del contrato de trabajo.

Hecha esta precisión, a manera de recordar la situación planteada, mencionamos que durante la captación e incorporación de personal a una empresa, usualmente se suele capacitar a los postulantes, durante un período de tiempo que puede ir entre tres o seis meses, al cabo de los cuales son sometidos a evaluaciones, y una vez obtenidos los resultados de dicha evaluación proceden a elegir a las personas que la empresa considera aptos para incorporarlos a su personal. En esta dinámica, advertimos que se producen tres posibles escenarios; el primero comprende a los trabajadores que culminan el proceso de selección y superan con éxito las evaluaciones a las que fueron sometidos y posteriormente son incorporados a la empresa; el segundo escenario se configura respecto a los trabajadores que culminaron el período de

capacitación, aprobaron las evaluaciones, sin embargo no acceden a un puesto de trabajo; y el tercer escenario de produce respecto a los postulantes que desapruueban la capacitación, ya sea porque desertaron antes de culminar la misma o porque la culminaron y no lograron aprobar las evaluaciones.

De igual manera, consideramos importante precisar que el hecho de que la capacitación se produzca antes de la suscripción del contrato de trabajo conlleva a que las partes no se encuentran obligadas legal ni convencionalmente a prestaciones recíprocas, sin embargo existe el compromiso por parte de la empresa de capacitar a las personas, evaluarlas y contratar a los postulantes que superen dicha evaluación; y por otro lado, el compromiso del postulante se asistirá a cada una de las sesiones de capacitación, bajo los términos y condiciones señalados por la empresa, y de rendir las evaluaciones señaladas.

Siendo ello así, y a la luz de los conceptos desarrollados precedentemente procederemos a realizar el análisis de las implicancias que acarrea cada uno de los supuestos de hecho que describimos:

### 2.3.1 En el primer supuesto

Que comprende a los postulantes que culminaron las capacitaciones, superaron satisfactoriamente las evaluaciones y en consecuencia fueron incorporados como trabajadores en una organización.

Observamos que en este primer escenario, los trabajadores que acceden a un puesto de trabajo en una determinada empresa suscriben sus contratos, en la mayoría de casos, estableciendo períodos de prueba que pueden tener una duración mínima de tres meses y una máxima de un año, conforme lo establece el Artículo 10° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728<sup>7</sup>, y que ello implica que durante dicho período el trabajador no cuenta con protección contra el despido arbitrario.

---

<sup>7</sup> **Decreto Legislativo N° 728, Artículo 10°.**- El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.

Siendo ello así, advertimos que el empleador cuenta con la potestad de fijar un período de prueba dentro de los alcances que la ley establece, y que además esta es un facultad del empleador que la ley le otorga con la finalidad de que tenga la posibilidad de conocer las habilidades del trabajador y evaluar sus condiciones personales y profesionales para la prestación del servicio antes de otorgarle un mayor grado de permanencia y seguridad; sin embargo, dicha circunstancia ya fue de conocimiento del empleador al momento de la selección, capacitación y evaluación del postulante antes de suscribir el contrato de trabajo.

En este sentido, habiéndose verificado que la finalidad del período de prueba ya se produjo antes de la suscripción del contrato de trabajo, el hecho de que el empleador pretenda ejercer su derecho al fijar un nuevo período para cumplir la misma finalidad, se traduce en un abuso del derecho; pues conforme al principio de razonabilidad desarrollado precedentemente, ello constituiría un ejercicio abusivo del derecho, toda vez que la fijación de un período de prueba cuya finalidad consiste en evaluar las condiciones personales y profesionales del trabajador no resulta razonable en la suscripción de un contrato de trabajo luego de capacitar y evaluar al trabajador y además haber determinado su aptitud para desempeñarse en un determinado puesto de trabajo.

De igual manera, podríamos citar que en menor medida el principio de buena fe, así como el de primacía de la realidad podrían invocarse en este supuesto; pues considerando la aplicación del primero de ellos, el principio de buena fe comprende el deber del empleador de adoptar una posición de honestidad y honradez, sin pretender causar un perjuicio al trabajador, por lo cual, en el presente supuesto podría optar por otorgarle estabilidad desde el primer día de la suscripción de su contrato de trabajo exonerándolo del período de prueba, toda vez que ya tiene conocimiento de las condiciones personales y profesionales del nuevo trabajador. Así mismo, en función al principio de primacía de la realidad, podría interpretarse que en la realidad de los hechos la finalidad del período de prueba ya fue verificada por el empleador al evaluar al trabajador luego de capacitarlo, por lo que el hecho de incluir una cláusula en el contrato de trabajo conteniendo un período de prueba implica una falta de correspondencia entre los hechos y la realidad, pues el trabajador le correspondería gozar de mayor estabilidad ya evaluado antes de la suscripción del contrato de trabajo.

### **2.3.2 En el segundo supuesto**

Que comprende a los postulantes que culminaron las capacitaciones, superaron satisfactoriamente las evaluaciones, sin embargo no fueron incorporados como trabajadores en una organización.

Al respecto, teniendo en cuenta que los postulantes tienen la misma condición de aptos que los postulantes del primer supuesto, y a pesar de haber culminado la misma capacitación y haber superado las mismas evaluaciones no fueron contratados por la organización; corresponderá a la empresa demostrar que dicha diferencia estuvo basada en elementos objetivos, pues cualquier diferenciación basada en motivo de raza, color, sexo, religión, opinión, ascendencia, condición económica, política o de cualquier otra índole, implicará la existencia de discriminación en el acceso al empleo.

