



Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

Revista de Derecho Procesal del Trabajo

Publicación Especializada del Equipo Técnico Institucional de Implementación
de la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Poder Judicial

Vol. 7, n.º 9, enero-junio, 2024, 231-259

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2708-9274 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.47308/rdpt.v7i9.905>

El despido en el periodo de prueba y los derechos fundamentales del trabajador

Dismissal during the Trial Period and the Fundamental Rights of the Worker

Demissão durante o período experimental e os direitos fundamentais do trabalhador

JAIME GERÓNIMO DE LA CRUZ

Corte Superior de Justicia de Huánuco
(Huánuco, Perú)

Contacto: jgeronimo@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-9899-7552>

RESUMEN

La presente investigación surge ante la necesidad de brindar una real protección a miles de trabajadores que son despedidos injustificadamente durante el periodo de prueba, a quienes se vulnera en su

derecho al trabajo. La justificación e importancia para estudiar el instituto del periodo de prueba se debe al desinterés legislativo sobre los derechos fundamentales de un sector vulnerable en el ámbito laboral, los trabajadores. En esa línea de ideas, el artículo en mención analiza doctrinaria y jurisprudencialmente la figura del periodo de prueba con el objetivo de identificar la verdadera naturaleza y fundamento de este instituto, lo que coadyuvará para determinar en qué supuestos se constituyen los despidos como arbitrarios durante este periodo de prueba. La investigación determina que, por regla general, los despidos dados durante el periodo de prueba se dan a discreción particular del empleador; sin embargo, tales despidos deben estar en sujeción a la ley, de lo contrario, estos serán arbitrarios.

Palabras clave: derecho al trabajo; reposición; fraude a la ley; abuso de derecho; empleador.

Términos de indización: derecho al trabajo; derecho a la justicia; trabajador (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

This investigation arises from the need to provide real protection to thousands of workers who are unjustifiably dismissed during the trial period, whose right to work would be violated. The justification and importance of the study of the institution of the probationary period is due to the legislative disinterest in the fundamental rights of a vulnerable sector in the workplace, the workers. In this line of ideas, the aforementioned article analyzes doctrinally and jurisprudentially the figure of the probationary period with the objective of identifying the true nature and foundation of this institute, which will help determine under what assumptions dismissals during the probationary period are constituted as arbitrary. The investigation determines that, as a general rule, dismissals granted during the trial period are at the discretion of the employer; however, such dismissals must be subject to law, otherwise they will be arbitrary.

Key words: right to work; substitution; fraud against the law; abuse of rights; employer.

Indexing terms: right to work; right to justice; worker (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

Esta investigação surge da necessidade de proporcionar uma proteção real a milhares de trabalhadores que são despedidos injustificadamente durante o período experimental, cujo direito ao trabalho seria violado. A justificativa e importância do estudo da instituição do período probatório deve-se ao desinteresse legislativo pelos direitos fundamentais de um setor vulnerável no ambiente de trabalho, os trabalhadores. Nessa linha de ideias, o referido artigo analisa doutrinária e jurisprudencialmente a figura do período probatório com o objetivo de identificar a verdadeira natureza e fundamento deste instituto, o que ajudará a determinar sob quais pressupostos as demissões durante o período probatório se constituem como arbitrárias. A investigação determina que, regra geral, as demissões concedidas durante o período experimental ficam a critério do empregador; no entanto, tais despedimentos devem estar sujeitos à lei, caso contrário serão arbitrários.

Palavras-chave: direito ao trabalho; substituição; fraude contra a lei; abuso de direito; empregador.

Termos de indexação: direito ao trabalho; direito à justiça; trabalhador (Fonte: Tesouro Unesco).

Recibido: 31/12/2023
Aceptado: 16/05/2024

Revisado: 06/05/2024
Publicado en línea: 30/06/2024

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito laboral rige una figura de antaño denominada periodo de prueba, siendo de real importancia su existencia dentro de la relación laboral, toda vez que está estrechamente relacionada con la eficacia y vigencia de la relación laboral entre el empleador y trabajador. Ahora bien, la figura en análisis surge, especialmente, por demanda del empleador, toda vez que previo a la contratación del personal, necesitaba evaluar de forma adecuada las habilidades y aptitudes del nuevo personal con el objetivo de evitar riesgos al momento de seleccionar y contratar a nuevos trabajadores.

La creación del periodo de prueba en el ámbito laboral tuvo como objetivo corroborar en el propio escenario de los hechos, si aquel postulante que podría demostrar diversas habilidades para responder un examen de conocimiento y entrevista personal podía de la misma manera tener aquella capacidad dentro de las funciones laborales. Por tanto, era necesaria la comprobación objetiva sobre la solvencia que mostraba el postulante en la etapa de contratación en el puesto de trabajo propiamente, es decir, se pretendía corroborar si dichas expectativas se podían concretar con los objetivos perseguidos por la empresa.

El periodo de prueba es una figura regulada desde el año 1928 y lo normal sería que evolucionara con el pasar del tiempo; sin embargo, las constantes modificaciones sobre la materia evidencian con total claridad su involución, afirmación que tiene sustento en la desnaturalización que le dan los empleadores a la esencia verdadera del periodo de prueba. La situación es tan alarmante que, en la actualidad, se considera al periodo de prueba como una figura libérrima y de mero tránsito, que faculta al empleador para prescindir del trabajador si este no cumple sus expectativas (Mas, 2018, p. 2).

Sin embargo, durante el periodo de prueba las facultades propias del empleador están supeditadas a ciertos límites (Bances, 2022, p. 8),

razón por la que no puede simplemente prescindir de un trabajador porque no cumplió sus expectativas, sino que el criterio adoptado por el empleador respecto del trabajador debe guardar estrecha relación con la ley laboral; en caso contrario, tal despido devendrá en ilegal.

