



FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**IMPLEMENTACIÓN DE UN ARTÍCULO EN EL
DECRETO LEGISLATIVO 728 REFERIDO AL
PERIODO DE PRUEBA PARA EVITAR SU
APLICACIÓN IRREGULAR EN LOS CONTRATOS
DE TRABAJO**

**PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADA:**

Autor:

Bach. Vilela Requejo Carla Paola del Milagro
<https://orcid.org/0000-0002-9885-1078>

Asesor:

Idrogo Pérez Jorge Luis
<https://orcid.org/0000-0002-3662-3328>

Línea de Investigación:
Ciencias jurídicas

Pimentel – Perú

2022

**IMPLEMENTACIÓN DE UN ARTÍCULO EN EL DECRETO
LEGISLATIVO 728 REFERIDO AL PERIODO DE PRUEBA PARA
EVITAR SU APLICACIÓN IRREGULAR EN LOS CONTRATOS DE
TRABAJO**

Aprobación del Jurado:

**DR. CHAVEZ REYES MARIO VICENTE
PRESIDENTE**

**MG. CABRERA LEONARDINI DANIEL GUILLERMO
SECRETARIO**

**MG. DELGADO FERNANDEZ ROSA ELIZABETH
VOCAL**

DEDICATORIA

A mi madre Rosa Elvira, por ser mi soporte y mi fuerza; a mi padre Yovani Mauricio, quien es mi ejemplo de sacrificio y honestidad; a mi hermana María Inés, a quien atesoro, admiro y con quien comparto mi vida y mis sueños; a mi hermanito Thiago, por ser mi alegría y a mis amados abuelos Julio e Itala. Esta investigación se la dedico a ellos, mi familia, porque, aunque vengan tempestades cuando la familia es unida en el amor de dios no hay nada que los separe.

Carla Paola del Milagro Vilela Requejo.

AGRADECIMIENTO

Le agradezco a Dios, por darme la fuerza que me motiva y por todo lo que soy, por regalarme la vida y dejarme vivir mis sueños.

Gracias a mis maravillosos padres, hermanos y mis abuelos por apoyarme en mis metas, por su sacrificio, porque no me alcanzan las palabras y la vida para explicar y agradecer el amor de mi familia.

Asimismo, a mi asesor de investigación Dr. Jorge Luis Idrogo Pérez, por brindarnos su calidad académica y humana, por guiarnos con vocación hasta el final de esta meta.

Carla Paola del Milagro Vilela Requejo.

RESUMEN

La presente tesis propone una modificación legislativa del artículo 10° y la incorporación del artículo 10-A al Decreto Legislativo N°728, a fin de establecer la definición del periodo de prueba y regular límites generales a la aplicación de esta institución jurídica, que opera tanto para el sector público, como privado. Ello en base de los abusos que se vienen generando a partir de su aplicación irregular por parte de los empleadores, que transgreden derechos laborales de muchos trabajadores, lo que ha propiciado diversos pronunciamientos por la jurisprudencia nacional y extranjera. Se busca determinar ¿De qué manera se puede evitar la aplicación irregular del periodo de prueba en los contratos de trabajo? Para lo cual se realizó el análisis de sentencias del tribunal constitucional y de la Corte Suprema, así como sentencias extranjeras que han desarrollado la naturaleza jurídica, alcances y límites de esta figura jurídica, lo que lleva al investigador a resaltar la necesidad de una mayor regulación del periodo de prueba por parte de nuestro ordenamiento jurídico. Se concluye que al incorporar en la legislación laboral límites de naturaleza general de aplicación obligatoria y estricta, se va a poder erradicar el despido incausado en el periodo de prueba y atenuar los excesos de fraude a la ley y abuso de derecho que en la actualidad se ven facilitados por la ausencia de esta exigencia evaluativa.

Palabras claves: Contrato de trabajo, Periodo de prueba, Naturaleza evaluativa, despido arbitrario.

ABSTRACT

This thesis proposes a legislative modification of article 10 and the modification of article 10-A to Legislative Decree No. 728, in order to establish the definition of the trial period and regular general limits to the application of this legal institution that operates for both the public and private sectors. This is based on the excessive abuses that they have been generating as a result of their irregular application and the fraud of the law by conflicts, which violate the labor rights of many workers, which has led to various pronouncements by national and foreign jurisprudence. It seeks to determine how the irregular application of the trial period in employment contracts be avoided? For which the analysis of judgments of the constitutional court and the Supreme Court was carried out, as well as foreign judgments that have developed the legal nature, scope and limits of this legal figure, which leads the researcher to highlight the need for greater regulation of the trial period by our legal system. It is concluded that by incorporating into the labor legislation limits of a general nature of mandatory and strict application, it will be possible to eradicate the dismissal caused during the trial period and to mitigate the excesses of fraud to the law and abuse of law that are currently they are facilitated by the absence of this evaluative requirement.

Key words: Employment contract, Trial period, Evaluative nature, arbitrary dismissal.

Aprobación del jurado.....	ii
Dedicatorias.....	iii
Agradecimiento.....	iv
Resumen.....	v
Palabras Clave.....	v
Abstract.....	vi
Keywords.....	vi
Índice	
I.Introducción.....	9
1.1. Realidad problemática	9
1.2. Antecedentes de estudio.....	15
1.3. Teorías relacionadas al tema.....	21
1.4. Formulación del problema.....	21
1.5. Justificación e importancia del estudio.....	42
1.6.Hipótesis	43
1.7.OBJETIVOS.....	43
1.7.1. Objetivo General	43
1.7.2. Objetivos Específicos	44
II. MARCO METODOLÓGICO	44
2.1.Tipo y Diseño de a Investigación.	44
2.2. Población y Muestra.....	46
2.3. Variables y Operacionalización	48
2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad.....	50
2.5. Procedimientos de análisis de datos.	51
2.6. Criterios éticos.	52
2.7. Criterios de Rigor Científicos	54
III. RESULTADOS.....	54
3.1 Resultados en tablas y figuras	55
3.2. Discusión de resultados.....	60
3.3. Aporte práctico.	76
IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	83

4.1. Conclusiones.....	83
4.2. Recomendaciones.....	86
REFERENCIA	86
ANEXOS.....	90

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad Problemática

1.1.1. Internacional

La legislación venezolana en su Ley Orgánica del Trabajo, en el punto referente a los trabajadores y las trabajadoras, señala expresamente la condición de aquellos trabajadores que se encuentran privilegiados por la estabilidad laboral, entre ellos se encuentran los trabajadores sujetos a contratos por tiempo indeterminado y aquellos que no se haya vencido el término de su contrato o no se haya terminado la obra en concreta para el que fue contratado. Por lo tanto, al no encontrarse regulado el periodo de prueba, se entiende que es un lapso de carencia de estabilidad laboral, por lo que le faculta al empleador de rescindir el contrato durante la vigencia del periodo de prueba, eliminado las severas restricciones que implica la extinción de un contrato de trabajo. Sin embargo, existe un discordancia sobre su naturaleza jurídica, en cuanto la teoría monista sostiene que el periodo de prueba es la etapa inicial de un contrato de trabajo y la teoría dualista establece que se refiere a una contratación autónoma que no se vincula con el contrato de trabajo, por lo que surge la interrogante de que si en verdad ¿el periodo de prueba se trata de ese tiempo que permite a los sujetos de la relación laboral evaluar sus expectativas respecto a las obligaciones que se estarían obligando, o si, simplemente se trata de una diatriba en relación a la tutela del estado y los despidos libres.

Lo que se busca es precisar si ese lapso en realidad sirve para que las partes del contrato laboral cotejen sus expectativas profesionales o se trata de una salida que el estado plantea para brindar protección a la parte más fuerte como las empresas, para que puedan despedir deliberadamente. Desde otro punto de vista, la norma bajo comento precisa que el famoso régimen de estabilidad laboral en los contratos de trabajo sujetos a tiempo determinado o los referidos a obra determinada, dejando claro en ambos supuestos que la tutela frente a permanencia solo se extenderá hasta el

cumplimiento del termino; pese a ello, se puede apreciar que la norma omite, artículo 87 de la LOTTT, detallar desde que fecha se debe computar esta estabilidad laboral, siendo que es plausible de que se realicen dos interpretaciones sobre el particular. Una primera interpretación es aquella referida a que la estabilidad laboral se encuentra presente desde iniciado el contrato de trabajo (ya sea por trabajo u obra determinada), no existiendo en tal supuesto periodo de prueba. Mientras que una segunda interpretación se da de manera analógica en cuento al plazo de 30 días de ausencia de estabilidad laboral, existentes en aquellos vínculos laborales a plazo indeterminado. Sobre este último punto, la Sala de Casaciones Social dl Tribunal Supremo de Justicia expreso: “(...) resulta antagónico con la firma de un contrato a tiempo preestablecido o determinado, la fijación de un periodo de prueba, puesto que se desvirtúa su verdadera finalidad que es constatar cualidades y aptitudes que sustentan a las partes a fin de suscribir a futuro un contrato de trabajo indefinido, lo que no sucede para esta modalidad de contrato donde las partes, desde un inicio has preestablecido el tiempo de duración del mismo, siendo el mismo por la naturaleza del servicio, la necesidad del mercado, la suplencia de un trabajador” (Freitas, 2015, pág.76).

