



El periodo de prueba laboral en el Perú y la adecuada protección de derechos constitucionales

The labor trial period in Peru and the adequate protection of constitutional rights

O período de julgamento trabalhista no Peru e a proteção adequada dos direitos constitucionais

ARTÍCULO GENERAL

José Luis Jara Bautista
josejarabautista@gmail.com

Recibido 01 de Mayo 2022 | Arbitrado y aceptado 07 de Mayo 2022 | Publicado el 03 de Junio 2022

RESUMEN

En propósito de la presente investigación se concentra en el estudio del uso indebido del período de prueba en el Perú y su impacto en la desprotección de los derechos constitucionales del trabajador a partir del análisis de la legislación vigente. La trascendencia de este periodo es que determinará la continuación de la relación laboral y con ello la obtención de estabilidad laboral, con la respectiva protección contra el despido arbitrario, en su defecto el término de la misma por no haber superado la prueba. Para el desarrollo de la presente investigación hemos empleado encuestas aplicadas a los servidores de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). Como resultado de la investigación realizada se ha demostrado que existe una relación significativa entre el periodo de prueba laboral y la protección adecuada de los derechos constitucionales del trabajador en el régimen privado; siendo necesario establecer ciertos límites al despido arbitrario durante el periodo de prueba, modificando el marco legal.

Palabras Clave: Periodo de prueba; relación laboral; derechos fundamentales; estabilidad laboral; despido arbitrario.

ABSTRACT

The purpose of this research is to focus on the study of the improper use of the trial period in Peru and its impact on the lack of protection of the constitutional rights of the worker based on the analysis of current legislation. The significance of this period is that it will determine the continuation of the employment relationship and thus obtaining job stability, with the respective protection against arbitrary dismissal, failing that, the termination of the same for not having passed the test. For the development of this research we have used surveys applied to the servers of the National Superintendence of Labor Inspection (SUNAFIL). As a result of the research carried out, it has been shown that there is a significant relationship between the work trial period and the adequate protection of the constitutional rights of the worker in the private regime; being necessary to establish certain limits to arbitrary dismissal during the trial period, modifying the legal framework.

Keywords: Trial period; employment relationship; Fundamental rights; employment stability; arbitrary dismissal.

RESUMO

O objetivo desta pesquisa é focar no estudo do uso indevido do período experimental no Peru e seu impacto na falta de proteção dos direitos constitucionais do trabalhador com base na análise da legislação vigente. A importância deste período é que determinará a manutenção da relação de trabalho e com ela a obtenção da estabilidade no emprego, com a respectiva proteção contra o despedimento arbitrário, sob pena de cessação do mesmo por não ter passado na prova. Para o desenvolvimento desta pesquisa utilizamos pesquisas aplicadas aos servidores da Superintendência Nacional de Inspeção do Trabalho (SUNAFIL). Como resultado da pesquisa realizada, evidenciou-se que existe uma relação significativa entre o período de experiência do trabalho e a adequada proteção dos direitos constitucionais do trabalhador no regime privado; sendo necessário estabelecer certos limites à demissão arbitrária durante o período de julgamento, modificando o quadro legal.

Palavras-chave: Período experimental; Relação laboral; Direitos fundamentais; estabilidade laboral; demissão arbitrária.

1. INTRODUCCIÓN

El comienzo de las relaciones laborales es quizás la etapa de mayor trascendencia de todo su desarrollo. Esto se debe a que, en esta etapa, los participantes en la relación laboral demostrarán aptitud para el trabajo, y permitirán evaluar el entorno laboral. Sin embargo, en la legislación de Perú, el “Decreto Supremo N° 003-97-TR”, que aprobó el “Texto Único Ordenado del D.Leg. No. 728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral”, marco legal que regula las relaciones laborales del régimen laboral de la actividad privada –cuya aplicación se da incluso en varias entidades públicas– consideramos la importancia de esta primera etapa de la relación de trabajo, en virtud a que sólo se evidencia un artículo sobre su desarrollo:

Artículo 10.- “El periodo 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 periodo de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el periodo inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección”

De la revisión del marco legal advertimos que, a diferencia de la legislación de otros países, en el Perú no se han desarrollado los aspectos esenciales del periodo de prueba para que se aplique correctamente, existiendo vacíos que desvirtúan su naturaleza. Ello genera que los empleadores que buscan reducir costos laborales, actúen revestidos de una aparente legalidad.

El “Decreto Supremo N° 003-97-TR”, no define al periodo de prueba laboral, su naturaleza, ni su finalidad, estableciendo únicamente que por regla general su duración de tres meses y que superado este los trabajadores obtendrán protección contra el despido arbitrario.

El período de prueba se refiere a la etapa inicial de la relación laboral, durante este periodo tanto el empleador como el trabajador pueden rescindir la relación laboral en cualquier momento sin asumir responsabilidad alguna, lo que nos permite determinar los aspectos positivos y negativos.

Como señala Guerrero (2012) “En efecto, por un lado, el periodo de prueba permitirá al empleador tener la certeza de que el trabajador que contrate resultará apto para el servicio por el cual está siendo contratado. Por otro lado, el periodo de prueba permitirá al trabajador conocer las tareas que deberá desempeñar, de manera que podrá advertir si se siente capaz de efectuarlas y, si por el trabajo realizado le conviene la remuneración acordadas” (p. 4).

No obstante, frecuentemente el empleador en nuestro país – público y privado- que mantienen trabajadores sujetos al régimen laboral privado, normado por el D.Leg. N° 728, amparándose en esta regulación, vienen afectando derechos constitucionales en estos primeros meses de la relación laboral.