En la práctica se observa que pese al mal uso del periodo de prueba que da el empleador en perjuicio de su trabajador, es poco el interés en cuestionar la inexistencia de un minucioso análisis al interior del periodo de prueba, excepto cuando recién se incurre en graves irregularidades o cuando ya no se puede obviar los hechos, como vienen a ser los supuestos de discriminación o la afectación de los derechos fundamentales. Sin embargo, pese a tales supuestos, se evidencia que a pesar de haberse dado un trato discriminatorio dentro del periodo de prueba:

el TC ha exigido previamente haber superado previamente el periodo de prueba, para atender el pedido de trato discriminatorio. Para terminar de empeorar el asunto, un sector de la doctrina y la jurisprudencia laboral del país, siguen atizando esta incertidumbre, con sus disimiles criterios que han llegado incluso al ámbito mediático. (Mas, 2018, p. 2)

Por un lado, están aquellos que reafirman el carácter libérrimo de esta figura laboral, que por su propia característica no puede existir sanción alguna, menos aún de carácter indemnizatorio, toda vez que desnaturaliza su esencia misma; otros, en cambio, dando entrada a la esencia evaluativa del periodo de prueba, llegaron a aplicar medidas restitutorias y resarcitorias en los supuestos de fraude y abuso del derecho.

Ante esta problemática de inseguridad laboral que se genera durante el periodo de prueba, se hace necesario realizar una exhaustiva revisión sobre los límites que tiene el empleador para despedir al

trabajador, estudio que servirá, de forma alguna, para frenar los constantes abusos en contra de los trabajadores que ven trastocados sus derechos fundamentales.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL PERIODO DE PRUEBA

Según Pérez (1960), esta figura conlleva una serie de problemas jurídicos, entre ellos el vinculado con la determinación de su naturaleza. Para algunos autores esta cuestión jurídica califica como un precontrato; para otros, como contrato preliminar o contrato preparatorio; otros lo consideran como un contrato de condición suspensiva; y, finalmente, algunos afirman que se trata de un contrato de condición resolutoria (p. 146).

Por su parte Carro (1985), en esa misma línea de ideas, indica que existen diferentes perspectivas en cuanto a su naturaleza, las cuales se detallan de la siguiente forma: a) Todavía no se ha dado el verdadero contrato laboral, por lo que nos encontramos ante un periodo precontractual, es decir, es un precontrato, el cual tiene su propio régimen jurídico y específico. b) El contrato está sujeto a una condición suspensiva negativa, pero así nació desde el primer momento por lo cual se trataría de un contrato con condición suspensiva; mientras el contrato se encuentre vigente y no exista una declaración que extinga la relación, este produce efectos plenos, los cuales se encuentran pendientes durante la vigencia del periodo. c) Es una condición resolutoria, debido a que el contrato existe desde el primer momento; sin embargo, se encuentra sujeto a una condición resolutoria positiva, ocurrida la manifestación de voluntad, el vínculo desaparece (pp. 260-261).

Cabanellas (1968) de manera muy didáctica plantea una variedad de teorías, las cuales se detallan de la siguiente forma:

- a) Que se trata de un contrato autónomo y, por ende, posee existencia propia, pese a tratarse de un vínculo de prueba y

el otro definitivo, por lo que no es correcto confundir estos dos contratos como uno solo.

- b) Que se trata de un precontrato, toda vez que una o las dos partes dan su compromiso de celebrar el contrato principal en el futuro. No existen dos contratos, sino únicamente un vínculo, máxime, si se toma en cuenta que el trabajador posee una sola antigüedad y no dos, debido a que el segundo contrato es absorbido por el más antiguo, lo que le daría un carácter provisional.
- c) Que se trata de un contrato de trabajo especial, esta idea parte de una conclusión verdadera si se acepta la existencia de un contrato autónomo denominado trabajo a prueba; sin embargo, queda desvirtuado si se admite únicamente un periodo, plazo o un solo acuerdo de prueba en el contrato, condición para el trabajo general y especial.
- d) Que se trata de un contrato de duración definida, toda vez que se encuentra definido previamente por las partes; sin embargo, aquello queda desvirtuado, ya que ese plazo preestablecido es susceptible de reducción a un lapso inferior que el autorizado por ley. Si una de las partes estima que ya ha sido suficiente la prueba, puede rescindir el contrato tan pronto como lo considere conveniente.
- e) Que se trata de un contrato condicional del trabajo, siendo esta teoría la más recibida, la cual divide a los especialistas en derecho laboral en dos sectores: los que la consideran como condición suspensiva y quienes la consideran como resolutoria. La primera posición es cuestionada, ya que no puede tratarse de una condición suspensiva, pues en este caso se esperarí el cumplimiento de la condición para que nazca la obligación; sin embargo, en el periodo de prueba ya se

pueden evidenciar prestaciones recíprocas desde un primer momento. Es por ello que resulta más ilustrativa la idea de que se trata de una condición resolutoria del contrato de trabajo, pues a este tipo de contrato, la resolución de derechos adquiridos en el inicio del vínculo laboral está sujeta a hechos inciertos y futuros. Estas condiciones son las que determinarán la extinción de la obligación. El hecho futuro tiene dos aspectos: el primero, en que el empleador no quede satisfecho con los servicios recibidos por parte del trabajador; y, el segundo, en que las expectativas del trabajador no hayan sido cubiertas por el empleador (pp. 489-490).

Lo anterior concuerda con lo señalado por De la Cueva (1964), cuando detalla que dicha condición se refiere a la atribución que posee el empresario de decidir sobre la capacidad del trabajador, de forma que si sucede la decisión negativa, se entenderá por cumplida la condición y se disolverá la relación contractual (p. 767).

Si la condición se encuentra pendiente, los efectos que produce la obligación son los mismos que en el contexto en donde no se hubiera pactado la condición; si después de cumplido el tiempo de prueba se siguen prestando servicios por parte del trabajador, se tendrá como si dichas condiciones no hubieran existido; por esta razón, los derechos adquiridos por el trabajador serán irrevocablemente firmes (Mas, 2018, p. 55).