Siendo ello así, advertimos que la prohibición de discriminación se encuentra regulada por el primer artículo del Convenio 111 de la OIT, así como por el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, y de manera específica por el Decreto Supremo N° 002-98-TR; el cual establece en su artículo 3°, entre otros, que el contenido de las ofertas de empleo debe estar sustentada en justificaciones objetivas y razonables, es decir en condiciones exigidas para el desempeño del empleo ofertado, sin discriminaciones de ningún tipo.

En este orden de ideas, en caso que el postulante se considere discriminado en el acceso al empleo, podrá acudir ante la Autoridad Administrativa de Trabajo solicitando la investigación de los hechos, ante lo cual la empresa implicada se halla en la obligación de brindar las facilidades del caso, y en el supuesto de determinarse la existencia de algún tipo de discriminación la Autoridad de Trabajo impondrá la sanción correspondiente.

### **2.3.3 En el tercer supuesto**

Que comprende a los postulantes que desaprobean la capacitación, ya sea porque desertaron antes de culminar la misma o porque la culminaron y no lograron aprobar las evaluaciones.

En vista de que no existe vinculación de carácter laboral, si el trabajador postulante se considera afectado, tiene expedito su derecho para accionar por la vía civil, para lo cual deberá acreditar la existencia del daño que se le haya producido para acceder a una indemnización por parte de la empresa a cambio de los perjuicios ocasionados.



## 2.4 Conclusiones parciales del Segundo Capítulo

Para finalizar el segundo capítulo, procedemos a exponer las conclusiones a las que arribamos luego del análisis efectuado sobre los principios que rigen el derecho laboral:

### Primera Conclusión:

La aplicación de los principios del derecho laboral se extiende a todas las acciones empresariales que impliquen la captación y uso de fuerza de trabajo, lo cual incluye los escenarios surgidos antes de la suscripción del contrato de trabajo, pues se busca la protección de la parte más desfavorecida en la dinámica surgida en las relaciones de captación y uso de la fuerza de trabajo; es así que las tratativas previas a la suscripción del contrato de trabajo forman parte de dicha dinámica, en la cual el postulante constituye la parte más débil.

### Segunda Conclusión:

Los principios laborales cumplen una función tuitiva o protectora del trabajador, materializada en la actividad compensadora a cargo de los órganos encargados de aplicar la norma laboral. Todo ello con el fin de lograr un tratamiento adecuado de los desiguales, puesto que la ausencia de la protección acrecentaría la desigualdad material en perjuicio del trabajador; lo cual a su vez constituye la razón de ser del derecho laboral y su carácter diferenciador de otras ramas del derecho.

### Tercera Conclusión

El desarrollo de la acción tuitiva de los principios del derecho laboral ha variado a lo largo del tiempo, toda vez que la aplicación de estos principios tuvo que adaptarse a los cambios en los requerimientos de los trabajadores y las circunstancias empresariales surgidas a lo largo de la historia, siendo ello así, observamos que las condiciones del mercado laboral no se mantienen constantes, por lo cual, la aplicación de los principios del derecho del trabajo debe mantenerse igualmente dinámica para procurar la protección necesaria a la clase trabajadora buscando siempre la

compensación de la desigualdad material existente y teniendo en cuenta además que la aplicación dinámica de los principios laborales ha conllevado al replanteamiento de la delimitación del Derecho del Trabajo.

#### Cuarta Conclusión

Los cuatro escenarios planteados como consecuencia de las prácticas empresariales de captación de personal en los que se capacita y evalúa a los postulantes antes de la suscripción del contrato de trabajo, acarrea consecuencias distintas para cada caso dependiendo del grado de cumplimiento de las expectativas del empleador contratante, así por ejemplo, los trabajadores que hayan logrado culminar el período de capacitación y las evaluaciones posteriores, no solo alcanzan el derecho a ser incorporados a la empresa sino también que deberían ser exonerados del período de prueba. Mientras que los postulantes que culminaron la capacitación, aprobaron las evaluaciones, pero no alcanzaron a un puesto vacante, tendrán expedito su derecho de acudir ante la autoridad administrativa de trabajo para efectos de que se determine la existencia o no de algún tipo de discriminación en la selección de personal en el que participaron. Finalmente, en el supuesto en que el postulante no culmine con las capacitaciones y/o no logre superar las evaluaciones a las que fue sometido, en caso de que se considere afectado de algún modo, deberá acreditar el daño que se le ocasionó.

## CAPITULO III: TRATATIVAS PREVIAS AL CONTRATO DE TRABAJO

El objetivo de esta sección es describir la tendencia en el tratamiento de las tratativas previas a la suscripción del contrato de trabajo; así mismo, desarrollaremos un caso práctico ocurrido en nuestro país y daremos a conocer una postura que consideramos conveniente frente a los hechos ocurridos y el criterio adoptado por el magistrado al resolver el caso; para lo cual analizaremos la forma de aplicación de los principios del derecho del trabajo anteriormente desarrollados.