En ecuador, el periodo a prueba se contempla como una modalidad contractual denominada Contrato individual de trabajo a prueba, el cual tiene una existencia independiente, puesto que la legislación ecuatoriana a diferencia de nuestra legislación, lo desvincula del contrato de trabajo, pero tiene los mismos efectos que un periodo de prueba que forma parte del contrato de trabajo como sucede en otras legislaciones, por ello algunos autores manifiestan que esta figura constituye una arbitrariedad contra la clase más débil de la relación laboral, puesto que su continuidad depende únicamente del empleador, quien se encuentra facultado de finalizar su relación de trabajo por mera voluntad, sin atender criterios objetivos a los que presuntamente se somete a evaluación al trabajador en prueba. En ese orden de ideas, el contrato a prueba, existente en el ecuador se contrapone a la serie de principios que sustenta el Derecho del trabajo y a los derechos fundamentales que protegen al trabajador, por lo que resulta una paradoja la existencia de normas infra

constitucionales como el Art 15 del Código del Trabajo, que establece el contrato a prueba.

En Argentina, la figura del periodo de prueba apareció en el derecho administrativo laboral de manera pacífica, por lo que no significó una reforma de gran magnitud en la administración pública nacional, provincial y municipal. Este instituto jurídico se implementa con el objetivo de evaluar el desempeño laboral del trabajador, más no como un emprendimiento económico del empleador, por lo que, en una concepción idónea, se encuentra vinculado con el rendimiento profesional en el puesto o cargo asignado. No obstante, durante este lapso a prueba el empleador tiene la potestad de resolver la relación laboral de manera unilateral sin previo aviso, ni indemnización a favor del trabajador, por lo que ante sus amplias facultades resolutorias los posibilita a utilizar el periodo de prueba como un disfraz ilegal para la contratación rotativa de personal, asignar los puestos de trabajo de manera indebida por filiaciones o inclinaciones personales del empresario, por lo que no siempre la extinción del período de prueba responde a una falta de aptitud profesional, sino a intereses particulares de los jefes o personas influyentes.

En la misma Republica antes mencionada, los especialistas en materia laboral detallan que una extensión del plazo de prueba, en la mayoría de ocasiones solo sirve como camuflaje para la realización de contrataciones fraudulentas, lo cual sumado a becas, aprendizajes y pasantías, amplían razonablemente el cuadro de lo que la conocida doctrina iuslaboralista ha conceptualizado como el “el amparo legal al fraude laboral”. en estos tampoco se da el supuesto del previo aviso, ni siquiera la indemnización una vez que se ha roto o extinguido el vínculo laboral. la afectación para los trabajadores es mayor ya que prevalece el exiguo y acotado régimen indemnizatorio aprobado por la Ley N° 25.013, la que ha establecido en su articulado 3° la reducción del periodo de prueba, de 3 meses a tan solo 30 días; desvirtuando así, el verdadero objetivo de que el empleador pueda valorar y apreciar las capacidades del asalariado, para constatar si es competente o no para el cargo, sumado a que fija el incremento de aportes y contribuciones. Si bien es cierto, este plazo de 30 días es prorrogable mediante convención colectiva, pero a partir del día 31, deberán realizarse todos aquellos

aportes legales y además los convencionales, para lo cual deberán regir las normas vigentes sobre indemnización y preaviso, lo que se desnaturalizaba con las ventajas de disponibilidad que establecida la ley derogada.

1.1.2. Aspectos Nacionales

Este denominado periodo de prueba ha sido objeto de transformaciones sustanciales en el último siglo, de tal forma que como consecuencia de su expansión y práctica ha originado que el Tribunal constitucional se pronuncie sobre sus alcances, de tal modo que las empresas no desvirtúen su finalidad, teniendo en cuenta que afecta a trabajadores tanto del sector privado como público. Si bien es cierto, la legislación peruana regula esta institución jurídica en el articulado decimo de la Ley de Productividad y competitividad Laboral; pese a ello, no prevé sus alcances, límites y consecuencias de su aplicación irregular, por lo que existe la necesidad de analizar más a fondo sobre su naturaleza jurídica, con el fin de no desvirtuar su verdadero propósito.

Sobre la importancia del periodo de prueba podemos precisar que la misma tiene su base en la forma como se concibe la extinción de la misma, toda vez que la naturaleza de esta figura reside en la libertad que ostentan las partes para exterminar el vínculo contractual, por lo que para aquellos ordenamientos que optan por un régimen de extinción libre, no tendría sentido la incorporación de esta institución jurídica, como en aquellos contratos temporales acausales, caso contrario sucede con nuestro ordenamiento jurídico, el cual adopta de manera minuciosa cautelas para evitar que se termine la relación de trabajo.

En el Perú muchos de los trabajadores son objeto de transgresiones a sus derechos constitucionales en la etapa del periodo de prueba, debido a la regulación deficiente de esta institución jurídica, la cual resulta escasa por la serie de limitaciones y deficiencias que permiten al empleador vulnerar los derechos de los trabajadores en reiteradas oportunidades. Si bien es cierto, la ley señala que tanto trabajador como empleador poseen la potestad de resolver el vínculo laboral, pero ceñido a la realidad, es el trabajador quien se dispone a conseguir estabilidad laboral, mientras que el

empleador buscará reducir los costos laborales, por lo que de manera unilateral e inmotivada da por concluida la relación laboral, ubicando al trabajador en un estado de desventaja frente a su empleador, teniendo en cuenta que el trabajador se encuentra en desventaja. De igual forma, se advierte que en innumerables empresas y centros de trabajo se contrata a personal a prueba, sin brindar las garantías y beneficios laborales que les corresponde, con un salario incluso debajo del mínimo legal, sin proveerle mecanismo con respecto a su seguridad social, en un sentido abusivo en donde las empresas toman como argumento “ Primero veo cómo te desempeñas en el cargo y si convienes te realizo tu contrato de trabajo”, por lo que nos encontramos frente a una desigualdad, por un lado los intereses de la parte empleadora, y por otro los intereses que subyacen en la persona que presta sus servicios.

Nuestro país presenta altos índices de informalidad laboral, subempleo, pese a los esfuerzos por superarlos, todo ello en respuesta a la gran demanda laboral que existe en el Perú, y estamos hablando de personas de todas las edades, con estudios técnicos, universitarios, con niveles de instrucción mínimos, personas que han fracasado en su idea de emprendimiento, por lo que se puede apreciar que un 98% de individuos que buscan una oportunidad de trabajo, están dispuestas a laborar sin la exigencia de las mínimas condiciones laborales, bajo cualquier tipo de contrato que el empleador le imponga, sumado a que el trabajador se encuentra a prueba por 3 meses, y muchas veces aunque haya cumplido con las expectativas de la empresa es despedido.

Esta realidad es conocida por los empleadores, quienes buscan siempre opciones para sacarle ventaja, así ello importe una conducta abusiva como el hecho de contratar continuamente a operarios para el mismo trabajo de naturaleza permanente.

De forma más precisa los problemas que se derivan sobre este denominado periodo de prueba son la ignorancia respecto de los derechos que les asiste a los empleados durante ese lapso a prueba, se puede despedir al trabajador, aunque este haya cumplido con los objetivos planteados por la empresa, sin derecho al pago de una indemnización; si es despedido durante el periodo de prueba no se le otorga el pago

de sus beneficios sociales, aunque se haya superado el mes de labor, entre otros. Además de ello, la definición que se encuentra en nuestro derecho positivo resulta incompleta, pues no enfatiza su naturaleza evaluativa, lo que ocasiona se distorsione el fin de su creación, llegando al extremo de concebirla como una etapa para despedir. Ante esta situación problemática, es necesario una reforma en la regulación del periodo de prueba, a fin de evitar la violación de los derechos constitucionales durante su duración.

1.1.3. Aspectos Locales

En la actualidad, nuestro marco jurídico concibe el derecho del trabajo, el cual da origen a la presunción del contrato de trabajo a plazo indeterminado en todas las prestaciones de servicios que cumplan con la subordinación, la remuneración y el carácter personal, este sustento guarda relación estrecha con la famosa estabilidad laboral, la cual se obtiene superando el periodo de prueba, es en ese momento donde el trabajador tiene un rango determinado de cuidado frente a un despido que tenga carácter de arbitrario, por lo que para ponerle fin a su relación laboral deberá alegar las causales estipuladas estrictamente por ley. Sin embargo, somos testigos que las entidades públicas y privadas recurren a argucias para aparentar un despido justificado ante ellos, situación que se agrava durante el periodo de prueba, donde la balanza de la igualdad se encuentra en un desequilibrio notorio a favor del empleador.

Por ello es importante la intervención efectiva y continua de las instituciones responsables de fiscalizar la actuación laboral de las empresas, en este caso SUNAFIL, para que se encargue de supervisar como se viene aplicando las leyes en materia laboral y si se cumple los mandatos legales, este control debe ser coordinado con el personal y la cobertura del problema, por lo que a la luz de lo expuesto es necesario modificar la normativa existente, a fin de salvaguardar los derechos constitucionales de los trabajadores de prueba laboral.

Este problema acreciente de la aplicación irregular del periodo de prueba, se observa en su mayoría de casos en las municipalidades, donde se contrata a personal de manera rotativa, despidiéndolos antes de superar el periodo de prueba, con el

trasfondo de cumplir promesas políticas, sin tener en cuenta la capacidad o aptitud de la persona que se desempeña en el cargo, quien la mayoría de las veces son jóvenes que buscan obtener experiencia laboral. Por ello considero que se deberá realizar algunas especificaciones para su nacimiento, finalidad y su extinción, para no vernos transgredidos por una norma insuficiente.