3. FUNDAMENTO DEL PERIODO DE PRUEBA

a) Diligencia en la contratación

El tema hace mención a la llamada diligencia *in contrahendo* mediante la cual el periodo de prueba tiene como propósito la verificación de las capacidades del trabajador que propiciaron su contratación; aunque

esta justificación podría darse de manera relativa por la disponibilidad de diversos instrumentos que facilitarían prever (o remediar) algún error que pudiera propiciar el acuerdo de voluntades, por lo cual sería innecesaria la relajación de los presupuestos del despido al inicio del vínculo laboral.

Lo mencionado precedentemente es válido solo si se prueba que la diligencia *in contrahendo* o la acción de anulación no resulta siempre eficaz o suficiente para contrarrestar el error *in qualitate* en el contrato laboral, estando sujeto a las siguientes etapas: i) Descripción de cómo a lo largo del tiempo han variado los procesos productivos y la estructuración en las empresas que determinan el contenido y explican cuáles son las cualidades que deben poseer los trabajadores en este sistema industrial actual; y ii) la indicación de las eventuales limitaciones de las técnicas comunes de prevención o corrección del error sobre la aptitud en el contrato de trabajo (Martín, 1976, p. 125).

En ese sentido, las técnicas ordinarias para prevenir o corregir el error sobre la capacidad de los trabajadores en el contrato laboral poseen una serie de limitaciones; esto en virtud de que los resultados de los exámenes realizados al momento de postular a un puesto de trabajo pueden ser imprecisos, máxime si se tratan de puestos de trabajo donde el trabajador debe poseer diversas cualidades (Flores, 2023, p. 19). En determinadas organizaciones de negocio prima la importancia de las capacidades y es un criterio de ponderación relativa (como en el caso de un puesto de gerencia). Como consecuencia, no es posible que el empleador conozca si un trabajador es idóneo para el puesto de trabajo sin antes cerciorarse de que este posee las capacidades necesarias para desempeñarse dentro del puesto.

b) Conservación del negocio

Asquerino (2015) desde su teoría encuentra justificación al periodo de prueba, que a su vez encuentra apoyo en el principio de conservación del negocio, el cual parte del supuesto de controversias en la relación

laboral y la forma en cómo las normativas han ofrecido soluciones en cada momento (p. 50). En ese sentido, se ha observado cómo el derecho de trabajo, a diferencia del derecho civil, ha dispuesto normas que han buscado reducir la desigualdad que existe entre el empleador y el trabajador, estipulando normas que favorezcan a estos últimos.

Respecto de la finalización del vínculo laboral, se puede evidenciar que el legislador ha buscado dar mayores beneficios a la parte más débil como es el trabajador, prohibiendo el despido sin causa a través del principio de estabilidad en un puesto de trabajo, así como algunas presunciones encaminadas a proteger la estabilidad en el empleo (como el plazo indefinido del vínculo). Según Asquerino (2005):

La capacidad que se le brinda al empresario de extinguir el contrato de manera unilateral se limita específicamente a la protección de los intereses patrimoniales del empresario vinculados a los principios de libertad contractual y de libre iniciativa económica, es decir, que esta capacidad se puede restringir, condicionar, o incluso eliminar, si se confronta a otros intereses jurídicos que posean especial atención por el ordenamiento jurídico. Esto ocurre pues, cuando entra en conflicto con el interés del trabajador en la conservación de su puesto de trabajo. (p. 52)

Por tanto, si el empleador desea realizar algún acto con el objetivo de culminar el vínculo laboral, debe hacerlo observando el principio de causalidad del despido, entendiéndose que el despido, sea cual sea su índole, debe poseer una causa vinculada a las aptitudes o la conducta del trabajador; sin embargo, durante la etapa objeto de estudio no se aplicaría esto, debido a que en esta etapa cualquiera de las partes, tanto el empleador como el trabajador, puede terminar con la relación de trabajo sin que deba justificar esto (Asquerino, 2015, p. 409); no obstante, esta última premisa posee limitaciones.

Consideramos que esta teoría tiene un criterio suficientemente razonable en virtud de que el Estado, en su búsqueda de conseguir el equilibrio entre el empleador y el trabajador (al menos en la teoría), controla el poder del empleador al limitar la arbitrariedad de sus decisiones (Flores, 2023, pp. 20-21). Sin perjuicio de ello, también se debe tomar en cuenta que no se puede dar la misma estabilidad laboral al inicio de la relación de trabajo que durante todo el vínculo laboral, pues esto resultaría perjudicial para el empresario, ya que se hallaría en desventaja al tener la obligación de mantener en su empresa a un trabajador que, desde que se inició la relación de trabajo, no cuenta con las aptitudes que el puesto de trabajo requiere.

c) El periodo de prueba como medio de satisfacción de interés

Es evidente que desde que se inicia la relación de trabajo, tanto el empleador como el trabajador querrán conocer cómo se desarrollará la prestación; en ese sentido, el trabajador tendrá interés en conocer si el empleador es puntual en los pagos, el ambiente donde laborará, la carga laboral, si sus jefes le brindarán un buen trato, etc., así como el empresario tendrá interés en conocer si este trabajador es el idóneo para el puesto, por lo que observará el ritmo de trabajo, si puede trabajar bajo presión, su proactividad, y también podrá verificar si el trabajador posee las capacidades que el puesto requiere (Flores, 2023, p. 24).

Empero, será el trabajador el más interesado en conservar su puesto laboral, ya que gracias a este obtiene ingresos para él y su familia por lo que durante el periodo de prueba deberá demostrar a plenitud todas sus aptitudes con la finalidad de que el empleador continúe con la relación laboral en el futuro y no extinga dicho vínculo, pues está facultado para hacerlo si es necesario. En la realidad se observa que los contratos de trabajo poseen periodos de prueba a solicitud del empleador; este tópico fue atendido por el legislador debido a

la necesidad que tienen los empleadores de verificar que la persona que contratan cumpla con las aptitudes requeridas para el puesto; por el contrario, el trabajador puede decidir no continuar laborando en cualquier momento, sin necesidad de brindar explicación alguna (Asquerino, 2015, p. 53).