### 3.1 El Pre Contrato de Trabajo

Al respecto, observamos que en algunos países del mundo existe la costumbre celebrar pre contratos con la finalidad de cautelar los intereses de las partes durante las tratativas previas a la suscripción del contrato definitivo. Siendo ello así, los pre contratos de trabajo constituyen una especie de promesa de contratación que tendrá lugar en el futuro pero que no obliga a las partes a suscribir dicho contrato, sin embargo las obliga a indemnizar a la parte afectada con el incumplimiento de esta promesa de contratación.

La utilización de esta forma de contratación se produce en distintos escenarios comerciales e industriales y el mercado laboral no es la excepción. De igual manera, si tenemos en consideración que el bien intercambiado en el mercado laboral es la fuerza de trabajo y que a su vez ésta es indesligable de la persona humana, resulta necesario cautelar los intereses de las partes que lo suscriben, en especial los intereses del trabajador; ya que durante las tratativas previas a la suscripción de un contrato de trabajo los trabajadores, tienen un poder de negociación menor que el de su empleador, y que muchas veces renuncian a un trabajo para poder acceder a un nuevo empleo.

En este sentido, un claro ejemplo de esta tendencia es la que se produce en el mercado laboral español, en el cual constituye una costumbre generalizada la suscripción de pre contratos de trabajo antes del contrato definitivo con la finalidad de establecer con claridad las obligaciones y derechos de las partes que lo suscriben.

Adicionalmente, observamos que los pre contratos de trabajo encuentran sustento legal en las normas de regulación contractual, para efectos de su perfeccionamiento, así como en reglas de responsabilidad civil, para efectos de determinar cuándo se configura el derecho de una de las partes a ser indemnizada por el incumplimiento de la promesa de contratación, que se encuentran positivizadas en el Código Civil.

En este orden de ideas, observamos que un pre contrato de trabajo regulará las diversas circunstancias que se producen en el caso de una futura contratación, más aun en las que un trabajador tenga que dejar su puesto de trabajo para ser contratado por otro; a modo de ejemplo podemos citar las siguientes: “i) Acuerdo alcanzado respecto al salario; ii) Fecha de incorporación o término de duración del contrato definitivo; iii) Existencia de un borrador del contrato definitivo con la fecha de incorporación; iv) Acuerdo bilateral; y v) Necesidad de coordinar agendas.” (Madrid, 2017)

Por otro lado, podemos entender que la celebración de un pre contrato de trabajo no significa que éste tenga que constar por escrito, sino que bastará con la comunicación que exista entre las partes, por ejemplo con un correo electrónico en el que un empleador realiza una oferta laboral seria, y por otro lado, la manifestación de voluntad del trabajador aceptando la oferta. En otras palabras, las negociaciones previas no siempre llegan a perfeccionarse por escrito, sino que también tienen lugar mediante manifestaciones de voluntad de las partes que llegan a un acuerdo común; no obstante ello, sin impropiar la forma de perfeccionamiento del acuerdo serán aplicables las normas establecidas en materia contractual en el código civil, referidas al perfeccionamiento del contrato y también aquellas destinadas a determinar si una de las partes resulta perjudicada y le corresponde una indemnización.

### **3.2 Análisis del Caso Práctico.**

Para el desarrollo del caso práctico, analizaremos la sentencia expedida en el proceso judicial tramitado en el expediente N° 10836-2012-0-1801-JR-LA-24°, ante el 24° Juzgado de Trabajo Transitorio de Lima, el mismo que en la actualidad se encuentra archivado definitivamente. De igual manera, consideramos importante precisar que en el desarrollo del proceso, la sentencia de primera instancia declara infundada la demanda interpuesta por la trabajadora en función a que la misma no habría superado el período de prueba, sin efectuar mayor análisis sobre el período de capacitación y

las evaluaciones a las que fue sometida la trabajadora, hechos que consideramos debieron ser tomados en cuenta por el juzgador de acuerdo a los conceptos y fundamentos que desarrollamos en los capítulos precedentes. Sin embargo, la trabajadora demandante no apeló la sentencia expedida por el juzgado por lo cual no contamos con el pronunciamiento de una segunda instancia sobre la materia, no obstante, los hechos que dieron lugar al proceso y que no fueron tomados en cuenta en la parte considerativa de la referida sentencia; hechas estas precisiones procederemos a narrar los hechos alegados por las partes:

### **3.2.1 De los Hechos**

La trabajadora demandante señala haber laborado para la demandada desde el 16 de octubre del 2011 al 18 de abril del 2012, en virtud a un contrato de trabajo suscrito con la demandada; y que el 31 de enero del 2012 la actora es promovida a Gerente de Damas, mediante Carta en la cual se expone que la actora es ratificada en su puesto de trabajo, con un reconocimiento por sus aptitudes personales y que amerita dicha ratificación, señalando que la recurrente ha culminado el período de capacitación en forma exitosa y que este reconocimiento y ratificación le valió ser promovida en su puesto, con el aumento en su remuneración mensual más comisiones.

Es así que en fecha 18 de abril del 2012, luego de dos meses y medio de la ratificación y ascenso de la recurrente en su puesto de trabajo y sin motivo alguno, la demandada comunica el despido de la actora a través de una carta en la que no se expresa el motivo de dicha decisión, indicando que la actora no ha superado el período de prueba de un año al no haber logrado cumplir las expectativas esperadas por la compañía. Ante lo cual, la trabajadora refiere que cumplió con los tres meses de prueba, realizando capacitaciones en el extranjero para luego ser ratificada e incluso ascendida en el puesto de trabajo al aumentarse su remuneración y que no cuenta con el contrato de trabajo suscrito con su empleador porque éste nunca le entregó un ejemplar del mismo.