Consideramos que desde iniciada la relación de trabajo los empleadores en nuestro país a menudo tienden a reducir los costos laborales, y los trabajadores a pretender lograr la estabilidad laboral tan esperada, que es el caso en la primera etapa del empleo. En la relación laboral, el trabajador ocupa una situación laboral caracterizada por la fragilidad, lo que agrava aún más su condición en esta etapa de la relación de trabajo.

En este contexto se percibe que los empleadores que mantienen trabajadores sujetos al régimen laboral privado, al amparo del D.Leg. N° 728, aplican el “periodo de prueba” en forma indebida, desnaturalizando su finalidad, afectando incluso derechos constitucionales del trabajador, situación que no ha sido prevista por nuestro ordenamiento jurídico, impidiendo de este modo una adecuada tutela de los mismos.

Cabe señalar que la presente investigación está orientada al estudio de la posible lesión de los “derechos constitucionales del trabajador” durante la etapa inicial del vínculo laboral denominada “periodo de prueba”, ello bajo la premisa de que la celebración de ningún contrato laboral podría implicar la renuncia a los referidos “derechos constitucionales del trabajador”.

La presente investigación se justifica, porque existen claras evidencias de vulneración de derechos fundamentales laborales por parte del empleador en agravio de cierto sector de trabajadores, específicamente al iniciar la relación laboral en el ámbito privado.

La importancia de la presente investigación radica en que se pretende construir un estudio teórico-práctico respecto a la utilización incorrecta del periodo de prueba laboral en el Perú, a partir de analizar nuestra legislación actual, y la jurisprudencia formulada por nuestro Tribunal Constitucional (TC), y replanteando la misma a partir de la legislación comparada, sobre todo estudios doctrinarios sobre la referida institución, con el objetivo de realizar una propuesta legislativa para una adecuada regulación del periodo de prueba laboral.

De este modo con la propuesta legislativa se busca contribuir a mejorar la regulación en el Perú sobre el “periodo de prueba laboral” en beneficio de miles de trabajadores y trabajadoras que ven afectados sus derechos constitucionales en esta etapa inicial bajo el argumento de no contar con protección contra el despido arbitrario.

2. EL PERIODO DE PRUEBA: DEFINICIÓN Y NATURALEZA

2.1 Definición del periodo de prueba

La doctrina plantea diversas definiciones sobre el período de prueba, Litterio (2000), refiere que puede ser entendido como un test de utilidad al empleador y trabajador, señalando “Se trata del lapso durante el cual el empleador puede constatar la habilidad, destreza y otras cualidades del trabajador y éste, a su vez, puede experimentar las ventajas e inconvenientes del puesto” (p, 184).

Según Montoya (2005) “el contrato de trabajo a prueba es un negocio jurídico bilateral mediante el cual el empresario y el trabajador pretenden el conocimiento empírico de las condiciones contractuales que habrán de regir en el futuro, y buscar la experimentación sobre el terreno de la relación de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes”. (p, 23).

Por su parte Plá citado por Montoya (2005) lo define “como el espacio de tiempo en el cual el trabajador demuestra su aptitud profesional, así como su adaptación a la tarea encomendada, y durante el cual cualquiera de las partes puede hacer cesar la relación que las vincula” (p,23).

Blancas (2006), plantea que el periodo como definición del periodo de prueba es “una institución que hace posible que ambas partes de la relación laboral –empleador y trabajador– se conozcan mutuamente y, sobre todo, valoren las condiciones generales – personales, profesionales y las propias del medio en que debe realizar el servicio– antes de otorgar a dicha relación un grado mayor de permanencia y seguridad” (p.126).

Los laboristas peruanos, como Pacheco (2008) considera que el periodo de prueba “consiste en el otorgamiento de un tiempo determinado para que el empresario pueda comprobar la idoneidad del trabajador, y para que a su vez el trabajador evalúe si el trabajo satisface sus aspiraciones personales” (p, 352).

Alonso García citado por Guerrero (2012) prefiere emplear el término contrato de prueba, definiéndolo como el "acuerdo de voluntades de trabajador y empresario en virtud del cual aquél y éste convienen durante un cierto período de tiempo, legal o voluntariamente fijado, la prestación de servicios del segundo por cuenta del primero a cambio de una remuneración”. No obstante, el referido autor “duda así mismo de su aceptación para aquellos casos en los cuales el Período de Prueba se impone a las partes de un posible contrato de trabajo, conceptuándose la prestación de servicios como hecha con significación provisional en tanto dura el período en cuestión” (p.1).

Asimismo, Ferrari citado por Avalos (2010) nos dice que “El cumplimiento del trabajo exige que quien ofrece sus servicios sea capaz de prestarlos con eficiencia, lealtad y honestidad. Por esta razón siempre se ha considerado que el empleador tenía

derecho a elegir sus trabajadores. Sin embargo, la reglamentación moderna del trabajo...ha limitado...este derecho...”

Finalmente, Asquerino (2015) señala que el destaca tres significados en torno al periodo de prueba: “a) Ensayo o experimento que se hace de algo, para saber cómo resultará en su forma definitiva, b) Examen que se hace para demostrar o comprobar los conocimientos o aptitudes de alguien, c) Operación que se ejecuta para comprobar que otra ya hecha es correcta” (p, 11).

El periodo de prueba puede ser entendido como la primera etapa de la relación laboral, caracterizada por la inexistencia de estabilidad laboral, en la que tanto el empleador como el trabajador se someterán a una evaluación recíproca, evaluando capacidad, condiciones laborales y satisfacción en el ambiente laboral, esto con el ánimo de optar por la extinción o continuidad de la relación laboral.