En la misma línea de ideas, Aparicio (2013) menciona que el objetivo de dicho periodo es el «que brinda conocimiento a ambas partes para que estas puedan valorar recíprocamente sus aptitudes personales y profesionales y, de esta manera, después de la experimentación, decidan si desean continuar el vínculo» (p. 24), cumpliéndose así dos objetivos: en primer lugar, desde la óptica del empleador, comprobar las capacidades del trabajador en función de su desempeño dentro del trabajo; en segundo lugar, desde la óptica del trabajador, saber si se adapta a las labores propias del cargo y, de la misma forma, conocer si este cumple con sus expectativas (García y Pedrosa, 2014, p. 371).

Para el trabajador solo basta presentar su renuncia para terminar su relación laboral y lo puede hacer en cualquier momento del vínculo (precisemos que, durante este periodo, la normativa no ha manifestado de forma expresa que sea necesario dar un preaviso). En virtud de ello, al iniciar el vínculo laboral se privilegiará al trabajador, como en el caso de que exista acuerdo de ambas partes para aplicar alguna carga al trabajador cuando este quiera ejecutar su derecho a retirarse del puesto trabajo, como podría darse en un pacto de permanencia; o en el caso de trabajadores (generalmente ejecutivos de importantes corporaciones) que pactan la percepción de exorbitantes sumas de dinero en el supuesto de que la empresa decidiera prescindir de sus servicios antes de cierto plazo de tiempo (lo que se denominada como *Golden Parachute*). En ese sentido, el trabajador puede terminar con la relación laboral en cualquier momento y no está obligado a dar un previo aviso.

4. DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PERIODO DE PRUEBA

4.1. El derecho al trabajo

Al referirnos sobre el derecho al trabajo, en principio, debemos diferenciar dos circunstancias: en primer lugar, el derecho al acceso al trabajo y, en segundo lugar, el derecho a conservar el trabajo. Respecto al primero, se trata de una norma que rige en una política social; sin embargo, cuando nos referimos al derecho de conservar el trabajo, se entiende como aquel derecho que deriva de un contrato de trabajo que no puede ser vulnerado por el empleador, salvo si existe causa que justifique tal decisión, basada ya sea en su conducta, capacidad o necesidades de funcionamiento propias de la empresa. En esa línea de ideas, corresponde al legislador fijar aquellas causas justas que, de forma fija, permitan culminar el vínculo de trabajo; por tanto, fijar en la ley las causas de término es lo que permite hacer prevalecer el derecho a seguir conservando el trabajo o, en su defecto, a ser indemnizado (Marcenaro, 2009, p. 34).

En conclusión, el derecho antes alegado exige del legislador intervenir, como parte de sus funciones o deberes, en los contratos de trabajo, ordenando o exigiendo que no se culmine la relación laboral, salvo que exista una causa razonable. En el caso de que no se evidencie la existencia de un motivo válido, se tendrá que imponer una sanción y una consecuencia que bien puede ser la reposición o una indemnización a favor del perjudicado.

Los motivos de la necesidad de proteger el derecho del trabajo se derivan, fundamentalmente, de la subsistencia propia de los ciudadanos, toda vez que a través del ejercicio de este derecho pueden cubrir sus distintas necesidades mediante una compensación económica por el trabajo que realizan. En esa línea de ideas, este derecho también debe primar no solamente en un contrato laboral definido, sino también en el periodo de prueba, toda vez que este viene a ser el comienzo

de una relación laboral duradera y, por tanto, la no continuación del vínculo laboral debe responder a causas justas, y en caso de evidenciar la afectación de algún derecho fundamental durante el periodo de prueba tendrá que operar el mecanismo legal.

4.2. Derecho a la igualdad y no discriminación

El principio de igualdad prescrito en todas las instancias jurídicas de derechos humanos es de real importancia y significancia en el derecho del trabajo toda vez que la relación laboral es quizá la más expuesta a actos de discriminación. Por esta razón, el reconocimiento de este principio tiene importancia jurídica en esta disciplina, así cuando se evidencian tratos diferenciadores de trato en casos iguales o semejantes, o cuando tratándose de casos diferentes se prescriben condiciones desproporcionadas.

Se trasgredirá el principio de igualdad en los casos donde no se evidencian razones justificadas para tratos diferenciadores. El trato excepcional se justificará y no violará tal principio si se otorga de acuerdo con las características particulares y propias del trabajador, tal como puede ser su capacidad, especialidad, esfuerzo, dedicación u otros aspectos. Se suele afirmar en la doctrina que no existe mayor desigualdad que la de igual trato a desiguales. Es por ello que en la relación laboral existe una especial dificultad: la justa igualdad de los iguales y la justa diferenciación de los desiguales (Marcenaro, 2009, p. 43).

En esa línea de ideas es importante afirmar que el principio de igualdad no prohíbe un trato diferenciado, lo que prohíbe, a todas luces, es un trato discriminatorio basado en motivos arbitrarios o subjetivos. En consecuencia, si en determinado caso, dos o más trabajadores se exponen a situaciones que de forma objetiva son disímiles, no estaría prohibido un trato desigual entre ellos, toda vez que en tal caso se quiebra la paridad que sirve de sustento para la aplicación del principio de igualdad (Boza, 1994, p. 36).

5. SUPUESTOS DE DESPIDO NULO

a) Discriminación

El artículo 29 de la LPCL, en su inciso d) establece que cuando la razón del despido corresponda a un acto de discriminación, sin importar de qué índole sea esta discriminación, el despido devendrá en nulo; es decir, en este supuesto para declarar la nulidad del despido se toman en cuenta todos los tipos de discriminación mencionados expresamente en el artículo 2 de nuestra Carta Magna (Flores, 2023, p. 95).

En conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia, dentro del periodo de prueba, si bien el empleador posee la facultad discrecional para terminar el contrato unilateralmente, esta facultad no debe ser empleada como instrumento para ejercer la arbitrariedad, sino más bien debe fundarse tal como lo establece la normativa respectiva, en la insuficiencia de las capacidades que se requieren del trabajador para desempeñarse en la actividad encargada (Sentencia T-978/04).