1.2. Antecedentes de Estudio

1.2.1. A nivel Internacional

Según Asquerino (2016), en su investigación titulada “*El periodo de prueba en el contrato de trabajo*” precisa; que si bien es cierto el trabajador que se encuentra a prueba frente a otro trabajador con un contrato sin la cláusula de prueba o ya superada, se encuentran en una situación distinta en relación a la protección legal o las garantías que le asisten a la extinción de un contrato de trabajo, sin embargo la ley exige la igualdad de derechos en ambas situaciones, por lo que el empleador al fijar la retribución económica por la prestación de servicios tiene en cuenta el puesto de trabajo más no su vinculación del trabajador al periodo de prueba, el mismo que debe asumir las obligaciones propias de su cargo o función, sin excepción a los deberes de carácter general. (Pág. 230-231).

Boy (2015) en su novísimo trabajo de investigación, “*El Derecho Laboral en Guatemala y el periodo de prueba*”, la cual fue presentada para la obtención del grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, precisa sobre el particular que el denominado periodo de prueba consiste en el que el empleador percibirá cual es el desempeño del trabajador, y si el mismo es óptimo para la función para la que podrá ser contratado, esto con el fin de poder continuar con la relación laboral, o en todo caso poner fin al mismo; este tipo de contrato en la mayoría de veces se realiza de forma verbal y ya es materializado en un contrato posteriormente; si el empleador no hace precisiones sobre el desempeño del trabajador es porque muy probablemente está contento con el desempeño de su trabajador, siendo este momento recién donde se realiza la firma del nuevo contrato (Pág. 23).

El investigador Gallego (2015) en su tesis para obtener el título de Abogado por la prestigiosa Universidad Complutense de Madrid- España, la cual se titula: *“Algunos aspectos esenciales sobre el periodo de prueba: la formalización, duración y extinción, tendencias a una institución clásica”*, arriba a la siguiente conclusión sobre el periodo de prueba, siendo que el mismo en la normativa española, cuenta con un plazo de un año, en donde el empleador debe verificar cual es la sostenibilidad, así como la posibilidad económica para en un futuro se pueda tener vigente el vínculo laboral, pero esta vez con un plazo indeterminado, sin que debe tenerse previo a ello una distinción de alguna categoría o calificación especial que presente el trabajador, la cual es una institución que a la fecha es demasiado usada en los países europeos, es por ello que el ordenamiento jurídico la regula muy escasamente, por lo que se tiene definida esta figura del periodo de prueba, como la obligación que se genera entre el empleador y el trabajador de poder experimentar si las cualidades del segundo pueden satisfacer las necesidades que requiera el primero, será entonces algo recíproco entre trabajador y empleador; cabe precisar además que en cualquier momento, mientras no se supere el año, se puede culminar con el vínculo laboral sin ninguna atadura. Siendo así este periodo no se encuentra denominado como un contrato aprendiz, en donde el maestro, rol que es asumido por la empresa o empleador, conoce que tanto puede ofrecer su aprendiz, quien viene a ser el trabajador, no existe derecho a indemnización si es que una de las partes de su propia voluntad resuelve el contrato (Pág. 26-28).

Salcedo (2014), en su artículo jurídico titulado *“La jurisprudencia del comité europeo de derecho social y el periodo de prueba del contrato de apoyo a emprendedores”*, publicado en la revista Lex Social, sobre la particular señala; que la duración del periodo de prueba debe depender del desempeño laboral que muestre el trabajador, por lo que en virtud al principio de proporcionalidad, no podría establecerse de manera uniforme a todos los trabajadores, (pág. 36).

Conforme lo detalla el autor Campaña (2014), en su ensayo titulado *“análisis de las modalidades contractuales individuales en la legislación laboral comparada entre Ecuador, Colombia y Perú con el fin de evaluar las nuevas modalidades contractuales propuestas en el proyecto de código orgánico de las relaciones laborales”*, realiza una

inferencia a partir del concepto doctrinario de contrato de trabajo por la forma de celebración, en la cual manifiesta que cuando se origina una relación laboral de manera verbal, el empleador no puede justificar el despido en base al periodo de prueba, sin embargo el trabajador puede hacer valer sus derechos sin tener en cuenta que se le haya contratado de manera verbal o escrita. (pág.25)

Torres (2012), en su investigación titulada *“El contrato individual de trabajo a prueba y sus efectos jurídicos”*, manifiesta; que al no existir criterios objetivos para extinguir el contrato de trabajo a prueba, este atentaría contra la dignidad del trabajador, puesto que su continuidad y estabilidad laboral dependería únicamente de la decisión del empleador, situación que a su vez transgrede el principio pro-homine que establece la Constitución de la República de Ecuador, por lo que concluye que esta modalidad contractual implica el menoscabo al derecho al trabajo y la oposición a la supremacía constitucional. (pág. 11)

Cabezudo (2002), en su tesis doctoral titulada *“el periodo de prueba en los contratos de trabajo”*, define al periodo de prueba como la institución jurídica laboral constituida por tres elementos esenciales, como su temporalidad, su finalidad experimental y las facultades resolutorias, el cual en el marco de la reforma sobre la flexibilidad laboral se presta a la aplicación irregular por parte del empleador.

1.2.2. A nivel Nacional

De acuerdo a Sánchez (2018) en su investigación titulada *“Periodo de prueba en el régimen de construcción civil”*, manifiesta; que el periodo de prueba es la fase preliminar en la relación de trabajo, en la cual el vínculo entre empleador y trabajador no se encuentra consolidado, por la naturaleza experimental de esta figura jurídica, sin embargo, cuando este se supera, la ley le otorga protección al trabajador para no ser despedido arbitrariamente, salvaguardando su derecho a la estabilidad laboral.

Conforme a Mas (2018) en su investigación titulada *“El Periodo de Prueba en el Derecho laboral del Perú: limites, alcances, y consecuencias de su aplicación irregular”*, sobre el particular expresa; que si bien es cierto el periodo de prueba es una

institución que se encuentra regulada en las leyes peruanas, sin embargo, estas no proporcionan mayor alcance sobre su definición, por lo que basado en la doctrina señala que es el intervalo que permite a las partes consolidar el vínculo laboral, que al ser superado otorga al trabajador estabilidad laboral y protección frente al despido arbitrario.

Según Ojeda (2018) en su tesis de grado titulada: *“Los Mecanismos de tutela especial del derecho al trabajo frente a los despidos discriminatorios, por razón de embarazo, durante el periodo de prueba”*, detalla que en este periodo el empresario realiza las pruebas necesarias con el fin de poder constatar, cuales son las aptitudes reales del trabajador, la receptividad que presenta a las ordenas asignada, la apariencia personal que presente según las directivas internas de la empresa, si es diligente al cumplir con sus obligaciones asignadas; por lo tanto si la razón del periodo de prueba es que el trabajador pueda demostrar que reúne todas las condiciones, actitudes y capacidades para ejercer o desarrollar un determinado servicio o cumplir una función, dicha relación deberá convertirse en continua, siempre y cuando no concurren algunas causas objetivas que den pie a la ruptura del vínculo laboral. Contrario a ello, si el empleador no ha tenido al menos la oportunidad de poder demostrar su idoneidad, o pese a que demostró que era capaz cumpliendo con todo lo asignado y de manera eficiente, es despedido, entonces se dará una desnaturalización del periodo de prueba. De igual manera, precisa el autor, que el artículo 10° de la ley de Competitividad Laboral expresa solo dos aspectos: el primero referido a i) protección del trabajador una vez que ya se haya logrado poder superar el periodo de prueba, y ii) facultad que muestra el empleador para poder dejar sin efecto la contratación de su trabajador dentro de. Pese a esto el periodo de prueba puede llegar a su desnaturalización o en todo caso servir de instrumento con el que se pueda lesionar derechos fundamentales, como lo es el derecho al trabajo, un claro ejemplo: sería el encubrimiento de un acto arbitrario). (Pág. 17-18)

Gonzales (2017) en su trabajo titulado: *“protección en contra del despido arbitrario durante el periodo de prueba”*, precisa que es el trabajador quien en esta relación laboral asume la posición más débil, y esta desigualdad es mucho más notoria en el

espacio denominado como “periodo de prueba”, en donde de acuerdo a nuestro deficiente sistema jurídico, el trabajador no recibe una debida protección contra los despidos, pese a que cuenta con un contrato de trabajo protegido por aquellos principios esenciales del derecho al trabajo, como lo son la continuidad, primacía de la realidad sobre la apariencia, la buena fe, la razonabilidad y la no discriminación. Es así que, en muchas ocasiones, el denominado periodo de prueba, puede referirse a una isla jurídica en donde no se pueden aplicar los principios ya mencionados, esto pese a que muchos de ellos han sido considerados por nuestra constitución como principios fundamentales, siendo en este sentido la interrogante si el solo supuesto de encontrarnos en el periodo de prueba bastaría para que se pueda dejar de aplicar uno o todos estos principios del derecho de trabajo. En tal sentido no se deberían dar los supuestos de contratación si es que el empleador no tiene la intención, de una vez culminado el periodo de prueba contratar de manera definitiva al trabajador, es por ello que el investigador precisa que los limites que se fijan para que el trabajador no este inmerso en un despido arbitrario por parte de su empleador, serán siempre el respeto a los principios precisados, caso contrario se deberán generar consecuencias jurídicas, la cual tomara mayor relevancia o importancia si es que el trabajador en el periodo de prueba ha demostrado tener la capacidad para ocupar el puesto de trabajo, en donde ya no puede existir una razón que justifique su despido. Un ejemplo de este tipo de conductas la podemos encontrar en los contratos determinados de trabajo, en donde el plazo de contrato ya es el mismo al plazo del periodo de prueba, por lo que se vulnera en todo caso el principio de buena fe (Pág.3-5).