2.2 Naturaleza del periodo de prueba

Muchas posiciones han intentado explicar esta institución del Derecho Laboral. Algunas de estas teorías tratan el período de prueba como un contrato preliminar, un contrato de trabajo condicional, una relación autónoma, un contrato de trabajo con un implícito acuerdo resolutorio y un contrato de trabajo especial.

Desde nuestra óptica acertadamente el laboralista español Alonso citado por Avalos señala “A nuestro juicio, en las teorías enunciadas existe (si acaso con la excepción de la del contrato preliminar) una estimación cierta -pero parcial- de lo que es contrato de prueba. El error nos parece estriba en querer resolver el problema con criterio unitario, de modo que pueda obtenerse una conclusión singular, y válida como tal para todos los supuestos pensables” (Avalos, 2010, p. 136)

Partiendo de la posibilidad de tomar las mismas medidas sobre números o hipótesis, y tomando medidas reales sobre números o hipótesis que en realidad pueden ser diferentes, la naturaleza jurídica de los acuerdos o contratos de prueba también debe

basarse en cada situación y de acuerdo con el marco legal que se trate. (Avalos, 2010, p. 137)

Sobre el objeto de nuestra investigación, el “periodo de prueba”, el maestro De la Cueva señala (1969) “las legislaciones extranjeras no han puesto especial atención en este problema del período de prueba: El derecho alemán incluyó algunas disposiciones respecto a los aprendices. La ley belga lo reglamentó en el artículo 10 de la Ley de 7 de agosto de 1922 sobre el contrato de los empleados. El derecho de Italia, por el contrario, contiene importantes disposiciones” (p. 764).

Entonces, podemos señalar que, según la definición predefinida, el período de prueba tiene un doble propósito:

1. El empleador que contrata tiene tiempo para evaluar si la elección del trabajador es correcta y apreciar la competitividad y habilidades del trabajador.
2. El trabajador puede comprobar el equilibrio entre el servicio que brinda y la remuneración prevista para poder comprobar si se ajusta a sus deseos personales.

Por tanto, considerando la especial trascendencia del período de prueba otorgado al caso, es necesario distinguir:

- a) Contrato de trabajo sometido a prueba.- Este actúa como una suerte de condición suspensiva, toda vez que del resultado de este dependerá que se celebre el contrato de trabajo, esta condición dependerá de la evaluación del resultado, no de la evaluación del resultado en sí. En este caso, el contrato puede tener revocabilidad.

En cuanto a ello, el silencio del legislador era lógico: se trataba de la conexión entre las personas que podrían convertirse en trabajadores y empleadores, pero no se delineó nada en las manifestaciones específicas de la actividad o en las condiciones en las que

funcionará. “En definitiva, no aparece una voluntad clara y contundente de asumir un compromiso laboral, sino tan solo lo que pueda ser una expectativa.

Más discutible es la falta de tratamiento legal del precontrato de trabajo, entendido este como la promesa de contratar, mediando ya un acuerdo en torno a las circunstancias de desarrollo de la ejecución laboral” (Asquerino, 2015, p. 43).

Consideramos que, conceptualizar el período de prueba como un precontrato laboral ha encontrado dificultades, es decir, es difícil aceptar que el contrato laboral evidenciado no es una relación laboral pura, sino apostar a que en el futuro podría generarse una relación laboral. "No debemos olvidar que durante el período de mediación precontractual no se prestaron servicios, ni salario ni ninguna otra descripción de la relación laboral. En definitiva, “estamos ante contratos incompletos e imperfectos; estas situaciones no concurren en el contrato a prueba, en la que se dan las condiciones ya detalladas. De esta forma al ser distintas las situaciones de un precontrato de trabajo y la que tiene lugar en el periodo de prueba, se descarta absolutamente que podamos calificar a la prueba como una especie de precontrato laboral” (Asquerino, 2015, p. 44).

- b) **Contrato de trabajo con cláusulas especiales de prueba.** - Mediante este la relación laboral estará sujeta a cláusulas eficaces o no, y tengan el resultado que se busca o no.
- c) **Contrato de trabajo definitivo que por imperativo legal se considera, no obstante, como contrato de libre resolución, durante un periodo determinado de tiempo.** - En este contrato no se requiere plazo de preaviso para marcar la diferencia entre esta hipótesis y la hipótesis anterior, pues en este caso, si el contrato no se cancela, se puede consolidar su estabilidad, y se puede considerar el mismo efecto.
- d) **Contrato de prueba autónomo.** - Un contrato con valor propio e independiente, que puede lograr su propósito instrumental y mantener un contacto remoto con el contrato de trabajo que se pueda celebrar en el

futuro, pero el efecto del contrato ha sido evaluado de manera única e individualizada, en definitiva, diferente de la evaluación que se puede realizar sobre el contrato.

De acuerdo a De la Cueva, “La doctrina italiana ha vuelto a discutir con cierta pasión el problema de la naturaleza del período de prueba. El único aspecto sobre el que parece existir uniformidad en la doctrina es el relativo a que el período de prueba no es un contrato preparatorio, porque, dicen Mario Comba y Renato Corrado, es obvio que no se estipula en vista de un contrato definitivo” (Avalos, 2010, p. 141).