A su vez, el Poder Judicial de Argentina señala que si bien el ordenamiento jurídico regula el periodo de prueba como la capacidad que poseen los empleadores para romper el vínculo con el trabajador, en virtud de que la contratación definitiva de este no sería conveniente para la empresa por no reunir las capacidades necesarias para el puesto, es necesario precisar que no se puede utilizar esta atribución de manera arbitraria. No está permitido por la norma y, en todo caso, las atribuciones concedidas al empleador se encuentran limitadas por normativas constitucionales, supraleales y tratados internacionales que tutelan los derechos de los trabajadores y, a su vez, prohíben la discriminación hacia ellos. En ese sentido, las facultades y atribuciones que posee el empleador se verán limitadas por el principio de no discriminación, constituyéndose en un muro inquebrantable para los poderes que le fueron concedidos y, tal como indica el Tribunal más

alto, cuando los derechos económicos —como la estructuración de una compañía— se confronten con derechos de contenido social —como el derecho al trabajo y todas sus formas de protección— el conflicto debe solucionarse brindándole preferencia a los derechos de índole social, ya que así lo exigen los principios que establecen una sociedad justa (Expediente n.º CNT 46928/2012/CA1).

Mediante la Sentencia del Tribunal Supremo de España se señala que mientras el periodo se encuentre vigente, el empleador puede terminar con el vínculo laboral sin la necesidad de expresar la causa que lo ha llevado a esa decisión; esto en virtud de que toda motivación es puramente subjetiva de la persona que la toma «excepto si tal decisión está fundada en un acto de discriminación, o va en contra de algún otro derecho fundamental» y, del mismo modo, la sentencia menciona que si durante el periodo de prueba se decide terminar con la relación laboral, esto no equivale a un despido el cual deba motivarse, puesto que en dicho periodo cualquiera de las partes se encuentran atribuidas para terminar la relación laboral (Recurso de Casación n.º 2584/2007).

Realizando un análisis sobre el despido a causa del descanso médico, aquello divide a las instancias internacionales. Por un lado, están aquellos que sostienen que el despido que se da mientras el trabajador está en descanso médico será legal, siempre y cuando el trabajador no logre acreditar la vulneración de sus derechos fundamentales. Por otra parte, están aquellos que sostienen que el despido será inconstitucional, siempre y cuando el accidente se haya producido en horas de trabajo.

b) El embarazo como forma de discriminación

Conforme al contenido del inciso e) del artículo 29 de la LPCL, el despido es nulo cuando este se da por razón del embarazo, el parto y sus efectos, comprendiendo todos los meses que la mujer se encuentre gestando y hasta 90 días después del parto. Si el empleador no precisa

una causa justa para el despido, se entenderá que este se dio por motivo del embarazo, nacimiento o sus efectos.

En ese sentido, el artículo mencionado establece que es aplicable el inciso siempre y cuando la trabajadora haya notificado sobre su embarazo al empleador con anterioridad al despido, sin perjuicio de debilitar la atribución que tiene el empleador de terminar el vínculo por causa justa. El despido es nulo en el único supuesto de que se aplique la llamada inversión de la carga de la prueba, correspondiendo al empleador demostrar que el cese laboral no estuvo motivado por la gestación, el nacimiento o sus efectos. De esta manera, el artículo 23 de nuestra Carta Magna queda concretado, pues dicho precepto establece la protección especial a la madre que trabaja.

Queremos hacer énfasis respecto del requisito de la comunicación previa al empleador sobre la condición de embarazo de la trabajadora; cabe decir, en principio, que la doctrina no es pacífica. Una parte de la doctrina afirma que la comunicación documental al empleador sobre el estado de embarazo, de forma excepcional, no será necesaria cuando la gestación sea evidente, es decir, la notificación de gestación se dará únicamente cuando el estado de embarazo no sea evidente; en consecuencia, el despido de la trabajadora gestante será nulo si de la sola percepción se puede inferir su condición actual. En cambio, otro sector sostiene que es de suma importancia y necesidad la comunicación al empleador sobre el estado actual de la trabajadora, ya sea por cualquier medio válido (Casación laboral n.º 30535-2019/Lima).

El Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, decretó: «En lo referente a la necesidad de comunicar al empleador el embarazo para que opere la protección reforzada que otorga la Constitución, esta ya no es exigible, desde que el Perú ratificó el Convenio 183 de la OIT, sobre protección de la maternidad, el cual es aplicable al derecho nacional» (Expediente n.º 2748-2021-PA/TC).

El artículo octavo del referido convenio refiere: «se prohíbe al empleador que despidiera a una mujer que esté embarazada»; en otras palabras, dicha prohibición no está supeditada a comunicación previa, basta que la trabajadora gestante corrobore que se encuentra en dicho estado para que prime una suerte de fuero maternal, que prohíbe al empleador dar término del contrato de trabajo unilateralmente, ya sea por motivos de despido o por la no renovación del contrato temporal.

En esa línea de ideas, según el Tribunal Constitucional, sobre la base del artículo 23 de la Carta Magna, con el objetivo de brindar especial tutela a la trabajadora gestante, concluye que: «el despido sufrido por la demandante fue un despido nulo, encubierto de un contrato civil pactado en fraude de ley, que tuvo como causa su estado de embarazo, ya que el empleador no ha demostrado la existencia de una causa distinta para poner fin a la relación laboral».

La Corte Suprema a fin de evitar irregularidades en perjuicio de una trabajadora en estado de gestación establece como doctrina jurisprudencial respecto de la figura del periodo de prueba en los supuestos de nulidad del despido por maternidad las siguientes reglas:

1. Se presume que el despido ha tenido como móvil el embarazo cuando se produce durante el periodo de gestación o dentro de los noventa (90) días posteriores al parto.
2. No resulta necesario que la trabajadora comunique al empleador por escrito su condición de gestante.
3. El empleador tiene la carga de la prueba de la causa justa de despido cuando este se produzca durante el periodo de gestación o dentro de los noventa (90) días posteriores al parto.
4. En el caso de trabajadoras gestantes despedidas durante el periodo de prueba, sin que exista una causa justa, se presume que el móvil del despido ha sido el embarazo. (Casación laboral n.º 30535-2019/Lima)

Entonces, se puede evidenciar que nuestras máximas autoridades del ordenamiento jurídico brindan una especial protección a las trabajadoras en estado de gestación a fin de no vulnerar los derechos fundamentales que les confiere la Constitución, revalidando así las garantías y los derechos que tutela un Estado respetuoso de los derechos fundamentales de las personas.

c) Libertad sindical

Conforme con lo expresado en los incisos a) y b) del artículo 29 de la LPCL, devendrá en nulo el despido cuando la razón se deba a cualquier forma de participación de un trabajador en un sindicato.