En consecuencia, el despido del que ha sido víctima ha vulnerado su derecho al proyecto de vida, ya que fue despedida injustificadamente pese a la capacitación que la empresa le encargó y que realizó en el extranjero, por la cual tuvo que dejar de lado su vida personal, familiar e incluso social, con la expectativa de alcanzar el puesto de trabajo; así mismo renunció a otros puestos como es el caso de su renuncia a su trabajo anterior en las Tiendas Ripley donde laboraba desde el año 2010, con la

expectativa de superación, generándole malestar económico y moral al quedarse sin empleo y ver frustradas sus expectativas de emprendimiento y superación profesional y personal.

Por su parte, la empresa demandada sostiene que el 14 de octubre del 2011, la actora suscribió un Contrato de Trabajo a plazo indeterminado, el mismo que entró en vigencia a partir del 16 de octubre, por medio del cual la actora se comprometió a desempeñarse en el cargo de “Directora de Tienda” recibiendo como contraprestación, una remuneración ascendente a S/.2,320.50 Nuevos Soles.

Del mismo modo, sostiene que en el contrato de trabajo suscrito entre la actora y la empresa, se dejó constancia que la trabajadora entraría a un proceso de formación, y que finalizando el mismo el empleador incrementaría la remuneración de la trabajadora, momento en el cual se le designaría o se validaría el puesto que ocuparía; y que el cargo para el cual fue contratada correspondía a uno de dirección, así mismo, que el período de prueba se extendía a un año; por lo que no es cierto que la compañía no le haya entregado a la actora el ejemplar del contrato que le correspondía.

Adicionalmente, refiere que la compañía es una sociedad franquiciada, razón por la cual su actividad comercial se encuentra directamente supeditada a los manuales y capacitaciones de su franquiciante, por lo cual cada uno de sus trabajadores que deben desempeñar cargos de dirección, requieren recibir una capacitación en el extranjero a fin que obtengan el know – how del negocio y los conocimientos del sector retail para que puedan desempeñarse correctamente. Es así que el 15 de octubre del 2011, luego de haber suscrito el contrato de trabajo de fecha 14 de octubre del 2011, la actora fue enviada al extranjero (Costa Rica) para iniciar la capacitación correspondiente, la misma que culminó en enero del 2012, momento en el cual la trabajadora efectivamente empezó el desempeño de sus labores en la tienda de la Compañía en Perú, y para demostrar si aquellos conocimientos impartidos en el extranjero eran aplicados correctamente como Directora de Tienda u otro cargo mejor aplicable dependiendo del desempeño de la trabajadora, producto de lo cual se reconocería un incremento en su remuneración.

El 31 de enero del 2012, como parte del procedimiento administrativo de la Compañía, se le remitió una carta de Ratificación a la actora, por medio de la cual se le comunicó que a partir del 01 de febrero del 2012, se le ratifica en el cargo de

Gerente de Damas, al haber superado el período de capacitación, manteniéndose vigente todas las demás cláusulas del Contrato. Siendo ello así, señala que la ratificación de la actora y el incremento salarial en ningún momento suponían la exención o finalización anticipada del período de prueba pactado entre las partes, ni mucho menos una resolución o modificación de dicha cláusula, hechos que eran conocidos por la trabajadora en todo momento. La actora fue contratada para desempeñar el cargo de Directora de Tienda, que constituye un cargo de dirección, por lo cual se convino entre las partes extender el período de prueba a un año.

Durante el tiempo de desempeño de labores de la demandante en el centro de trabajo, ésta presentó actitudes reprochables que denotaban una falta de valores, principios y liderazgo que atentaban contra el prestigio de la compañía, constantes maltratos a sus subordinados así como también a clientes, lo que condujo que la ex trabajadora no cumpliera con el perfil del puesto, lo que se determinó durante la vigencia del período de prueba convenido entre las partes de acuerdo al Contrato de Trabajo. Por lo cual refieren que es falso que se produjo un despido arbitrario, ya que la trabajadora aún no había alcanzado la protección que la ley otorga a los trabajadores, ya que aún no había culminado el período de prueba de la actora, y puesto que el procedimiento de despido reconocido en el artículo 31° de la LPCL solo es aplicable a aquellos trabajadores que hubieran superado el período de prueba. Toda vez que la trabajadora laboró solo 6 meses y 3 días; y dentro de las 48 horas siguientes a la fecha del cese, se puso a su disposición la correspondiente liquidación de beneficios sociales ascendente a S/. 17,340.07 nuevos soles, por lo cual se cumplió íntegramente con el pago de todos y cada uno de los beneficios sociales de la ex trabajadora.

Adicionalmente, refieren que la actora al tener un cargo de Dirección en la empresa, sabía que se encontraba en un período de prueba de un año conforme a ley, el cual en ningún momento le fue comunicado que había concluido, por lo que no se puede alegar que su proyecto de vida se vio frustrado y que se le ocasionó un daño, ya que su futuro era incierto al encontrarse en período de prueba que por el cargo que desempeñaba era necesario.