Warthon (2017) en su trabajo de investigación titulado "Las implicaciones de la formación ante la real prestación de trabajo durante el período", indica en relación a las causas que sirven de justificación para la extensión del período de prueba, el artículo 10 de la Ordenanza de texto único del Decreto Legislativo N° 728, especifica como una de dichas causas justificativas la de "formación o adaptación", así como "la naturaleza o grado de responsabilidad" ejercida en el empleo; Así, la finalización del período de prueba permite deducir de él que para no distorsionarlo, y además que no es utilizado por los empresarios de manera indiscriminada, con el único fin de tener

únicamente trabajo temporal, Evitando así la aplicación de normas que preserven el despido arbitrario, debe tener una duración corta, y solo en los casos que, como exige la norma, se den, por la necesidad de formación o por el grado de responsabilidad inherente al puesto de trabajo desempeñado (P.21).

El investigador Valladolid (2017) en su trabajo de grado, para la obtención del bachillerato, presentó la tesis titulada: "Análisis del poder directivo del empresario en el uso del llamado período de prueba frente al principio de estabilidad laboral", propone ya que la solución es la reducción del llamado período de prueba, para que se pueda otorgar mayor estabilidad y seguridad laboral a los trabajadores que son contratados, pues es muy actual que en la realidad social el empleador aprovecha este período para poder injustamente despedir a su trabajador, sin siquiera respetar las formalidades legalmente establecidas, esto en varias ocasiones porque la protección contra el despido arbitrario solo se asegura una vez cumplido este período de prueba; Por lo tanto, si la relación contractual se termina antes de que finalice el período de prueba, esto no violaría ningún derecho laboral (página 13).

Según lo detalla Pérez (2016) en su investigación denominada "protección laboral del despido incausado y la duración del periodo probatoria en las empresas privadas de lima metropolitana año 2015", todo trabajador mientras dure este periodo de prueba será despedido incausadamente, esto debido a que la norma vigente no protege e a estos trabajadores durante esta etapa, siendo que es muy frecuente que los derechos del trabajador en la duración de esta etapa sean vulnerados, ya que el fin del periodo de prueba ha influenciado de manera negativa en la mente del empleador, por lo que deberá evaluarse las medidas preparatorias sobre los despidos incausados (sin causa de justificación) que sucedan durante este periodo (Pág. 07).

Chacalla (2015) en su tesis titulada "La jurisdicción sindical y la estabilidad del empleo del trabajador durante el período de prueba", que fue presentada para obtener su título legal, en la materia en particular, especifica que la ley de relaciones laborales colectivas en Perú, el artículo 12° no detalla un supuesto de estabilidad para los trabajadores que se encuentren en período de prueba, ya que como se especifica en

el artículo mencionado, desde un primer punto de vista, se les reconoce como un Derecho a los trabajadores que formen parte de un sindicato, mientras que, por otro lado, es la misma ley la que da al empleador la posibilidad de rescindir el contrato cuando aún está vigente el período de prueba. Es por esto que muchos sindicatos recomiendan, contra la norma, que la lista de nuevos trabajadores que se forman para un determinado sindicato o empresa se mantenga en secreto hasta que se cumpla este plazo y ya no represente un riesgo. Para el trabajador, estamos hablando de los primeros tres meses del período de prueba, al final del cual el trabajador adquiere derechos constitucionales inalienables. Es por esto que esta investigación recomienda una reforma legislativa, con el fin de proteger mejor a estos trabajadores que, a largo plazo, serán parte de la organización sindical.

De acuerdo a Cruzado (2015) en su investigación titulada *“La afectación de los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada al extinguir el empleador la relación laboral durante el periodo de prueba”*, arriba la conclusión que las asalariadas que sean gestantes durante el periodo de prueba están desprotegidas frente al potencial uso irregular de esta institución jurídica laboral, toda vez que los operadores de justicia no han emitido pronunciamiento sobre su situación en concreto, dejando un vacío legal en la norma; y que la extinción de la relación laboral durante el periodo de prueba puede contemplarse como un acto arbitrario, siempre y cuando el empleador haya abusado de su facultad resolutoria, situación que debe ser acreditada por la trabajadora, con cualquier medio que evidencie el atropello a sus derechos, por ejemplo que sea separada de la institución en un acto discriminatorio. (Pág. 31)

1.3. Abordaje Teórico

1.3.1. Doctrina

Precisamente la necesidad del hombre por satisfacer sus necesidades lo ha llevado a que busque las formas de obtener recursos para subsistir dentro de la sociedad, aquellas actividades que se realizan para obtener una retribución, se le denomina trabajo. Es decir, el hombre que entrega su producción laboral a cambio de una obvención, se le conoce como trabajador, y aquel que está dispuesta a pagar por ella,

se le llamará empleador, el acuerdo de la voluntad de estas dos partes para obligarse recíprocamente, recibe el nombre de contrato de trabajo, que se diferencia de los contratos civiles, porque la índole laboral busca una relación de igualdad entre trabajador y empleador.

Nuestra Carga Magna concibe el derecho al trabajo en su artículo 22, y establece que el trabajo es un deber y un derecho; por lo que el Tribunal Constitucional ha manifestado la doble dimensión de este derecho, es decir una persona tiene derecho a que se le otorgue un puesto de trabajo que le garantice una vida digna, y el segundo es mantenerse en su puesto de trabajo, es decir que no pueda ser despedido sin que medie una causa justa para que su empleador decida dar por terminada su relación laboral.

1.3.1.1. El contrato de trabajo

Para conocer a la institución del periodo de prueba, es necesario estudiar el ámbito donde se desarrolla, el cual es el llamado contrato de trabajo.

Ferrari (1969) recuerda que el contrato de trabajo es un contrato en el que una persona se pone a disposición de otra para cumplir sus pedidos, a cambio de una compensación económica (pág. 73).

Para TOYAMA Y VINAETA (2008), el contrato de trabajo configura el acuerdo de voluntad de los dos sujetos de la relación laboral, denominados patrono y trabajador, por el cual el trabajador está obligado a prestar sus servicios de manera personal, remunerada y subordinada con el empleador, que se compromete a compensar económicamente los servicios prestados. (pág. 09)

El contrato de trabajo crea una relación laboral, de la que surgen derechos y obligaciones recíprocos entre las partes interesadas, en la que se establecen las condiciones de trabajo para el trabajador subordinado al empleador.

Nuestra legislación no define el contrato de trabajo, sin embargo, establece sus elementos constitutivos, de acuerdo con el artículo 4 del Decreto Supremo N°. 003-98-TR, del texto único ordenado del Decreto Legislativo N°. 728 “Ley de Productividad y

Competitividad trabajo: “En todos los beneficios personales de servicios retribuidos y subordinados, se presume o se infiere la existencia de un contrato de trabajo indefinido.

1.3.1.2. Elementos del contrato de trabajo

Según Toyama (2008), señala que para que existe un contrato de trabajo se necesita de la presencia de tres componentes esenciales:

- A) **PRESTACIÓN DE MANERA PERSONAL DEL SERVICIO:** La ley peruana exige que para que se configure una relación laboral en la que se presten servicios debe ser personalísima, es decir las actividades o funciones a su cargo no pueden ser ejecutadas por un tercero.
- B) **REMUNERACIÓN:** Es la subvención que recibe el trabajador por los servicios prestados, el cual puede ser de forma monetaria o en especie, siempre que se pueda disponer libremente de ella. Es decir, es el pago que el trabajador recibe a cambio de su fuerza de trabajo.
- C) **SUBORDINACIÓN:** Esto significa que el trabajador está sometido a las disposiciones dadas por su empleador, quien tiene la potestad de establecer pautas con respecto a las actividades laborales, como sancionar el incumplimiento de las mismas, respetando el principio de razonabilidad y proporcionalidad.

Los elementos descritos son esenciales para poder arribar a una debida configuración de la definición del contrato de trabajo; pero, existen otros elementos que no son indispensables y/o relevantes para lograr su existencia, pero sí permiten diferenciarlos de un contrato típico o común, entre los cuales se configuran:

- Que las labores tengan lugar en un espacio determinado, el denominado centro de trabajo.
- Que el servicio prestado sea en la jornada que establece la ley.
- Que el trabajador solo labore para un único empleador.
- Que el contrato de trabajo sea indeterminado.

1.3.1.3. Sujetos de la relación laboral

- A) EL EMPLEADOR: Puede ser una persona natural o jurídica que ofrece un puesto de trabajo por cuenta propia o ajena, para el aprovechamiento de una obra o empresa. Es decir, el empleador es aquel a quien se le presta los servicios que se establecen en un contrato de carácter público o privado.
- B) EL TRABAJADOR: Es una persona natural que se coloca a la orden de su patrón, por lo tanto, se encuentra subordinado mediante un contrato de trabajo y una remuneración pactada inicialmente.

1.3.1.4. El periodo de prueba

Asquerino (2015) manifiesta, que el término “prueba” es un concepto diverso, entre las que destacan: a) Un experimento para ver cómo resultará el producto final, b) Examen que va a acreditar tus habilidades y conocimientos y c) Operación para comprobar que la anterior es correcta.