Esta causal podría aplicarse durante el periodo de prueba cuando se ha contratado al trabajador de manera reciente y este se haya afiliado a un sindicato establecido en su centro de labores o que si durante la vigencia de dicho periodo sea partícipe de las actividades del grupo al cual se afilió. Otro supuesto es si dentro de la vigencia de este periodo se rompe el vínculo laboral con el trabajador que recientemente ha sido contratado por haber sido elegido para ocupar una dirigencia dentro de la organización sindical.

Tal como sucede en el supuesto de despido por discriminación, es el trabajador el encargado de probar que su cese se debió a la afiliación, su designación como dirigente o su participación en actividades de tipo sindical.

Ejemplifiquemos este supuesto: el Tribunal Constitucional indica que el despido del demandante (quien ocupaba el puesto de Supervisor de Planeamiento y Almacén) se realizó con el argumento de que era un empleado de confianza, despido que se realizó pocos días después de haber conformado un sindicato. El máximo intérprete de nuestra Carta Magna indica que, de acuerdo con la revisión de los hechos en cuestión, la conformación de dicha organización es con anterioridad al despido; además de que se despidió a otros trabajadores pertenecientes a la misma organización (Expediente n.º 00221-2015-PA/TC).

d) Tutela judicial efectiva

Por último, conforme con lo estipulado por el inciso c) del artículo 29 de la LPCL, los despidos serán nulos cuando el motivo sea por quejar o ser participe en un proceso seguido contra el empleador ante la autoridad competente, excepto si se trata de una falta grave establecida en el inciso f) del artículo 25.

Tal como sucede en los supuestos de despido por discriminación y despido por inobservancia de la libertad sindical, corresponde al trabajador probar que se extinguió la relación laboral por haber quejado al empleador ante la autoridad correspondiente.

Las demandas de esta índole suelen ser rechazadas por el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional por el simple hecho de que se dio fin al vínculo laboral al inicio de la relación (periodo de prueba) (Flores, 2023, p. 104).

Así también, se debe considerar que no es muy frecuente esta causal, ya que durante el periodo de prueba no será usual que el trabajador se queje de su propio empleador sabiendo que este puede finalizar la relación laboral en cualquier instante. Podrían ser una excepción los puestos que existen en las entidades públicas, donde se accede por medio de un concurso público, siendo que la permanencia dentro de su puesto sí estaría protegida, ya que usualmente estos puestos son, desde el inicio, un contrato a plazo indefinido, salvo en el sector privado.

6. SUPUESTOS DE FRAUDE DE LEY Y ABUSO DE DERECHO

Dejando de lado la nulidad en la que recaen los despidos que se realizan durante el periodo de prueba, hay otros casos en los cuales queda prohibido el empleo del periodo de prueba con el fin de cometer actos arbitrarios, apoyándose de los beneficios que posee el

empleador en la fase inicial de cualquier vínculo laboral (Flores, 2023, p. 107). Estamos hablando del fraude a la ley y el abuso de derecho, los cuales pueden darse aprovechándose de la figura del periodo de prueba.

En referencia al fraude de la norma, Treviño (2020) menciona que para la existencia de fraude se debe utilizar una norma específica con la finalidad de evitar otra norma del mismo orden jurídico; en la esencia y la naturaleza propia del fraude de la ley se encuentra la creación de una aparente realidad que lleva por objetivo conseguir propósitos que no se permitirían en la realidad legítima. En otras palabras, se trata de un acto doloso que emplea indebidamente una norma del ordenamiento jurídico para obtener un resultado contrario a la ley, no debiéndose confundir con una simple infracción o incumplimiento de una norma (p. 152).

Poniendo en práctica lo comentado dentro del periodo de prueba, suelen presentarse situaciones en que, por ejemplo, se realice un tiempo de prueba dentro de actividades que no fueron escogidas por el trabajador y que, justamente, ello sirva como fundamento para cesarlo; o cuando empleando la figura del periodo de prueba, se extingue el vínculo laboral de un trabajador que ha sido reincorporado a una plaza igual u homogénea a la que ya había ocupado con anterioridad (por haber renunciado, haber sido despedido, entre otros). Revisemos cada una de estas situaciones:

a) Fraude a la ley basándose en la calificación de confianza o de dirección con el fin de ampliar el tiempo de prueba

Una de las formas de defraudar la ley es usando el periodo de prueba. Se origina al calificar indebidamente a un trabajador «de confianza» cuando en realidad este ejerce labores de carácter ordinario para extinguir el vínculo antes de que termine el plazo. Por ejemplo, si un trabajador es contratado para desempeñarse en la plaza de auxiliar de almacén (puesto donde el tiempo de prueba no excede los 3 meses), y lo

denominan como «trabajador de confianza», estableciendo el tiempo de 6 meses como periodo de prueba, y lo cesan al pasar más de 3 meses, pero sin cumplir los 6, refiriendo que la prueba no fue superada por el trabajador (Flores, 2023, p. 109).

El Tribunal Constitucional resolvió un caso similar; el recurrente demandó a la SUNAT a través de un proceso de amparo, debido a que la Entidad lo cesó por no haber superado los 4 meses de prueba. Sin embargo, aquello carecía de sustento, deviniendo la causal en fraudulenta e injustificada, puesto que en el presente caso el actor sí logró superar el periodo de prueba; por tanto, aquel, al momento del cese, se encontraba tutelado contra el despido arbitrario (Expediente n.º 00231-2012-PA/TC).