Finalmente, en cuanto al sacrificio que la actora alega por haber viajado al extranjero a capacitarse, la empresa refiere que ésta fue una gran capacitación internacional, otorgada por la compañía a favor de la ex trabajadora de forma gratuita, donde además se pagaron todos sus gastos incluidos el alojamiento, comida, viáticos, e incluso se siguió pagando una remuneración mensual, por lo que no puede verse bajo

ninguna perspectiva de manera negativa. Por tanto, no se configura de ninguna manera algún tipo de indemnización y menos por un daño al proyecto de vida, pues la actora no cumple con ninguno de los elementos primordiales para abarcar dicho daño.

### **3.2.2 Del Desarrollo del Proceso y la Sentencia Emitida por el Juzgado**

Admitida la demanda, subsanación de demanda y su contestación, se citó a audiencia única; verificándose la inexistencia de vicios procesales y la concurrencia de los presupuestos procesales así como las condiciones de la acción, se declaró saneado el proceso; se determinó la imposibilidad de conciliación por mantener las partes sus puntos de vista; se fijaron como puntos controvertidos:

- 1) Establecer si la extinción del vínculo laboral de la actora se sustentó en una causa justa prevista en la ley y si se cumplió el procedimiento formal del despido o contrariamente se configura como un despido arbitrario; y si, consecuentemente, le corresponde el pago de la Indemnización por dicho concepto.
- 2) Establecer si le corresponde percibir el pago de Beneficios económicos tales como: Compensación por Tiempo de Servicios y Gratificaciones por el periodo comprendido desde el 16 de octubre del 2011 al 18 de abril del 2012; más el pago de intereses legales.
- 3) Establecer si le corresponde percibir accesoriamente una indemnización por daño moral.
- 4) Establecer si corresponde ordenar a la demandada el pago de costas y costos del proceso.

De igual manera, se admitieron y actuaron las pruebas ofrecidas por ambas partes; se les concedió plazo para alegatos, disponiéndose finalmente se dicte sentencia; la misma que fue declarada infundada en todos sus extremos por los siguientes fundamentos:

Respecto al primer punto controvertido, consistente en establecer si la extinción del vínculo laboral de la actora se sustentó en una causa justa prevista en la ley y si se cumplió el procedimiento formal del despido o contrariamente se configura como un

despido arbitrario; y si, consecuentemente, le corresponde el pago de la Indemnización por dicho concepto; el juzgado en el cual se tramitó el caso, procedió con el análisis destinado a dilucidar si la actora gozaba del derecho a la protección contra el Despido Arbitrario, fijado por el artículo 27° de la Constitución Política del Perú, para lo cual tuvo a la vista el Contrato de Trabajo a plazo Indeterminado suscrito entre la actora y la demandada, en cuyas cláusulas se estableció: **“TERCERA: OBLIGACIONES GENERALES DEL TRABAJADOR.** Para el cumplimiento de sus objetivos **EL EMPLEADOR** requiere contratar a **LA TRABAJADORA** a fin que desarrolle las labores que el cargo **DIRECTOR DE TIENDA** exige, (...).”

De lo cual asumió que la actora fue contratada por la empresa demandada para desempeñar el cargo de **“Director de Tienda”**, el mismo que corresponde a un **cargo de “Dirección”**, conforme a lo establecido en la Cláusula Décima Segunda del referido contrato, en el cual se señala: *“(…) Atendiendo a que el cargo de dirección, que es uno no sujeto a fiscalización inmediata, no se encuentra sujeto a la jornada máxima de la empresa ni tampoco al registro de control de asistencia, (...)”* (El resaltado en nuestro); concordante con la cláusula Décimo Tercera del mismo contrato; así mismo, en la Boleta de Pago de la Actora correspondiente al mes de Enero 2012 (Fojas 03), se consigna que el cargo que ocupaba era el de “Director de Tienda”; en este sentido, teniendo en cuenta lo establecido en el primer párrafo del artículo 43° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y las actividades que desempeñó la actora, las cuales constan en la Cláusula Tercera del Contrato a Plazo Indeterminado, debe tenerse en cuenta que la actora **tuvo la calidad especial de ser una trabajadora de “Dirección”**, habiendo sido designada como tal por su empleador desde el inicio de su relación laboral.

En este sentido, el juzgado en aplicación del artículo 10° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que establece: *“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 de 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.”(El subrayado es nuestro). Determinó que la actora ostentaba la calidad de trabajadora de Dirección, y en consecuencia, que la entidad demandada se encontraba facultada para establecer el período de prueba de un año, durante el cual la actora no contaba con protección contra el despido arbitrario.

Es así que el juzgado llega a la conclusión de que la actora fue contratada para desempeñarse en el cargo de “Directora de Tienda”, y que desde el inicio de su relación laboral se desempeñó como una trabajadora de dirección; por lo cual la empresa demandada se encontró facultada para poner fin al vínculo laboral dentro del período de prueba establecido en el contrato de trabajo, el cual tuvo la duración de un año; en consecuencia declaró infundada la demanda.