Sanseverino desarrolló una síntesis de la evolución legislativa italiana, señalando que “En una primera época, el período de prueba era una estipulación contractual poco frecuente en las relaciones de trabajo. El artículo cuarto de la ley de 13 de noviembre de 1924 lo mencionó como una cláusula contractual, para los empleados particulares. En una segunda época, la declaración XX de la Carta del Lavoro, dictado en el régimen fascista, estableció, para todos los trabajadores, un período de prueba: El trabajador de nueva admisión” (Ferro, 1986, p. 346)

En la doctrina ha tenido poca aceptación, fundamentalmente, porque no explica la naturaleza del período de prueba, o sea, no explica la naturaleza del período de la reserva de aceptar la definitividad de la relación.

- e) ***Contrato sujeto a condición suspensiva.***- Esta postura que fue la más generalizada en una época, cuenta en sus filas a Luisa Riva Sanseverino, a Lodovico Barassi, en sus primeros libros y, con alguna variante, a Francesco Santoro-Passarelli. El período de prueba es una condición suspensiva incluida en la relación de trabajo y consiste en la oportunidad que se proporciona al trabajador para demostrar su competitividad para el trabajo; si la prueba se produce, se tiene por ejecutada la condición y la relación laboral cobra todo su vigor. Es la idea que sostiene Riva Sanseverino, quien utiliza un argumento analógico: “Según el artículo 1521 del Código Civil Italiano la compra-venta a prueba se entiende realizada bajo la condición suspensiva de que la cosa tenga la calidad convenida o sea apta para el fin a

que se destina, Lodovico Barassi sostuvo que “el período de prueba implicaba una valoración subjetiva del patrono, que suspendía la formación definitiva de las dos obligaciones fundamentales, el trabajo y la retribución”; el período laboral sería una relación suspensiva consistente en que el trabajador satisfaga (De la Cueva, 1969, p. 769).

Santoro Passarelli, citado por De la Cueva (1969) aceptó la idea de la condición suspensiva, pero la combinó con el principio del término incierto: “¿Cómo debe configurarse el periodo de prueba? Pensemos que se combinan en este pacto, los dos elementos: La condición y el término. La provisional relación de trabajo a la que se aplica el período de prueba, es una relación con un término final incierto, con una duración máxima y, eventualmente, mínima. La relación definitiva queda subordinada a la condición suspensiva y potestativa de la valoración satisfactoria y de la ausencia de disolución”. (De la Cueva, 1969, p. 769).

Cuando el nacimiento de esta relación depende de la realización efectiva de las condiciones, nos enfrentamos a condiciones de esta naturaleza. Comprende el “período de prueba” como una condición de suspensión significa confirmar que el contrato de trabajo dentro del intervalo de tiempo ha sido suspendido, pero aún no se ha perfeccionado, porque aún se esperan resultados satisfactorios de la condición.

Definitivamente, “El período de prueba se concibe pues, como fase de pendencia del contrato de trabajo, desencadenándose la eficacia de éste a partir de la terminación de la situación de experimento”. El problema con esta postura es sostener que mientras no se complete la prueba, no existe contrato y las partes tienen una sola expectativa de que ocurra. Pero si este es el caso, ¿qué naturaleza tiene este tiempo de prueba?. Debemos tener en cuenta que independientemente de que se haya pactado un período de prueba, el trabajador individual tiene la obligación de brindar su fuerza de trabajo en forma personal sujeta a subordinación. (De Val, 1998, p. 51)

De Val (1998) señala, en definitiva, “no es el período de prueba una fase de pura expectativa de efectos contractuales porque las obligaciones recíprocas de empresario y trabajador surgen desde el comienzo de aquél, y desde ese momento son exigibles, sin esperar al cumplimiento de la condición”. (p. 52)

f) **El precontrato de trabajo.** - Esta es otra opción señalada por Alonso y Casas, según la cual se puede desarrollar la naturaleza del “período de prueba”. “No hemos encontrado explicación doctrinal alguna que nos conduzca a señalar las razones por las

que puede entenderse que el periodo de prueba se engarza directamente en esta figura no regulada, pero ampliamente asentada de precontrato de trabajo o promesa de contrato. Como es sabido los tratos preliminares y el precontrato de trabajo son los grandes olvidados del Derecho Laboral” (Asquerino, 2015, p. 42)

g) **El contrato de ensayo.** - Según esta teoría, el contrato de prueba preparará el contrato que se firmará en el futuro, y aplicará esta teoría a todos los negocios contractuales con características debidas a la terminación del contrato. De esta forma, el segundo contrato de trabajo contendrá “básicamente los mismos puntos que el primer contrato, y la particularidad del contrato de prueba se basa en el sistema específico de rescisión gratuita que impera durante el período de vigencia”.

La “desventaja de aplicar esta teoría en la práctica es que no se puede distinguir entre los dos contratos”. En efecto finalizado el periodo probatorio, no se podría hablar de una segunda relación laboral, en razón a que no se podrán enunciar correctamente dos momentos contractuales distintos y consecutivos. El segundo problema es precisamente la finalidad de la invocación del contrato de prueba, en virtud a que no se puede afirmar meramente que el primer contrato tenga como finalidad preparar la futura relación, es decir servir de promesa de contrato (Valverde, 1976).

h) **El contrato de trabajo especial.** – Esta teoría consideran que los contratos de prueba están en la categoría de contratos híbridos.

De esta forma, el intercambio de salarios por actividades laborales tendrá un valor secundario, el contenido principal de este primer contrato es el desempeño experimental acordado por las partes. Se ha observado cómo dar un valor superior al experimento desde el punto de partida, que se considera como el motivo de la firma del contrato, y

constituye el elemento auxiliar de la obligación de pago y solo proporciona trabajo para ayudar a realizar la prueba. “En la definición del concepto en sí, esta línea de pensamiento encontró su principal debilidad al resistir las críticas de otros estudiosos doctrinales” (Asquerino, 2015, p. 45).