Cabanellas (1978) define al periodo de prueba como una condición establecida expresamente en el contrato de trabajo, la cual permite que cualquiera de los contratantes pueda disolver libremente el periodo de prueba si no se encuentra conforme con las prestaciones o condiciones que ofrece la otra parte, por lo que lo denomina como un periodo experimental e inestable. (pág. 74)

Conforme a Montoya (2005), señala que el contrato de trabajo a prueba es un negocio jurídico en donde las partes deciden experimentar cómo se va a desarrollar el ambiente laboral, en cuanto a las capacidades del trabajador y las condiciones de trabajo que el empleador ofrece. (pág. 23).

Según Alonso García (1975), el contrato de prueba es el convenio de voluntad entre el empresario y el trabajador, en el que están obligados a realizar servicios recíprocos, en este caso el trabajador al prestar sus servicios, estando el empresario obligado a reembolsar ellos durante un período de tiempo determinado (pág.458).

Para Pacheco (2008), el período de prueba consiste en el período durante el cual el empleador evaluará si el trabajador es apto para el puesto y para alcanzar los objetivos de la empresa, y al mismo tiempo que el trabajador considera si el trabajo está de acuerdo a sus expectativas personales (pág.352).

1.3.1.5. Naturaleza jurídica

Las posiciones sobre la esencia jurídica de la naturaleza del periodo probatorio son diversas, algunos autores lo conciben con un contrato preliminar, contrato con condición, un contrato con pacto resolutorio o como un contrato especial de trabajo.

Alonso García (1975) señala que todas estas concepciones tienen en parte una estimación cierta, sin embargo, es importante tener en cuenta que la naturaleza jurídica va a estar en función al contexto donde se desarrolle y la regulación que le otorgue cada ordenamiento jurídico.

1.3.1.6. Posiciones doctrinarias acerca de la naturaleza del periodo de prueba.

Cabanellas desarrolla diversas teorías que intentan explicar la naturaleza jurídica del periodo de prueba, entre ellas plantea las siguientes:

- A) Contrato autónomo: Es decir es un contrato que nace de manera independiente al contrato definitivo, por lo tanto, tiene un objeto propio.
- B) Contrato preliminar: Denominado también precontrato, en el cual las partes contratantes acuerdan celebrar un contrato a futuro, los cuáles surgen con un mismo vínculo laboral.
- C) Contrato de trabajo especial: denominado así por su fin de experimentar o evaluar las capacidades del trabajador y las condiciones del lugar de trabajo. Guerrero (2012) señala que es importante diferenciarlo del contrato de aprendizaje, el cual tiene un objeto de ser distinto al periodo de prueba, puesto que en el contrato de aprendizaje se busca que el empleador le proporcione al aprendiz las herramientas para construir su experiencia profesional, mientras

que el periodo de prueba es el trabajador quien va a tener que demostrar al empleador que se encuentra capacitado para desempeñarse en el cargo. Otras de las diferencias es que el contrato de aprendizaje no constituye un contrato de trabajo, a diferencia del periodo de prueba que se encuentra inmerso en el contrato de trabajo.

- D) Contrato de duración determinada: Esta posición doctrinaria se desvirtúa, puesto que si bien es cierto la ley establece un plazo determinado, el mismo que puede ser reducido de manera unilateral por cualquier de las partes, si considera que es suficiente el tiempo de prueba transcurrido.
- E) Contrato condicional del trabajo: Los laboristas se ciñen más con esta posición doctrinaria, sin embargo, dentro de la misma se dividen en dos grupos, el primero de ellos considera la existencia de una condición suspensiva, y el otro grupo de una condición resolutoria. Ludovico Barassi, precisa que es más sólida la posición de condición resolutoria, en razón a que la condición resolutoria otorga al empleador la potestad para decidir sobre el desempeño del trabajador, de tal modo, que, de no encontrarse conforme, se tiene por cumplida la condición y resuelve el contrato.

1.3.1.7. Justificación del periodo de prueba

Corresponde revisar en que se sostiene legalmente la existencia del periodo de prueba, es decir, que motiva al legislador a crear esta figura en el marco laboral.

El periodo de prueba constituye un elemento trascendental en la relación laboral, pues va a servir para que los contratantes comprueben si tanto el trabajador como el empleador cubren sus expectativas profesionales y personales.

Debemos empezar por señalar que la importancia del periodo de prueba radica que muchas veces, el trabajador para hacerse merecedor del puesto de trabajo trata de dar una buena imagen, una impresión que hace creer al empleador que es la persona indicada, sin embargo, muchas veces esta preparación que demuestra el

aspirante al puesto de trabajo se trata de un trabajo intensivo de semanas e incluso días para pasar con éxito el proceso de selección o entrevista. Lo mismo sucede con el empleador que al iniciar la relación laboral, trata de ofrecer la mejor imagen institucional, para que el trabajador se sienta convencido que va a trabajar en un buen ambiente laboral, con condiciones de trabajo que lo hagan sentirse cómodo y satisfecho económica y personalmente, es ahí donde cobra importancia el periodo de prueba, pues le va a permitir a ambas partes contrastar lo ofertado con la realidad, y si resulta contrario o perjudicial van a poder concluir su nexo laboral sin la necesidad de un preaviso, o indemnización, como también puede suceder que ambos queden satisfechos y decidan concretar el contrato de trabajo.

1.3.1.8. Elementos del periodo de prueba

Según Alonso (1975) los componentes característicos del periodo de prueba son cuatro: Los sujetos, objeto, causa y forma.

- Sujetos: Son aquellos que forman parte de la relación laboral, es decir, trabajador y empleador, van a ser quienes se obligan recíprocamente a cumplir con sus obligaciones y respetar sus derechos. Dada su vinculación del periodo de prueba con el contrato definitivo, son los mismos sujetos quienes van a concretar si así lo desean el contrato de trabajo.
- Objeto: Es la materia sobre la cual va a versar el periodo de prueba, que será la realización de actividades de índole laboral, la cuál debe ser lícita, posible y determinada o determinable.
- Causa: Configura la retribución económica que el trabajador va a recibir a cambio de su fuerza de trabajo, debiendo añadirse que también debe considerarse el valor experimental del periodo de prueba.
- Forma: Esta va a depender de la forma en que se celebre el contrato de trabajo que pretende suscribir, es decir puede ser de manera verbal o escrita.

1.3.1.9. Formalidad del periodo de prueba

Según nuestro ordenamiento jurídico, indica que va a depender de la forma en que se adopte el contrato de trabajo, es decir puede ser oral o escrito.

Según Guerrero (2012) señala que a diferencia de la legislación que impera en España, nuestro ordenamiento jurídico no exige el cumplimiento de una formalidad para la validez de este, por lo que nos permite inferir que se trata de un acto jurídico ad solemnitatem. (pág. 3)

1.3.1.10. Precisiones sobre los efectos del periodo de prueba.

Aparte del efecto principal que sería concretar el período de prueba en un contrato de trabajo definitivo, de él también se derivan otros efectos que, en muchos casos, no se tienen en cuenta.

Nuestra normativa laboral solo se refiere al efecto primario de su aplicación, que es la protección contra el despido arbitrario, si se excede.

Según Alonso García (1975), se deben tener en cuenta los siguientes efectos:

a) Derivados de la seguridad social

La persona que desempeña el rol de trabajador sometido a prueba tiene todos los derechos que se derivan de la seguridad social en cuanto se encuentre afiliado a un régimen laboral y que haya cumplido con las exigencias de ley.

b) Cómputo a efectos de la antigüedad

El tiempo que se estime como periodo de prueba dentro del límite de la ley, va a computarse para determinar el tiempo de servicios del trabajador, de llegarse a superar esta etapa de prueba y formalizar el contrato de trabajo definitivo.

c) Efectos de relación con el contrato de trabajo definitivo

Su forma de celebración dependerá de la forma adoptada para celebrar el contrato de trabajo, salvo las ampliaciones que deben constar por escrito, la misma que no puede exceder de 6 meses o 1 año según sea el caso.

d) Acerca de la duración del periodo de prueba.

El trabajador debe recibir el mismo trato en sus derechos y beneficios que el resto de trabajadores que tienen un estatus permanente, así como recibir las mismas obligaciones que asumiría un trabajador que ya haya superado con éxito el período de prueba. Es importante señalar que la ley no distingue entre el trabajador juzgado y el trabajador que pasó la prueba, por lo que el empleador está obligado a cumplir con sus obligaciones bajo el contrato, es decir, debe reconocer los conceptos por servicio tiempo, registro de nómina, pago de beneficios sociales, entre otros.

Asimismo, al finalizar la relación laboral durante el período de prueba, le corresponde el pago del libro de vacaciones truncado, siempre que haya trabajado durante un mes, de acuerdo con el artículo 23 del Decreto Supremo N° 012-92 TR.

En cuanto a la CTS, el artículo 2 del Decreto Supremo No. 001-97 TR, establece que corresponde recibir pago por tiempo de servicio si ha trabajado al menos un mes, de ser así se calculará en función de los meses y días trabajados.

Durante esta fase de prueba, el trabajador ejerce libremente todos sus derechos inmersos en la libertad sindical, en tres vertientes: sindicalización, negociación colectiva y huelga; A pesar de esto, en el mundo real, es muy poco probable que esto suceda ya que el trabajador no tiene protección en caso de despido considerado arbitrario, siendo el despido más probable por parte de su empleador, dado que si bien, la constitución le otorga ese derecho, ejercerlo lo pondría en desventaja, me pueden despedir sin ningún amparo legal.