### 3.2.3 Aspectos que debieron ser considerados por la Juzgadora en la sentencia emitida.

Para efectos de exponer nuestra postura, efectuaremos un breve recuento de los hechos más importantes ocurridos en el caso materia de análisis, tan como se muestra en el siguiente cuadro:

EVENTO	FECHA
Suscripción del Contrato de Trabajo a Plazo Indeterminado.	14/10/2011
Trabajador es enviada al extranjero (Costa Rica), a fin iniciar las capacitaciones necesarias para el puesto de “Directora de Tienda”, para el que fue contratada.	15/10/2011
Inicio de la vigencia del contrato de trabajo.	16/10/2011
Fin de la capacitación, inicio de las labores de la actora como Gerente de Tienda en Perú.	01/01/2012
La empresa demandada envía una Carta de Ratificación a la actora, ratificándola en el cargo de Gerente de Damas.	31/01/2012
La empresa demandada, mediante Carta de Despido, comunica a la actora el término de su contrato, sin expresión de causa.	18/04/2012

Una vez visto el recuento de los hechos, consideramos que en aplicación del principio protector, concretamente, del principio de primacía de la realidad, el principio de

razonabilidad y el principio de buena fe, el juzgador debió percatarse que en la realidad de los hechos, la finalidad del período de prueba ya se había cumplido, por lo que resulta irrazonable y desproporcional consignar en el contrato de trabajo un período de prueba por el plazo de un año, luego de haber seleccionado a la trabajadora, capacitarla, evaluarla en el desempeño del cargo para el que fue contratada, ratificarla y finalmente despedirla bajo el argumento de no haber alcanzado la protección contra el despido arbitrario, esto en virtud a los principios que pasaremos a desarrollar.

En cuanto al **Principio de Primacía de la Realidad**, consideramos que en el presente caso se produjo su vulneración toda vez que existe una falta de correspondencia entre lo contenido en el contrato, en el extremo referido a la fijación del período de prueba, y lo ocurrido en los hechos. Esta discordancia entre los hechos y la realidad, se produjo desde el inicio de la relación laboral, pues las partes pactaron una cláusula en la que se estableció la duración de un período de prueba de un año. Sin embargo, el contrato de trabajo también estableció que la trabajadora se sometería a una capacitación en el extranjero por un período de tres meses, así mismo, en la práctica, luego de dicha capacitación, la actora retornó a Perú y durante el 01 al 31 de enero del 2012, se desempeñó en la empresa como Directora de Tienda, período en el cual se encontró siendo evaluada, y finalmente al cabo de dicho período fue ratificada en el cargo.

En este sentido, la Carta de Ratificación de fecha 31 de enero del 2012, que envía la empresa a la trabajadora, se interpreta como una manifestación del empleador de tener pleno conocimiento sobre las aptitudes de la trabajadora para desempeñarse en el puesto de trabajo, pues la misma luego de terminar su capacitación y superar satisfactoriamente las evaluaciones, retornó al país para desempeñarse en el cargo de Directora de Tienda, el cual además habría desarrollado satisfactoriamente, a tal grado que su empleador la ratifica en el puesto. De lo cual se hace evidente que la trabajadora ya cumplió con acreditar su aptitud para el puesto y que en la realidad de los hechos, su empleador validó sus aptitudes para desempeñarse como Directora de Tienda, deviniendo en innecesario sostener la vigencia del período de prueba pactado en el contrato de trabajo, pues lo contrario implicaría afirmar que la trabajadora deba someterse a una doble evaluación.

En referencia al **Principio de Razonabilidad**, consideramos que se afectó el mismo toda vez que en el presente caso se produjo un actuar irrazonable del empleador; pues considerando que la finalidad del período de prueba, el cual desarrollamos en el

capítulo anterior, consiste en determinar si la persona contratada para el puesto cumple las aptitudes y requerimientos de la empresa; se debió considerar que dicha finalidad ya se había cumplido durante el mes de enero del 2012.

Es así, que remitiéndonos los hechos, la actora luego de la suscripción de su contrato de trabajo el 14 de octubre del 2011, se sometió a un proceso de capacitación hasta el 31 de diciembre del 2011, y durante el 1 al 31 de enero del 2012 se desempeñó en el cargo de directora de tienda, siendo el caso además que el 31 de enero del 2012, su empleador le envía una Carta ratificándola en el puesto. Lo cual permite deducir que el primer de prestación de sus servicios consistió en una forma de evaluación, pues al cabo del mismo, la entidad empleadora manifiesta su conformidad con la prestación de los servicios, logrando así demostrar sus aptitudes para el puesto así como los conocimientos adquiridos durante su capacitación fuera del país, conforme se desprende de la Carta de Ratificación. Por tanto resulta irrazonable someter a la trabajadora nuevamente a una evaluación de su desempeño, vulnerándose así el principio de razonabilidad que funciona como un freno a las actitudes arbitrarias del empleador.

Finalmente, en cuanto a la vulneración al **Principio de Buena Fe**, debemos recordar que dicho principio fue concebido como un freno al ejercicio abusivo del derecho; del mismo modo, advertimos que la legislación nacional regula el período de prueba de forma tal que puede ser ejercido por el empleador como una facultad que le permite tener pleno conocimiento acerca de las aptitudes de un nuevo trabajador en el desempeño efectivo de un puesto de trabajo, en base a lo cual el empleador podrá otorgarle mayor estabilidad.