De la naturaleza jurídica del “período de prueba” se desprende que inicialmente se entendió como un precontrato. Pero en lo que respecta al trabajo, es imposible sostener un contrato previo antes del contrato de trabajo principal, porque todo el contenido sustantivo del contrato de trabajo se refleja plenamente desde el inicio de la relación de trabajo, por lo que los trabajadores obtienen protección legal inmediata del contrato de parte del Estado. Otros creen que el “periodo de prueba” es un contrato condicional porque determina bilateralmente las condiciones para el trabajo futuro. La condición principal es la ejecución del contrato definitivo, en otras palabras, cuando se haya obtenido la protección contra el despido arbitrario.

Se señaló que el plazo previo a la existencia de protección contra el despido arbitrario se vincularía a la condición resolutoria, de modo que “si se supera el plazo de prueba, el trabajador obtendrá automáticamente esta protección. Por el contrario, si una de las partes cree que existen elementos suficientes para resolver el contrato, los derechos de protección mencionados solo desaparecerán y por tanto no se realizarán”. Conforme se advierte, el empresario es el máximo juez y el único que decidirá reorientar o rescindir el contrato laboral durante este periodo. En razón a ello la teoría con condición resolutoria para explicar el periodo de prueba no se encuadra en nuestra legislación.

Por su parte Guerrero (2012) señala que “No debemos confundir el Período de Prueba con el Contrato de Aprendizaje. En efecto, este último tiene por objeto que el aprendiz preste sus servicios a una empresa, por tiempo determinado, a cambio de que ésta la proporcione los medios para adquirir formación profesional sistemática e integral de la ocupación para cuyo desempeño ha sido contratado y le abone la asignación mensual.

En tal sentido, Guerrero (2012) refiere que podemos advertir las siguientes diferencias:

- El Período de Prueba forma parte del contrato de trabajo, mientras que el contrato de aprendizaje no constituye un contrato de trabajo;
- El período de prueba tiene un plazo fijo, a cuyo término el trabajador alcanza la protección contra el despido arbitrario, mientras que en el contrato de aprendizaje una vez concluido el aprendizaje no alcanza dicha protección;
- En el período de prueba el trabajador va a demostrar ser apto para el trabajo objeto del contrato de trabajo, mientras que por el contrato de aprendizaje la empresa se compromete a proporcionarle los medios para adquirir su formación sistemática e integral;
- Durante el período de prueba, el trabajador va a percibir su remuneración pactada en el contrato de trabajo más los beneficios sociales que la legislación laboral prescribe, mientras que durante el contrato de aprendizaje el aprendiz percibirá la subvención mensual convenida en el respectivo convenio (p. 1).

Estamos ante un elemento de vital importancia en el contrato de trabajo, pues nos permitirá conocer y comprobar, en un plazo determinado de tiempo, si el trabajador contratado reúne las competencias requeridas y adecuadas para el puesto para el cual fue contratado, vale decir si se ajusta a las necesidades y expectativas del empleador; asimismo, el trabajador podrá evaluar las condiciones en que se desarrolla la relación laboral y si este satisface sus aspiraciones personales, y profesionales” (Guerrero, 2012, p. 4)

El “período de prueba”, entendido como el período durante el cual ambas partes de la relación laboral pueden rescindir la relación laboral en cualquier momento sin asumir ninguna responsabilidad, beneficia a ambas partes. “En efecto, por un lado, el Período de Prueba permitirá al empleador tener la certeza de que el trabajador que contrate resultará apto para el servicio por el cual está siendo contratado. Por otro lado, el Período de Prueba permitirá al trabajador conocer la(s) tarea(s) que deberá desempeñar,

de manera que podrá advertir si se siente capaz de efectuarla y, si por el trabajo realizado le conviene la remuneración acordada” (Guerrero, 2012, p.5).

La garantía de existencia es que ambas partes pueden rescindir libremente la relación en cualquier momento, es decir, sin ningún tipo de penalidad por extinguir el contrato de trabajo.

También hay que agregar que “la trascendencia del período de prueba en las relaciones de trabajo es que antes de la celebración del contrato laboral, ni el trabajador ni el empleador son completamente sinceros, en lo que al trabajador se refiere, siempre intentará dar una buena impresión, serán usuales una buena imagen, acompañada de una intensa preparación, de semanas o incluso días, en conocimientos e inclusive podría afirmar que hasta psicológica, para las eventuales evaluaciones y entrevistas que este tenga que pasar, todo ello con el fin de convencer a su posible empleador de que este resulta la mejor opción. Sucede lo mismo con el empleador, quien tratará de dar una buena imagen institucional, en la cual las condiciones económicas y buen clima laboral resultan infaltables, en muchas ocasiones los actores de la relación laboral podrán comprobar que las condiciones ofertadas por ambas partes no se ajustan a la realidad, es en ese momento en que el periodo de prueba resultará determinante del futuro de la relación laboral (JARA, 2017)”.

2.3 El periodo de prueba en el derecho comparado

En periodo de prueba ha tenido un tratamiento diverso en el "Derecho Comparado" toda vez que en algunos países se ha optado por habilitar la extensión de este periodo dependiendo de si el puesto es más o menos calificado, otros ordenamientos jurídicos han habilitado la ampliación de este plazo incluso para puestos de menor especialización.