Según Cortez, si es el trabajador quien decide dar por terminada la relación laboral, puede decidir en cualquier momento sin obligación de informar con 30 días de antelación, como en el contrato de trabajo.

e) Una vez superado el periodo de prueba.

El principal efecto, es conseguir que para que despidan al trabajador tendrá que mediar causa justa, es decir, si es que el empleador desea despedirlo ya no podrá hacerlo de manera libre, sino que debe alegar una causa prevista expresamente por ley para proceder al despido.

Según Martín, otro de los efectos que se desprende de la doctrina comparada es que el empleador no puede alegar que el trabajador no es apto para el puesto de trabajo, si este ya ha superado el periodo de prueba. Val Tena (2005) señala que es imposible que el empleador pretenda sustentar que el trabajador no cuenta con la capacidad requerida, puesto que en el periodo de prueba el debió constatar si verdaderamente el trabajador se encontraba en las condiciones para satisfacer sus expectativas laborales, por lo que la única salida para extinguir ese vínculo laboral será acreditar la validez de una causa justa para el despido, relacionado a la capacidad del trabajador conforme a lo normado por los dispositivos legales.

1.3.1.11. Precisiones sobre la durabilidad del periodo de prueba

Según nuestra normativa jurídica el periodo de prueba es de básicamente tres (03) meses, lapso que al ser superado otorga al trabajador protección para no ser despedido arbitrariamente. En el Perú, según Cáceres (2006), el periodo de prueba se puede aplicar de manera verbal o escrita, por lo que cualquiera de las partes si decide terminar con esta relación laboral en lo que dure la vigencia del periodo de prueba solo basta con invocar el periodo de prueba para librarse de toda formalidad que la extinción de un contrato requiere.

Se debe tener en cuenta que el plazo de 3 meses constituye una generalidad de esta figura, sin embargo, las partes pueden acordar un plazo menor, o en su defecto un plazo mayor a este, lo que también es permitido por ley siempre y cuando la ampliación esté justificada por el grado de responsabilidad del cargo o

la naturaleza de este, tal como sucede con los trabajadores de confianza y el personal de dirección.

Para Cáceres (2006), extender el plazo de prueba será válido cuando cumpla con los siguientes requisitos:

- Debe ser un acuerdo entre trabajador y empleador.
- Debe constar por escrito.
- Las labores que va a desempeñar el trabajador exigen la capacitación o adaptación en razón a su naturaleza o complejidad.
- A pesar de que se permita una excepción a la regla, como es un plazo mayor a 3 meses, esta salvedad también tiene un límite, la cual es 6 meses para los cargos de confianza y 01 año para los que se desempeñen en puestos de dirección.
- No solo bastará el acuerdo de las partes para extender el periodo de prueba, sino que se debe acreditar en la realidad que verdaderamente el puesto lo requiere por su naturaleza, por lo tanto, para que opere la ampliación debe estar expresamente justificada.

1.3.1.12. El periodo de prueba en la administración pública

Conforme a Haro (2012) indica que el empleo público son las actividades que desarrolla la administración pública, que la ejecutan los empleados públicos. (pág. 45)

Dromi (1995) señala que aquel que ejerce actividades propias del estado son empleados públicos, quienes mediante su fuerza de trabajo material e intelectual hacen posible la realización de los fines del estado, pudiendo ser funcionarios o empleados públicos según la naturaleza de sus funciones. Nuestra Constitución, en su artículo 40° precisa que la carrera administrativa sólo contempla a los servidores públicos, más no a los funcionarios que asumen cargos políticos o de confianza. En relación a ello, el artículo 4° de la Ley N°28175, realiza una clasificación de servidores civiles del estado en:

- Funcionarios públicos.
- Empleados de confianza.
- Los llamados servidores públicos, están clasificados en directivo superior, ejecutivos, los especialistas y apoyo.

1.3.2. Legislación

1.3.2.1.1. Regulación del periodo de prueba en el decreto legislativo N°276

La carrera administrativa está compuesta por normas, principios y procesos que establecen los derechos y obligaciones que asisten a los servicios estatales, regulados por el Decreto Legislativo N°. 276 y su reglamento por el Decreto Supremo No. 005-90-PCM.

La excepción a este decreto legislativo son los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, a quienes no se les puede aplicar las normas contenidas en el mismo, quienes presten servicios de manera permanente en instituciones estatales estarán sujetos a su regulación, Pudiendo El Estado contratará trabajadores para el desempeño de funciones permanentes en casos excepcionales como las siguientes circunstancias:

A) CONTRATOS Y CONTRATADOS QUE TIENEN MÁS DE UN AÑO DE SERVICIO

Al año debe haberse laborado de una manera ininterrumpida, con el fin de que el trabajador pueda nombrarse en el primer nivel del grupo para el curso, si es que existe una vacante, lo que permitirá llevar algunas ventajas porque funcionará como una prueba de su desempeño el cual deberá realizarse de manera eficaz.

B) CONTRATADOS QUE TIENEN TRES AÑOS DE SERVICIOS

Al computarse los 03 años laborados ininterrumpidos, el trabajador se hace merecedor a un derecho reconocido como el nombramiento; por lo que la

institución deberá adoptar las medidas necesarias para cubrir la plaza correspondiente.

1.3.2.2. La Regulación en el régimen laboral especial de contratación administrativa de servicios (Decreto Legislativo N°1057)

El CAS es una forma contractual especial de empleo que tiene las mismas características que un contrato de trabajo y se rige independientemente por su Decreto Legislativo N° 1057.

La Ley No. 29849, en su artículo 10, indicó sobre el período de prueba que el mismo para todo tipo de servidores es de 03 meses, especificando que en caso de resolución arbitraria del contrato de servicio administrativo, dará lugar al pago de una indemnización, que equivale a la retribución mensual que dejó de percibirse hasta el vencimiento del plazo contractual, con un máximo de tres meses.

En este tipo de contratación también ocurre que durante el periodo de prueba la entidad puede resolver el contrato sin responsabilidad administrativa o pago de alguna indemnización, esta situación sirve para cubrir de fachada a la actuación arbitraria por parte del estado. Otras de las situaciones que ocurre con frecuencia en las instituciones públicas es que se contrata personal bajo la modalidad de CAS con un plazo menor a los 3 meses, contratos que en su mayoría no vuelven a renovarse y son lanzados a concurso público, siendo en un gran porcentaje los ganadores los mismos trabajadores que se desempeñaban en el cargo, esta situación genera que el empleador abuse de esta figura, dejan al trabajador sin la posibilidad de alcanzar la estabilidad laboral.

1.3.2.3. Regulación en el régimen de servicio civil (LEY N°30057)

Este régimen indica que el período de prueba se determina por un período de tres meses. El Tribunal Constitucional señaló al respecto en Exp N° 00018-2013-PI / TC, que la duración del período de prueba es un plazo prudencial que se enmarca dentro de los márgenes de la legislación comparada, que va del 01 a España a los

03 meses como Sucede en Colombia y Chile, incluso hasta un año como en el caso de Canadá, por lo que esta institución jurídica no constituye una situación abusiva o perjudicial para los trabajadores, sino que es ideal para que el Estado pueda asegurar que se cumplan sus objetivos contratando personal idóneo y eficiente.

Además, se ha criticado el artículo 72 de la ley N° 30057, por instituir para ciertos autores o doctrinarios un trato desigual respecto a los trabajadores que ingresan por concurso público, quienes, de ser sometidos a la prueba de plazo, eximen a los que proceden de otra dieta. Sin embargo, esta valoración no es correcta porque estos trabajadores de otros regímenes ya han pasado el periodo de prueba y al trasladarse según la ley ya tienen experiencia de trabajar en cargos públicos, por lo que hablaríamos de dos situaciones distintas que requieren un tratamiento diferente.

En el servicio público, la ley establece que si el trabajador no reúne las condiciones para el cargo, el empleador debe declarar que no se ha superado el período de prueba, especificando en su declaración las razones que expliquen expresamente por qué se considera que el período no ha sido superado.

Se debe tener en cuenta que, para dar por resuelto un contrato durante el período de prueba, si existen trámites mínimos, como el plazo para comunicar la terminación de la relación laboral, que se debe notificar 05 días antes del vencimiento del período de prueba, a cargo del departamento de recursos humanos o de quien cumpla sus funciones, y deberá basarse en el informe que le transmita el superior inmediato.

La resolución que proclame el fin de la función pública debe estar debidamente motivada de conformidad con el artículo 49° de la ley.

Como se indicó anteriormente, el período de prueba no puede exceder los tres meses, sin embargo, para estos contratos de duración determinada se deben tener en cuenta ciertos criterios:

a) Contratos que tengan una duración de tres meses, el período de prueba solo tendrá una duración de 15 días, que serán calendarios.

b) En los contratos de hasta 06 meses, el período de prueba será como máximo de un mes natural.

c) Para las personas mayores de seis meses, el llamado período de prueba será de un máximo de 03 meses y al menos de un mes natural.