Un criterio parecido se puede observar en el pronunciamiento de la Corte Suprema; se ordenó que se reponga al recurrente al que despidieron antes de cumplir un año de labor, refiriendo que se le contrató para un cargo de dirección (jefe del OCI), cuando en realidad su puesto fue el de auditor (el tiempo de prueba no debía exceder los 6 meses). En esa línea de ideas, se señaló que no es conforme con la ley que la Contraloría General de la República trate de justificar el rompimiento de la relación laboral alegando que el demandante no pasó la evaluación dentro del periodo sometido a prueba, puesto que, como auditor, el demandante sí superó la prueba y sobrepasó el tiempo establecido para dicho puesto, laborando por el tiempo de 11 meses y 12 días (Casación laboral n.º 5252-2014-Lima).

b) Fraude a la ley por disponer el periodo de prueba al trabajador reincorporado

Esta situación se puede dar en casos en los que el empleador extingue la relación laboral con el trabajador alegando que este no superó el periodo de prueba, cuando en realidad dicho tiempo de prueba ya fue superado de manera precedente en una anterior relación de trabajo

o antes de la culminación de la relación laboral invalidada por la autoridad judicial (Flores, 2023, p. 110).

Tal supuesto se origina, por ejemplo, cuando se recontrata al trabajador para un puesto igual o similar al que habría ejercido antes de la extinción de la primera relación de trabajo (con la condición de que no haya superado tres años desde el cese) o cuando se reincorpora al trabajador a su puesto de labores después de una decisión judicial o mandato legal que señala su reposición.

Existe un caso resuelto por el Tribunal Constitucional que ejemplifica la primera situación, siendo el amparo presentado por la recurrente en contra de la Municipalidad Distrital de Miraflores, el cual fue rechazado por el máximo intérprete de la Constitución, fundándose en que las labores que ejercía la recurrente a partir de su reingreso eran distintas de las realizadas en la anterior relación laboral (conforme a lo establecido en el artículo 16 del RLFE). De esta manera, el Tribunal Constitucional declaró improcedente pese a que la recurrente refiere que el periodo de prueba ya fue superado, debido a que se encontraba laborando desde el año 2007; sin embargo, cabe precisar dos aspectos muy importantes: en primer lugar, lo alegado por la recurrente no fue probado y, en segundo lugar, que ella misma reconoció que, antes del mes de octubre del año 2010, sus labores consistían solamente en vigilar el área de vestimentas de la piscina municipal, labor diferente de cajera del mismo centro de labores, función que desempeñó pasando el mes de octubre del año 2010. Por ende, se precisa la aplicación del artículo 16 del Decreto Supremo n.º 001-96-TR, que estipula que en los casos de una suspensión del contrato laboral o el reingreso del trabajador no se tomará en cuenta el tiempo laborado anteriormente, siempre y cuando se trató de un puesto notoriamente distinto del actual (Expediente n.º 01615-2012-PA/TC).

En cuanto al segundo supuesto, el Tribunal Constitucional consideró que la figura del periodo de prueba no es susceptible para

aqueños trabajadores que son repuestos por mandato legal (Ley n.º 27803), toda vez que el periodo de prueba significa la existencia de un contrato laboral; sin embargo, en el caso citado, el vínculo de trabajo se originó por un mandato legal, donde el acceso a un puesto laboral no es por las aptitudes personales, sino por el simple cumplimiento de requisitos legales preestablecidos, siendo ellos: la disponibilidad de plazas y la inscripción al Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente; por tanto, tal reincorporación no está supeditada a algún resultado de calificación de un examen o curso. En el caso materia de análisis, la calificación de reincorporación del trabajador se ha ventilado con anterioridad a la reinstauración del vínculo de trabajo (Expediente n.º 00891-2007-PA/TC).

Sin embargo, se tiene que señalar que el fraude a la ley está incluido en los casos de protección, pero no por ser considerados como despidos realizados durante el periodo de prueba, sino porque se utiliza tal periodo de prueba para dar por finalizada la relación laboral que se entiende que es permanente o que debería estar vigente hasta la finalización del contrato.

En consecuencia, cuando se declara la validez de la norma no considerada en perjuicio de la defraudada, no estamos ante un caso de despido en periodo de prueba (a diferencia de los casos de despido nulo), sino que estamos ante despidos incausados (toda vez que se habría dado fuera del lapso de vigencia del periodo de prueba), a través del cual se lesiona el derecho al trabajo (en su etapa de conservación). Por tanto, de corroborarse que se hayan dado despidos que configuren dentro de los casos de fraude a la ley, se optará por la tutela restitutoria exigida por el juez (Flores, 2023, p. 113).

7. CONCLUSIONES

La figura del periodo de prueba viene a constituirse como un mecanismo de eminente importancia, toda vez que guarda relación directa con el éxito de la relación laboral entre el empleador y trabajador.

El mecanismo en estudio nace con fines estrictamente evaluativos a iniciativa del empleador, lo que motiva su exigencia en la posibilidad de evaluar previamente al trabajador antes de su contratación, situación en la que podrá evaluar si las capacidades y aptitudes que mostró el trabajador en la evaluación para su contratación guardan relación con el momento en que es puesto a trabajar. Sin embargo, el periodo de prueba no es simplemente favorable para el empleador, sino, además, para el propio trabajador, toda vez que podrá evaluar si verdaderamente le conviene el trabajo al que está postulando, porque tiene la posibilidad de evaluar diversos aspectos: el ambiente laboral, la carga laboral, el trato del empleador con sus trabajadores, entre otros aspectos.

Ahora bien, los despidos que se pueden dar durante el periodo de prueba deben ser estrictamente causalizados, es decir, casos en los que el trabajador no superó la evaluación objetiva del empleador. Frente a este despido —facultad del empleador en la posibilidad de extinguir la relación laboral con el trabajador—, indudablemente, debe estar regido por determinados límites a fin de evitar aquellos despidos por causas injustificadas.