Hay que destacar que, en toda legislación, el periodo de prueba es objeto de crítica, sobre todo en la región, obviamente por muchos años en mayor grado ha sido utilizado en uso y conveniencia y más aún abuso del trabajador.

En España, el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 14, prevé que “podrá concertarse por escrito un periodo de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. En defecto de pacto en convenio, la duración del periodo de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el periodo de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados.”

La citada norma refiere que “en el supuesto de los contratos temporales de duración determinada del artículo 15 concertados por tiempo no superior a seis meses, el periodo de prueba no podrá exceder de un mes, salvo que se disponga otra cosa en convenio colectivo. El empleador y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba. De este modo será nulo el pacto que establezca un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación”.

Por disposición expresa en España “la resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurren motivos no relacionados con el embarazo o maternidad”. En resumen, en la legislación española el período de prueba no podría emplearse para el término de la relación laboral que configuren actos de discriminación, por aspectos que no estén ligados a su desempeño, aptitudes y competencia propias al cargo.

Por su parte en México, el artículo 35 de la Ley Federal del Trabajo, -en adelante LFT-, nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1º de abril de 1970 y sus reformas, prevé que un contrato puede contener la precisión de que un trabajador está sujeto a prueba, mas no ha previsto se trate de un contrato a prueba, esto puede corroborarse del numeral 39-A del mismo cuerpo legal, en el que señala que en un contrato por tiempo indeterminado o por tiempo determinado, que exceda de 180 días, podrá acordarse un periodo a prueba. Conviene precisar que en forma concordante con el artículo 39-C, este periodo de prueba debe constar necesariamente por escrito, caso contrario se entenderá que el contrato es por tiempo indeterminado.

Como regla general, ese periodo de prueba es de un máximo de 30 días, y tiene el objeto de verificar que el trabajador contratado reúne los requisitos y conocimientos necesarios para desempeñar el puesto para el cual fue contratado, periodo que no es prorrogable. De otra parte, conforme al artículo 39-A, de la LFT, únicamente se podrá existir un periodo a prueba de 180 días, cuando el trabajador de que se trate, sea contratado para ocupar un puesto de dirección, gerencial, o administración de la empresa, o sus labores sean técnicas o profesionales especializadas.

Si bien podríamos encontrar cierta similitud con la regulación del Perú, podemos advertir que, en México es necesario que previo a la conclusión del periodo a prueba, la Comisión Mixta de Productividad, Capacitación y Adiestramiento de la empresa, aplique las evaluaciones que considere pertinentes, emita y entregue su opinión sobre el desempeño y preparación del trabajador en cuestión.

En Colombia, la “edición Oficial del Código Sustantivo del Trabajo, con sus modificaciones, ordenada por el artículo 46 del Decreto Ley 3743 de 1950, la cual fue publicada en el Diario Oficial No 27.622, del 7 de junio de 1951, compilando los Decretos 2663 y 3743 de 1950 y 905 de 1951”, a diferencia de nuestra legislación el artículo 76 del código en mención, si muestra una definición del periodo de prueba precisando que es “la etapa inicial del contrato de trabajo que tiene por objeto, por parte del empleador, apreciar las aptitudes del trabajador, y por parte de éste, la conveniencia de las condiciones del trabajo”. Conforme al artículo 77, del citado Código de Trabajo, “el periodo de prueba no puede exceder de dos (2) meses, el mismo que deberá ser estipulado por escrito, en caso contrario los servicios se entienden regulados por las normas generales del contrato de trabajo”.

En Ecuador, el artículo 15, del “Código de Trabajo de Ecuador (Codificación 2005-017)”, ha previsto un denominado "contrato de prueba", estipulando que este se señala cuando se celebre un contrato de trabajo por primera vez, y solo por una vez entre las partes, teniendo un período máximo de noventa (90) días. Después de que expire el período, se puede entender que el contrato implícitamente seguirá siendo válido automáticamente hasta llegar al año. Durante el periodo de prueba, cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato en forma libre. Debe precisarse que la

legislación del Ecuador ha optado por establecer que el empleador no podrá mantener simultáneamente trabajadores con contrato a prueba por un número que exceda al 15% del total de sus trabajadores.

El Venezuela el artículo 25, del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de abril de 2006, establece que “las partes podrán pactar en los contratos de trabajo celebrados por escrito un período de prueba que no excederá de noventa (90) días continuos, a objeto de que el trabajador o trabajadora juzgue si las condiciones de trabajo son de su conveniencia y el patrono o patrona aprecie sus conocimientos y aptitudes. Durante el período de prueba, cualquiera de las partes podrá dar por extinguido el contrato de trabajo sin que hubiere lugar a indemnización alguna, sin perjuicio de los derechos que se hubieren causado en proporción al tiempo trabajado, así como el preaviso correspondiente de conformidad con el artículo 104 de la Ley Orgánica del Trabajo.” La legislación de Venezuela ha previsto que será nulo establecer un período de prueba cuando el trabajador o trabajadora hubiere desempeñado las mismas o similares funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad.