1.3.3. Jurisprudencia

1.3.3.1. Jurisprudencia del tribunal constitucional sobre el periodo de prueba.

Señala Concha (2014), que el Tribunal Constitucional es de suma importancia en nuestro ordenamiento jurídico por la emisión de sus fallos, que han colaborado a afianzar instituciones de derechos, y en ocasiones han generado controversias en diversas materias. En relación con el tema el TC ha emitido fallos controversiales sobre la estabilidad laboral y el periodo de prueba entre los que resaltan los siguientes:

EXP. N° 00231-2012-PA/TC hace referencia a las dos dimensiones que abarca el derecho del trabajo, la primera es que todos tenemos derecho a acceder a un puesto de trabajo, y el segundo a no ser despedido, salvo la concurrencia de una causa justa. Para ello el TC señala que, para lograr el primer aspecto, es necesario que el estado promueva políticas y mecanismos para brindar puestos de trabajo a la población.

STC N°00976-2001-AA/TC, esta sentencia desarrolla pronunciamiento sobre la protección frente al despido arbitrario regulado en el artículo 27 de la constitución, desarrollando interpretación sobre lo que se debe entender por protección adecuada contra el despido arbitrario.

EXP. N°02405-2008-PA/TC, en esta oportunidad el Tribunal constitucional se pronuncia sobre el periodo de prueba, debiendo analizarse si la trabajadora se encuentra protegida o no contra el despido de manera arbitraria, sin embargo, del caso objeto de análisis se comprueba que el término de la relación laboral se origina dentro del periodo de prueba, lo que no da lugar a un despido arbitrario o incausado.

EXP N°1057-2002-AA/TC, el colegiado supremo señala que tiempo de prueba es el lapsus en el que el empleador estima el rendimiento del trabajador; siendo la duración de estos 3 meses, el mismo que si es superado con éxito otorga al trabajador protección para no ser despedido sin que medie causa justa. En el caso en concreto la parte afectada inició labores el día 19 de junio del 2000, y sus labores cesaron el 31 de agosto del mismo año, es decir, el despido fue cuando se encontraba vigente este periodo probatorio, por lo que, no existe transgresión del derecho del trabajo, por lo que se declaró infundada la demanda.

EXP. N° 00891-2007-PA/TC, en este caso el colegiado si resolvió a favor del trabajador Hipólito Chunga Castillo, ordenando su reposición al centro de trabajo, en su demanda el recurrente solicita que se deje sin efecto la carta EF/92.2300, la cual ordena su cese de sus labores dentro del periodo de prueba conforme lo establecido al artículo 10° del D.S N°003-97-TR; y que se ordene su reincorporación al Banco de la nación.

El demandante alega que se ha vulnerado su derecho al trabajo, puesto que la entidad no puede alegar el periodo de prueba para despedirlo unilateralmente, puesto que él es un trabajador reincorporado por mandato legal, debido a que es beneficiario inscrito en el Registro Nacional de trabajadores Cesados irregularmente, como lo acredita la resolución Suprema N°034-2004 TR, la misma que ordenó su reposición al cargo de conductor. Su reincorporación se comprueba con los múltiples memorándums que asignan al recurrente en su cargo, categoría y remuneración.

Al ser reincorporado el demandante fue subyugado a un proceso de instrucción en formación administrativa, es durante esa etapa que el empleador le cursa una carta con fecha 17 de octubre del 2005, que señala que en virtud de las atribuciones que el periodo de prueba le otorga, da por concluida la relación laboral iniciado el 19 de agosto del 2005.

En este caso corresponde analizar si corresponde aducir al periodo de prueba, a aquellos supuestos en los que el trabajador haya sido reincorporado por mandato de una ley. Según la Resolución Ministerial N°024-2005-TR, aquellos trabajadores que han sido reincorporados como reparación de los ceses colectivos producidos en este contexto prescrito en la Ley N°27803 incluyen un periodo de capacitación, a fin de que los trabajadores que han logrado restablecer el vínculo laboral por mandato legal se encuentren aptos de desempeñarse en sus cargos. Asimismo, es importante resaltar que el nacimiento del periodo de prueba lo genera la existencia de un contrato de trabajo, que se caracteriza por el acuerdo de voluntades de las partes, sin embargo, en este caso, el vínculo laboral proviene de un mandato legal, por lo que el trabajador se ha hecho merecedor al puesto de trabajo por cumplir con todos los requisitos legalmente establecidos.

En conclusión, el colegiado señala que se habría producido un despido fraudulento, en razón, a que no corresponde aplicar el periodo de prueba como causa justa del despido, teniendo en cuenta que se trata de un mandato legal y su reincorporación responde a mecanismos resarcitorios promovidos por el estado frente aquellos que han sido afectados anteriormente.

EXP. N°00231-2012-PA/TC, nuestro órgano máximo de interpretación constitucional se pronuncia sobre la extensión del periodo de prueba a cuatro meses, consignado en la cláusula quinta del contrato de trabajo. El referido documento justifica la extensión en el grado de responsabilidad del puesto de controlador de obligaciones tributarias; a pesar de ello, la norma es clara cuando dice que no solo basta que se alegue expresamente la complejidad del trabajo a desarrollar, sino que el empleador debe acreditar en el realidad; por lo tanto en este

caso el empleador al no poder justificar la extensión del periodo de prueba y al advertir el TC, que el mismo trabajador ya contaba con experiencia relacionada al puesto de trabajo, puesto que ya había prestado sus servicios en calidad de Fedatario Fiscalizador de la SUNAT. En ese orden de ideas, el TC concluye que no es válida la extensión, porque carece de sustento, por lo que resulta fraudulenta e injustificada. Entonces, se tiene que el trabajador si superó el periodo de prueba, el empleador está impedido a separarlo de su puesto de trabajo arbitrariamente.

STC N°1057-2002-PA-TC, fue la que profundiza sobre la definición del periodo de prueba, señalando que se trata del lapso que permite evaluar si el trabajador se encuentra apto para el puesto de trabajo, siendo su duración de 3 meses, y al ser superado el trabajador no podrá ser despedido sin causa justa.

1.3.3.2. Jurisprudencia de la corte suprema de justicia del Perú

CASACIÓN LABORAL N°7095-2014-LIMA, que si bien es cierto no se trata de un precedente vinculante, ha generado fallos reiterados con el mismo tenor, esta dispone el pago de una indemnización por daños y perjuicios a favor de una trabajadora que fue despedida durante el periodo de prueba, al estimar ciertas condiciones bajo la normatividad civil, como por ejemplo que era un profesional capacitado para el cargo y fue el empleador quien la motivó a desvincularse laboralmente con su anterior empleador, donde laboraba hace 6 años. La corte sustenta su postura principalmente en los siguientes fundamentos:

- 1) Que, el periodo de prueba tiene como objeto constatar la capacidad y aptitud del trabajador. Por ende, se podrá romper el contrato en dos situaciones; la primera que las cualidades del trabajador no encuadran con las requeridas para el puesto de trabajo; la segunda cuando las pruebas que establece el empleador no son superadas por el trabajador.
- 2) Que la demandante no solicita indemnización por ser víctima de despido arbitrario, sino que alega haber sido afectada por la extinción

del vínculo laboral, al no tener en cuenta su formación, experiencia y capacidad profesional en su anterior puesto de trabajo, por lo que requiere el pago de una indemnización por daños y perjuicios.

- 3) La corte manifiesta que el empleador no ha actuado en respeto al principio de buena fe, puesto que motivó a que la trabajadora termine su relación laboral de 6 años con su antiguo empleador, ofertándole un mejor puesto de trabajo, para luego aplicar irregularmente el periodo de prueba, ello ocasionó que la trabajadora vea frustrado su proyecto y expectativas laborales; por lo tanto, ordenó el pago de una indemnización por daños y perjuicios conforme al artículo N° 1321 del código civil.

Arce (2015) señala que en la casación no se cuestiona la legalidad de la ruptura del lazo laboral durante el periodo de prueba, al contrario lo reconoce como viable; lo que la corte analiza es si la empresa ha frustrado su proyecto laboral de la trabajadora con su anterior empleador, donde se venía desempeñando eficientemente y respaldada con un contrato por tiempo indefinido, es ahí donde la Corte superior se pronuncia y refiere que el nuevo empleador fue quien le ofreció una mejor oferta laboral a la trabajadora, a fin de convencerla que venga a trabajar para ellos, y renuncie a la otra empresa, fue así como sucedió, sin embargo transcurridos 2 meses y 14 días la empresa la despide sin causa objetiva alguna, dejándola sin trabajo. En este sentido, la Corte argumenta que verdaderamente se le frustró su proyecto laboral, por lo que le corresponde recibir una indemnización para reparar el daño causado por su nuevo empleador.

CASACIÓN LABORAL N°4937-2009, establece que la ley debe otorgar un trato igualitario para todos los trabajadores, por ende, los trabajadores de confianza también adquieren protección a no ser despedidos arbitrariamente, si logran superar exitosamente el periodo de prueba, siendo inadmisibles la exclusión de este derecho por su condición de trabajador de confianza.

1.3.3.3. Jurisprudencia extranjera sobre el periodo de prueba

- **España**

STS U.D 4438/2000, establece que el periodo de prueba no aplica automáticamente a todos los contratos, sino que para su validez debe ser contemplado por escrito dentro del contrato de trabajo desde su inicio, no pudiendo ser incorporado con posterioridad a la suscripción del contrato.

STSJ CATALUÑA 2722/2008, hace referencia a que no es posible convenir un período de prueba con un trabajador que ya ha laborado en la misma empresa, siempre y cuando el trabajador vaya a desarrollar las mismas funciones que desempeñó en el anterior contrato. Sin embargo, cabe una excepción a la regla, que se da en caso en el primer contrato no se haya agotado el plazo legal máximo del periodo de prueba.