Siendo ello así, en el caso específico, el solo hecho de que la empresa capacitó a la trabajadora, la evaluó y además reconoció su aptitud para el puesto, significó el cumplimiento del objeto buscado por el período de prueba; por tanto, ya no ameritaba que su período de prueba sea extendido; pues asumir lo contrario, sería amparar el ejercicio abusivo del derecho de la empresa de establecer un período de prueba en el contrato de trabajo a pesar de que la finalidad del mismo ya se había cumplido; lo cual a su vez afecta el principio de buena fe, que implica la obligación de las partes de no causar perjuicio a otros, que en el presente caso se traduce en el ejercicio abusivo del derecho del empleador de fijar un período de prueba que resulta innecesario.

### **3.3 Conclusiones:**

Para finalizar el tercer y último capítulo del presente estudio, procedemos exponer las conclusiones parciales a las que arribamos luego del análisis efectuado sobre el caso práctico:

#### **Primera Conclusión:**

Las tratativas previas al contrato de trabajo pueden llegar a perfeccionarse de diversas formas, en algunos países se celebran por escrito, en la forma de Pre Contratos de Trabajo, mientras que en otros resultan perfeccionados mediante la manifestación de voluntad de las partes y la existencia de un acuerdo mutuo; sin embargo, en ambos casos resultan de aplicación las normas del código civil referidas al perfeccionamiento del contrato, así como las referidas a la responsabilidad civil, para efectos de determinar la existencia de daños y perjuicios y fijar indemnizaciones, en caso que una de las partes resulte perjudicada por la promesa de contratación incumplida.

#### **Segunda Conclusión:**

En el caso materia de análisis observamos que conforme se dieron los hechos, la remisión de la Carta de Ratificación a la trabajadora, implica la conformidad tácita de la empresa demandada sobre la aptitud de ésta para desempeñarse como Gerente de Tienda; pues el hecho de que la empresa captó a la trabajadora, suscribió un contrato de trabajo con ésta, la capacitó y luego del primer mes de labores le curse una carta de ratificación en el cargo, solo puede interpretarse como una evaluación en el ejercicio de sus funciones, por tanto, en este contexto la Carta de Ratificación importa la manifestación de voluntad de la empresa de tener pleno conocimiento de las aptitudes de la nueva trabajadora.

Tercera Conclusión:

Los principios del derecho del trabajo, específicamente los principios de primacía de la realidad, razonabilidad y buena fe, funcionan de manera conjunta en el presente caso, pues al formar parte del principio protector se vislumbra el común objetivo de cautelar los intereses de la parte más débil en el mercado laboral, que viene a ser el trabajador.

Cuarta Conclusión:

En nuestro país, en la mayoría de casos, la formación de criterio jurisprudencial se encuentra sesgada a una aplicación literal de la norma, sin tener en cuenta el análisis otras situaciones como las descritas anteriormente que pueden resultar relevantes para esclarecer la verdad de los hechos a la luz de los principios del derecho del trabajo.



## CONCLUSIONES FINALES

Para culminar el presente trabajo de investigación expondremos las conclusiones a las que arribamos luego del análisis efectuado en cada uno de los capítulos desarrollados, las cuales, a su vez nos servirán de sustento para formular nuestra conclusión final, mediante la cual daremos a conocer nuestra posición a cerca de las implicancias que acarrea la práctica empresarial de capacitar al personal antes del inicio de la relación laboral o de la prestación efectiva del servicio, al culminar el análisis de los antecedentes legislativos y la naturaleza de las instituciones legales antes referidas:

### **Primera Conclusión:**

Las condiciones cambiantes del mercado, exigen que empresas incorporen en su personal a profesionales u operarios mediana o altamente especializados y en un tiempo preciso, por tanto optan por conformar su propia oferta laboral capacitando a personas, impartiendo los conocimientos necesarios para que se adecúen a los puestos de trabajo dentro de su rubro y especialidad, de conformidad a los requerimientos del mercado. De igual manera, esta situación no cuenta con una regulación propia dentro del derecho del trabajo, motivo por el cual resultan aplicables las normas civiles referidas al derecho de obligaciones, por constituir prestaciones recíprocas valorables económicamente, así como las normas referidas a la responsabilidad civil, en el caso que una de las partes resulte perjudicada y sea preciso establecer una indemnización.

### **Segunda Conclusión:**

En contextos en los que los postulantes a un puesto de trabajo, que hayan cursado capacitaciones impartidas por la propia empresa a la que postulan y hayan superado con éxito las capacitaciones; acredita de manera suficiente la capacidad y aptitud del postulante para desempeñarse en el puesto, y el hecho de someterlo adicionalmente a un período de prueba luego de ser capacitado y evaluado implica la desnaturalización del período de prueba.

### **Tercera Conclusión:**

Los principios laborales cumplen una función tuitiva o protectora del trabajador, con el fin de lograr un tratamiento adecuado de los desiguales y la ausencia de la protección acrecentaría la desigualdad material en perjuicio del trabajador. En este sentido, los principios de primacía de la realidad, razonabilidad y buena fe, funcionan de manera conjunta, en casos de capacitaciones antes del inicio de labores propiamente dicho, pues al formar parte del principio protector, tienen el común objetivo de cautelar los intereses de la parte más débil en el mercado laboral, que viene a ser el trabajador.