El empleador podrá extinguir el vínculo laboral en el periodo de prueba solamente cuando exista un resultado negativo sobre la evaluación objetiva del trabajador, es decir, por la carencia de habilidades y aptitudes requeridas para el puesto de trabajo, constituyéndose esto como límite a la facultad extensiva que tiene el empleador al momento de dar por finalizado el vínculo laboral, lo que permitirá aminorar los despidos incausados, los fraudes a la ley y el abuso de derecho.

En consecuencia, para un adecuado despido acorde con la ley, el empleador al momento de evaluar al trabajador durante el periodo de prueba debe considerar los siguientes aspectos: habilidad, adaptación al ambiente laboral y virtudes. En el supuesto de que el empleador no haya considerado estos criterios, o demás que considere necesarios, el despido devendrá en injustificado. Tales criterios se constituyen

importantes al momento en que se analice y valore el despido en contra del trabajador, además que servirá a la autoridad administrativa en su labor de fiscalizador en el caso de que se demuestre que el despido durante el periodo de trabajo se realizó por los respectivos actos resarcitorios y restitutorios.

REFERENCIAS

- Aparicio, R. (2013). El periodo de prueba, la carga de la prueba y la tutela jurídica de los trabajadores. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (175), 29-33.
- Asquerino, M. J. (2015). *El periodo de prueba en los contratos de trabajo*. [Tesis doctoral, Universidad de Sevilla]. <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/34788/El%20per%EDodo%20de%20prueba.pdf?sequence=1>
- Bances, G. C. (2022). *Uso inadecuado del periodo de prueba en la actividad privada frente a los derechos del trabajador en ciudad de Chiclayo* [Tesis de licenciatura, Universidad Señor de Sipán]. <https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/10266/Grecia%20Carolina%20Felicianana%20Bances%20Chero.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Boza, G. (1994). *Los Principios del Derecho del Trabajo en la Nueva Constitución*. Asesoría Laboral.
- Cabanellas, G. (1968). *Compendio de Derecho Laboral*. Libro de Edición Argentina.
- Carro, A. J. (1985). *Curso de Derecho del Trabajo*. BOSCH Casa Editorial S. A.
- Casación laboral n.º 2584/2007 (2008). Tribunal Supremo español (03 de octubre de 2004). https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1035160

- Casación laboral n.º 5252-2014/Lima (2016). Corte Suprema de Justicia de la República (19 de mayo de 2016). https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/09/Cas.Lab_.-5252-2014-Lima-periodo-prueba-desnaturalizacion-LP.pdf
- Casación laboral n.º 30535-2019/Lima (2022). Corte Suprema de Justicia de la República (06 de setiembre de 2022). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/09/Casacion-Laboral-30535-2019-Lima-LPDerecho.pdf>
- Convenio OIT 183 sobre la protección de la maternidad 2000 (30 de mayo de 2000). <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/eac20e804875a428ae91ae50d8336ffa/Convenio+183+OIT.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=eac20e804875a428ae91ae50d8336ffa>
- De la Cueva, M. (2013). *Derecho Mexicano del Trabajo*. Editorial Porrúa S. A.
- Expediente n.º 0891-2007-PA/TC (2007). Tribunal Constitucional (07 de noviembre de 2007). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00891-2007-AA.pdf>
- Expediente n.º 01615-2012-PA/TC (2012). Tribunal Constitucional (17 de septiembre de 2012).
- Expediente n.º 00231-2012-PA/TC (2013). Tribunal Constitucional (04 de marzo de 2013). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00231-2012-AA.pdf>
- Expediente n.º CNT 46928/2012/CA1 (2015). Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (16 de julio de 2015).
- Expediente n.º 0221-2015-PA/TC (2018). Tribunal Constitucional (09 de enero de 2018). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00221-2015-AA.pdf>

- Expediente n.º 02748-2021-PA/TC (2022). Tribunal Constitucional (22 de julio de 2022). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/02748-2021-AA.pdf>
- Flores, J. C. (2023). *La afectación de los derechos fundamentales del trabajador durante el periodo de prueba* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/24590/FLORES_ENRIQUEZ_JUAN_CARLOS%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- García, J. y Pedrosa, S. (2014). Extinción en el periodo de prueba. En Triguero, L. A. y Gonzales, R. M. (Coord.). *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico* (pp. 371- 384). Comares, S.L.
- Marcenaro, R. A. (2009). *Los derechos laborales de rango constitucional* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36875.pdf>
- Martín Valverde, A. (1976). *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*. Montecorvo.
- Mas, E. G. (2018). *El periodo de prueba en el derecho laboral peruano: alcances, límites y consecuencias de su aplicación irregular* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/14257/MAS_LOZADA_ALEXANDER.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Pérez, E. (1960). *Curso de Derecho del Trabajo*. Editorial TECNOS S. A.
- Sentencia T-978/04 (2004). Corte Constitucional Colombiana (08 de octubre de 2004). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-978-04.htm>

Treviño, M. (2020). *Conflicto y contrato de trabajo simulación, fraude de la ley y abuso de derecho en la contratación laboral*. Universidad de Zaragoza DIGICOPY. <https://zaguan.unizar.es/record/94460/files/BOOK-2020-125.pdf>

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de interés

El autor declara no tener conflicto de interés.

Contribución de autoría

La contribución del autor se basó en el análisis e interpretación de datos para el trabajo; en la redacción del trabajo y su revisión crítica; y en la aprobación final de la versión que se publicará.

Biografía del autor

Jaime Gerónimo De la Cruz es abogado, graduado y titulado en la Universidad Nacional Hermilio Valdizán; magíster en Derecho Civil y Comercial, con grado de doctor en Derecho en la misma universidad. En el 2023, publicó el artículo «El compliance penal: un mecanismo que ayuda a la prevención de la corrupción en las contrataciones del Estado». Es autor de artículos en materias de derecho penal y procesal penal, y colaborador en diferentes revistas jurídicas de prestigio, entre las cuales se encuentran la *Revista Oficial del Poder Judicial* y *Ius Vocatio*.

Correspondencia

jgeronimo@pj.gob.pe