Por su parte Brasil, en su Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT) “*Consolidação das Leis do Trabalho*”, Decreto-ley núm. 5452, de 1º de mayo de 1943, por el que se aprueba la Codificación de las Leyes del Trabajo, en su 445, encontramos al denominado contrato de experiencia, el cual puede ser definido como “un tipo de contrato por plazo determinado que sirve como una prueba de sus habilidades para ese trabajo. Este puede tener como como máximo de duración 90 días, pero puede durar menos”

Cuando culmina el periodo del contrato de experiencia, pueden ocurrir dos situaciones: se determina que no se renueva su contrato o es contratado, esta vez con contrato por tiempo indeterminado. Debemos precisar que, durante el contrato de experiencia, el trabajador podrá ser despedido sin preaviso cuando el contrato termina. Para entender ello pongamos un ejemplo: “Si el contrato es de 45 días, en el día 45º el empleador puede despedirlo. Si usted fuera despedido antes de la finalización del contrato de experiencia, usted tiene derecho al 50% del salario por los días que faltan para cumplir

todo el contrato de experiencia. Por ejemplo, si es despedido 8 días antes de terminar el contrato, el empleador debe pagar por 4 días además de los días que usted ya trabajó. Esto se llama indemnización”. De otra parte, en caso el trabajador opte por renunciar antes que culmine el contrato de experiencia, el trabajador deberá indemnizar al empleador por los 50% de los días que faltan. Es decir, si el trabajador decide dejar el trabajo 8 días antes de terminar el contrato de experiencia, se descuenta el equivalente a 4 días de salario del valor que el empleador le debe por los días laborados.

Conforme ha señalado nuestra normativa legal el periodo de prueba es de tres (3) meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.

En nuestra legislación laboral, no podríamos alegar la existencia de un pacto a prueba, es decir, a modo de acuerdo que las partes pueden acordar, más aún si el “periodo de prueba” se aplica independientemente de si las partes acuerdan fijarlo o no. Por esta razón el “período de prueba” puede invocarse para rescindir la relación laboral sin existir una formalidad previa. (Cáceres, 2008, p.5)

Conforme refiere Cáceres (2008) “el periodo de prueba, en la generalidad de los casos, es de tres meses; sin embargo, el empleador y el trabajador pueden pactar un plazo mayor, si las labores a realizar requieren de un periodo de capacitación o adaptación superior a los tres meses. También puede pactarse un mayor plazo, si la naturaleza de las labores o

el grado de responsabilidad del trabajador justifican tal ampliación (p.5)”

Prosigue Cáceres (2008), en torno a la regulación de ampliación del periodo de prueba refiere lo siguiente:

“ - La extensión del período de prueba solo es efectiva cuando se llega a un acuerdo entre el trabajador y el empleador. Para que la extensión sea válida, nuestras regulaciones requieren que la extensión esté por escrito. Si no se sigue este procedimiento, el período de prueba será únicamente de 3 meses.

- Generalmente, si la tarea requiere un período de formación o adaptación, o es razonable debido a su naturaleza o grado de responsabilidad, el período de prueba se puede extender. Por tanto, para aquellos trabajos que cumplan con estos parámetros, como las cualificaciones especiales de gestión y confianza, la ampliación del período de prueba es totalmente eficaz.

- Aunque es posible extender el período de prueba en algunos casos, se ha establecido un límite de tiempo para el período de extensión. Por lo tanto, se ha determinado que en cargos de confianza y cargos con calificación especial, el período de prueba se puede extender a 6 meses; para cargos de administración, el período de prueba se puede extender hasta un año. Cualquier prórroga del período de prueba que exceda el límite indicado se considerará no realizada.

- La ampliación del período de prueba, para operar acorde con el principio de primacía de la realidad, requiere no solo que las partes aleguen que los servicios que se prestarán requieren de una especial calificación y evaluación, sino que estos deben serlo por su propia naturaleza. En otras palabras, para que proceda la ampliación del período de prueba, dicha ampliación debe realizarse por la real naturaleza del servicio a prestar, y no así por la calificación que puedan hacer las partes laborales en los acuerdos que celebren. Dicha ampliación, de acuerdo a la normativa citada, puede darse para aquellas labores o puestos de trabajo que requieran una capacitación o adaptación superior o, en general, siempre que la naturaleza de las labores así las justifique.”

No procederá, por tanto, cuando las partes simplemente acuerden que determinado puesto requiere un plazo superior de prueba. En otras palabras, además del acuerdo que las partes lleguen sobre dicha ampliación, se requerirá la justificación del puesto de trabajo, que por su naturaleza requiera una evaluación o capacitación mayor (Cáceres, 2008, p.9).

En definitiva, para extender el “período de prueba”, además de operar para ciertos casos laborales especiales, también debe ser acorde con la realidad, y no solo de acuerdo con los documentos o acuerdos de las partes. Por ejemplo, considere un período de prueba

de seis meses en el contrato de trabajo firmado por el trabajador para brindar servicios de asistente de contabilidad.

Para el caso particular, a pesar de que la prórroga del período de prueba se haya estipulado formalmente por escrito en el contrato de trabajo, será inválido porque el trabajo a realizar no es razonable por su naturaleza.

Debemos hacer énfasis a la importancia del principio de realidad en esta situación. En otras palabras, incluso si las partes alegan que el trabajo a realizar requiere una extensión del período de prueba, pero, de hecho, el puesto que se ha confirmado para desempeñarse requiere solo el “período de prueba ordinario” (3 meses), en este caso primará la realidad a la referida ampliación (Cáceres, 2008).

3. ESTRATEGIAS METODOLÓGICAS o MATERIALES Y MÉTODOS

Como parte de la presente investigación se seleccionó a cuarenta y nueve (49) servidores civiles de Sunafil (Lima), a fin de aplicar una encuesta, porque son los conocedores del ámbito de las controversias que giran en torno al periodo de prueba, y ven este tipo casos, día a día, no nos olvidemos que Lima es la principal ciudad, del Perú, con una población significativa; asimismo, porque es en la ciudad de Lima, que ha absuelto las interrogantes de nuestro instrumento, donde no solo se recepcionó la respuesta, si no que se conoció, la percepción de cada entrevistado, sobre el tema tan controversial que en nuestra doctrina y jurisprudencia, todavía es un tema incipiente, el tratamiento legal limitado que tantas interpretaciones genera, lo cual como resultado de la aplicación de los instrumentos y la opinión que cada uno de ellos, dio sobre el tema, se sostiene la validez de nuestra hipótesis:

Del resultado de la encuesta y revisión de legislación comparada, hemos advertido que si existe una relación significativa entre el periodo de prueba laboral y la protección adecuada de los derechos constitucionales del trabajador en el régimen privado.