### **Cuarta Conclusión:**

El desarrollo de la acción tuitiva de los principios del derecho laboral ha variado a lo largo del tiempo, pues la aplicación de estos principios tuvo que adaptarse a los cambios en los requerimientos de los trabajadores y las circunstancias empresariales surgidas a lo largo de la historia; por ello, la aplicación de los principios del derecho del trabajo debe mantenerse igualmente dinámica para procurar la protección necesaria a la clase trabajadora buscando siempre la compensación de la desigualdad material existente.

### **Quinta Conclusión:**

En nuestro país, generalmente, la formación de criterio jurisprudencial se encuentra sesgada a una aplicación literal de la norma, sin tener en cuenta el análisis de otras situaciones, como es el hecho de una adecuada verificación de las condiciones en que se lleva a cabo el período de prueba; que pueden resultar relevantes para esclarecer la verdad de los hechos a la luz de los principios del derecho del trabajo.

### **Sexta Conclusión:**

Los períodos de capacitación que ocurren antes de la prestación efectiva del servicio, deben ser considerados en el cómputo del plazo legal establecido como período de prueba, a razón de haberse producido la puesta a disposición personal del nuevo trabajador, en aplicación del principio protector.

## Bibliografía

### LIBROS:

1. ALLES, M. (2012). *Dirección Estratégica de Recursos Humanos: Gestión por Competencias*. Buenos Aires: Granica.
2. BOZA PRÓ, G. (2004). La madre trabajadora como sujeto laboral especialmente protegido en el ordenamiento peruano. En S. P. Social, *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano: Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez* (pág. 75 al 78). Lima: Aliarte Gráfico Publicaciones S.R.L.
3. BUSTAMANTE, C. B. (2013). *El Despido en el Derecho Laboral Peruano*. Lima: Jurista Editores.
4. CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS. (2003). Principio de Favor en el Derecho del Trabajo. En M. C. Palomeque López, *Principios del Derecho del Trabajo* (págs. 22-23). Madrid: Centro de Estudios Financieros.
5. CRUZ VILLALÓN, J. (2009). *Compendio de Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos.
6. DE LA VILLA GIL, L. E., & LÓPEZ CUMBRE, L. (2003). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.
7. FIGUEROA, A. (mayo de 1993). El mercado laboral en América Latina. *Las instituciones laborales frente a los cambios en América Latina: Contribuciones a un seminario*, 301 al 319.
8. FLINT BLANCK, P. (1986). *Derecho laboral - Casos y Materiales para el Estudio del Derecho Aplicado a la Empresa*. Lima: Librería Studium Editores.
9. GARCIA DE HARO, R. (1963). *La Posición Jurídica del Trabajador Subordinado*. Madrid: Rialp S.A.
10. GARCÍA MANRIQUE, Á. (2010). *¿Como se están aplicando los Principios Laborales en el Perú?* Lima: Gaceta Jurídica S.A.
11. GONZALES HUNT, C. (2011). *Derecho Laboral General*. Lima: Caballero Bustamante.
12. LÓPEZ, M. C. (2009). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
13. MOLERO, M. C. (1975). *La Supletoriedad del Derecho Común en el Derecho del Trabajo*. Madrid: Instituto de estudios Políticos de Madrid.

14. MONEREO PÉREZ, J. L. (1996). *Algunas Reflexiones sobre la Cracterización Técnico Jurídica del Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas S.A.
15. MONTOYA MELGAR, A. (2008). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos.
16. NEVES MUJICA, J. (2009). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
17. PAIN, A. (2001). *Capacitación Laboral*. Buenos Aires: Ediciones Novedades Educativas.
18. PASCO COSMÓPOLIS, M. (2004). Reafirmación de los Principios del Derecho del Trabajo. En S. P. Social, *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano, Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez* (págs. 25-26). Lima: Aliarte Gráfico Publicaciones S.R.L.
19. PEREDA, S., & BERROCAL, F. (2012). *Gestión de la Formación en las Organizaciones*. Madrid: Editorial Síntesis S.A.
20. PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1978). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Depalma.
21. RENDÓN VÁSQUEZ, J. (2007). *Derecho del Trabajo - Teoría General I*. Lima: Grijley E.I.R.L.
22. STONER, J., FREEMAN, R., & GILBERT. (1996). *Administracion*. México: Prentice Hall.
23. TOYAMA MIYAGUSUKU, J. (2013). *Guía Laboral 2013*. Lima: Gaceta Jurídica.

#### **ARTÍCULOS:**

24. MADRID, G. A.-A. (20 de febrero de 2017). <http://www.garonabogados.es>. Obtenido de <http://www.garonabogados.es>: <http://www.garonabogados.es/oferta-acuerdo-precontrato-de-trabajo/>
25. REPÚBLICA, S. S. (24 de Enero de 2017). *Publicar Para el Mundo: Presentaciones, Publicaciones, Documentos Legales y más*. Obtenido de *Publicar Para el Mundo: Presentaciones, Publicaciones, Documentos Legales y más* : <https://es.scribd.com/document/324841607/Reposicion-Laboral-en-El-Periodo-de-Prueba-Criterios-de-Evaluacion-de-Despido-en-El-Periodo-de-Prueba>
26. Alexy, R. (01 de julio de 2017). *file:///C:/Users/JULIAN/Downloads/sistema-jurdico-principios-juridicos-y-razn-prctica-0.pdf*. Obtenido de *file:///C:/Users/JULIAN/Downloads/sistema-jurdico-principios-juridicos-y-razn-prctica-0.pdf*