Asimismo, del desarrollo de la presente investigación se encuentra demostrado que, si existe relación entre la ausencia de una adecuada protección de derechos

constitucionales y el término de la relación durante el periodo de prueba laboral, bajo el argumento que no existe protección contra el despido.

De este modo se ha demostrado que “No hay ninguna incompatibilidad, entre el periodo de prueba con la protección de derechos constitucionales, toda vez que la protección debe estos derechos derecho estar presente desde el inicio de la relación laboral.”

De otra parte, de la presente investigación se ha podido concluir que “Si es necesaria la existencia del periodo de prueba debiendo establecerse límites que cautelen la adecuada protección de derechos constitucionales”.

4. Resultados y discusión

- En el Perú se requiere reformar la legislación laboral, específicamente el extremo referido al periodo de prueba toda vez que en la actualidad “no existe la definición ni finalidad, ni límites mínimos del periodo de prueba”, cuestiones que han repercutido negativamente en la mentalidad del empleador, autoridad administrativa de trabajo y los órganos jurisdiccionales en virtud a que únicamente se limitan a verificar si el trabajador ha superado o no el periodo de prueba, como presupuesto para una eventual evaluación de lesión de otros derechos constitucionales del trabajador presentes incluso durante el periodo de prueba.
- De ningún modo se puede legitimar la afectación de derechos constitucionales del trabajador durante el “periodo de prueba”, con el pretexto de que todavía no alcanza protección contra el despido. De este modo al no existir un marco legal que permita una óptima actuación de Sunafil y Poder Judicial, los esfuerzos que puedan hacer se tornan insuficientes.
- Conforme hemos detallado no existe incompatibilidad entre el periodo de prueba y la adecuada protección de derechos constitucionales, de ello se desprende la necesidad de una reforma en la legislación laboral, que evite conductas abusivas

de parte de los empleadores, toda vez que su previsión implícita, sumado a la falta de objetividad de evaluación de aptitudes del trabajador durante el periodo de prueba viene distorsionando la naturaleza y finalidad de la misma.

- Si bien es necesaria la existencia del periodo de prueba laboral, pero teniendo en cuenta que el trabajador demostrara eficiencia, lealtad y honestidad, porque nuestra legislación pretende es que se genere un mayor número de empleos permanentes, en las diferentes modalidades del contrato de trabajo, debe establecerse límites en el empleo del periodo de prueba de modo que en la práctica los empleadores no adopten prácticas que lesionen derechos constitucionales.

5. conclusión o CONSIDERACIONES finales

- Se recomienda reformar la legislación laboral peruana e incluir una definición de “periodo de prueba” señalando su finalidad, exigencia de un pacto por escrito, criterios objetivos para la ampliación del “periodo de prueba”, revaloración del proyecto laboral que tiene el trabajador en la empresa, previsión de un registro de trabajadores en periodo de prueba, inclusión de una tutela resarcitoria (indemnización) frente al despido lesivo de derechos constitucionales que puedan darse en el periodo de prueba.
- Consideramos que “resulta necesario que el Estado intervenga en los casos de vulneración de derechos fundamentales” en el caso que ocurra despido de mujer embarazada, afectación de libertad sindical, despido de un portador de VIH u otra enfermedad, o despido de alguien que se quejó por un hostigamiento sexual que afecto la dignidad del trabajador, sumaria en el control y supervisión de denuncias de despidos arbitrarios, por parte del Ministerio de trabajos y organismos especializados como la SUNAFIL, conforme a la legislación comparada.

6. Lista de Referencias

Ávalos, O.V (2010) Algunas consideraciones con relación al contrato de trabajo de tiempo parcial. PUPC. Perú.

Asquerino, M. J. (2015) El Período de Prueba en los Contratos de Trabajo. [Tesis de doctorado, Universidad de Sevilla, Sevilla]. Depósito de Investigación de la Universidad de Sevilla. <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/34788/EI%20per%c3%adodo%20de%20prueba.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

De La Cueva, M. (1969) Derecho Mexicano del Trabajo. Editorial Porrúa. S.A. Tomo I, 11ª edición. México.

Guerrero, G. *El Periodo de Prueba en la Legislación Peruana*. Lima. Recuperado el 5 de Marzo del 2016 de <http://www.sutamp.org/wp-content/uploads/2012/03/Legislacion-sobre-Periodo-de-prueba.pdf>

Montoya, A. (2005) Principios y valores en el Derecho del Trabajo, En torno a los principios del Derecho del Trabajo- Homenaje a Américo Plá Rodríguez, Porrúa, México, 2005.

Litterio, L.H. (2000), Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social, dirigido por Jorge RODRIGUEZ MANCINI, Editorial Astrea, 4ta. edición, Buenos Aires.

De Val Tena, A.L. (1988) Pacto de prueba y contrato de trabajo, Colección Estudios de Derecho Laboral. Civitas, Madrid.

Jaram J.L. (2017). El periodo de prueba en el Perú. Grupo Lex & Iuris. Perú