SENTENCIA DEL TS, según Palacios (2007) es importante atender que el periodo de prueba es una institución jurídica-legal que se caracteriza por su razonabilidad, proporcionalidad, provisionalidad y su naturaleza evaluativa; por ello cita a la referida sentencia donde mediante convenio colectivo establece como periodo de prueba 2 años, el autor señala que esto configura un abuso de derecho, pues no es razonable un periodo tan prolongado para capacitar a trabajadores que se van a dedicar a dedicar a la captar usuarios para anunciar en una guía telefónica, que ajustado a la realidad no reúne las particularidades de complejidad que permitan justificar la extensión del plazo, sentencia que se emite en el mismo sentido de la Sentencia del TS de 20 de junio de julio del 2011 en relación con el periodo de prueba de un año para un puesto de promotor de ventas.

- **Argentina**

La sentencia de la cámara Nacional de apelaciones de trabajo. Sala VIII Petrillo, en el caso Paola Natalia contra Nas Argentina S.A. esta sentencia bajo comentario estableció aspectos muy importantes acerca del periodo de prueba, precisando que:

- Durante la vigencia del periodo de prueba cualquiera de los sujetos están en la facultad de poner fin al vínculo laboral, sin que ello acarree una responsabilidad legal, y en caso de superarse dicho plazo la relación laboral se consolida y por lo tanto el trabajador obtiene estabilidad laboral.

- es factible la indemnización laboral solo en los supuestos o casos en los que se tenga como fin, el resarcimiento de los daños de una cesantía que no haya tenido ningún tipo de justificación, más no reparaciones que tienen como fundamento la estabilidad laboral.

- **Colombia**

En este país el pronunciamiento más relevante recae sobre el EXP: N° T-863069, el que tiene inmerso una acción de tutela iniciada por Nhora Yarima Prado Trisancho contra el Banco Colpatria Real Multibanca S.A., en donde se obtuvo la Sentencia T-978/04, que ha grandes rasgos precisa lo siguiente:

- **COMO UNA EXCEPCIÓN FRENTE A LA ESTABILIDAD LABORAL**

El contrato de trabajo, tiene como una garantía relativa al periodo de prueba, lo que nos permite la libre resolución contractual, en dos supuestos preestablecidos: a) cuando el trabajador no ha cumplido con las cualidades que se requiere para el puesto desempeñado; y; b) si las condiciones en las que se presta el servicio o se realiza la obra no satisface las propias expectativas profesionales y personales del trabajador. Por ello es que a esta etapa se le denomina como “etapa de incertidumbre laboral”, siendo la misma una excepción a la estabilidad laboral constitucionalmente reconocida.

- **MOTIVACIÓN DEBIDA DE LA DECISIÓN UNILATERAL DEL EMPLEADOR PARA LAS CAPACIDADES DEL EMPLEADO**

Por un lado tenemos el periodo de prueba que faculta al empleador para poder extinguir el vínculo laboral de forma unilateral, sin que exista la necesidad de que exista una causa justa; pero sin embargo, esta decisión si debe tener una justificación y se debe fundar principalmente en criterios objetivos que se relacionen con la capacidad laboral que muestra el trabajador, con el fin de evitar el uso arbitrario y encubrir situaciones de discriminación y arbitrariedad.

- EL RENDIMIENTO DEL TRABAJADOR NO DEBE CUBRIR LAS EXPECTATIVAS DE LA EMPRESA

En este caso en concreto, la decisión del Banco Colpatria no constituye de ninguna manera arbitrariedad, porque la empresa logra de una manera acreditar que se ponga fin a la relación laboral; es así que al no reunir los requisitos, no tiene ningún fundamento el contrato de trabajo, y por ende en ningún momento y bajo ningún supuesto los días en que la trabajadora incapacitada para poder trabajar.

1.4. Formulación del Problema

¿Cómo lograr evitar la aplicación irregular del periodo de prueba en los contratos de trabajo?

1.5. Justificación e Importancia del Estudio

En este apartado el investigador deber responder a las preguntas ¿por qué? Y ¿para qué?, siendo que la presente investigación se justifica porque existe una radical importancia de un derecho constitucional como lo es el Derecho al Trabajo, siendo que este tiene que ser protegido, y se deberá dar una mayor protección a la parte más débil, el trabajador. No olvidando, que desde un punto de vista de la flexibilidad laboral, se ha desarrollado con mucha frecuencia la institución del periodo de prueba, que se encuentra preestablecido en el artículo 10° del Decreto Supremo N° 003-97- TR, del Texto Único Ordenado del Decreto Leg. N° 728, el cual establece como como una premisa general el plazo de 03 meses para el periodo, previéndose también su ampliatoria para casos determinados, siendo este periodo de prueba una excepcionalidad a la estabilidad laboral que busca el trabajador. El trabajo de

investigación se realizó porque resulta necesario y útil profundizar sobre esta figura jurídica, con el fin de que el empleador no la pueda transgredir o abusar injustificadamente de la misma; siendo que en la actualidad muchas veces el empleador se vale de este periodo para poder despedir trabajadores sin razón de causa, y así evitar que a la larga se conviertan en trabajadores permanentes, que tendrán todos los beneficios que los demás, olvidando de tal manera el fin para el cual el legislador creo esta figura.

1.6. Hipótesis

Según Hernández, Fernández & Baptista (2014) se entenderá por hipótesis a las guías de un estudio o investigación. Las hipótesis son aquella premisa de lo que se trata de demostrar o probar a lo largo del trabajo, derivándose de la teoría existente y deberá ser formulada por el investigador a manera de preposiciones. Por lo que en el presente estudio la misma quedará de la siguiente manera:

Si se logra la implementación de un artículo que establezca los límites generales, y específicos sobre el denominado periodo de prueba, disminuirán los excesos que se vienen generando como consecuencia de una aplicación irregular, logrando de tal manera proteger al trabajador en una relación laboral.

1.7. OBJETIVOS

Estos deberán expresar con mucha claridad y tienen que ser susceptibles de ser alcanzados, estos serán la guía de la investigación, por lo que deberán de guardar relación entre si. Los autores Martínez, Briones y Cortés (2013), precisan que estos objetivos serán los parámetros que delimita al estudio sobre un contexto general, orientando las fases que irá sufriendo el tema bajo estudio. Es por ello que además los objetivos mantendrán verbos en infinitivo, los que expresarán las acciones o actividades que se lograrán llevar a cabo.

1.7.1. Objetivo General

Determinar de qué manera se puede evitar la aplicación irregular del periodo de prueba en los contratos de trabajo.

1.7.2. Objetivos Específicos

1. Identificar los alcances y límites sobre el periodo de prueba.
2. Analizar cuál es la naturaleza del periodo de prueba.
3. Investigar sobre los periodos de prueba en los contratos de trabajo.
4. Proponer la implementación de un artículo al Decreto Legislativo N° 728, el cuál establezca límites a la decisión extintiva para el periodo de prueba.

II. MARCO METODOLÓGICO

2.1. Tipo y Diseño de a Investigación.

2.1.1 Tipo

Cuando se realiza un trabajo de talle cualitativo, en lugar de iniciar con una teoría y posteriormente analizar el mundo empírico, para así poder corroborar si la misma es apoyada por los datos y resultados, el investigador comenzará examinando cuales son los hechos, desarrollando con posterioridad una teoría coherente, para así poder presentar lo que se observa. Dicho en otro sentido, las investigaciones cualitativas se basan en una lógica y luego proceso inductivo (describir, explorar y luego generar conclusiones teóricas), yendo en tal sentido de lo particular hasta lo general. Como ejemplo de ello, en un estudio cualitativo típico, el investigador realiza entrevistas a una persona, luego analiza los datos que ha obtenido, para posteriormente poder arribar a sus conclusiones; luego de ello, entrevista a otra persona, analiza la nueva información obtenida para poder revisar sus resultados y conclusiones, de igual manera, puede efectuar, y así mismo analizar más entrevistar con el fin de poder

entender el fenómeno que está estudiando, procederá en tal sentido caso por caso, o dato por dato, para poder llegar a una perspectiva general (Esterberg, 2002, pág.42).

En el presente trabajo, nos encontramos ante una investigación que tiene un enfoque cualitativo, ya que la misma está inmersa bajo un orden explicativo, que no es cuantificado, de talle descriptivo. Es decir, se origina en hechos de la realidad, algunos fenómenos, características que puede ocurrir dentro de una realidad socio jurídica (Tamayo, 1995, p. 54).

Ha este tipo de investigación, cualitativa, se le conoce también como una teoría fenomenológica o de carácter descriptivo, por lo que la misma no puede tener un carácter cuantificable, siendo lo más relevante los hechos que hayan ocurrido en la realidad, en tal sentido la forma de recolectar los datos es de un acontecimiento suscitado en la realidad y que tendrá un impacto en el mundo socio jurídico (p. 10).

Si nos encontramos ante un estudio de tipo cualitativo, estas características deberán extraerse de la descripción que tenga el problema, siendo que en este tipo de investigación, tendremos por ello dos categorías, una como una forma independiente, que se basa en causas, y otra dependiente, siendo este un efecto que se puede derivar de la categoría independiente (Gómez, 2012, p. 33).

De esta manera, podemos apreciar un enfoque cualitativo, cuando el mismo tiene una característica para poder comprender y así se pueda describir la realidad, para lo cual se utilizará la recolección de datos e información, etc. Toda vez que se tiene como objetivo porque existe en la realidad un problema y en qué condiciones se encuentra el mismo en la actualidad (Valderrama, 2002, p. 39).

Es propositiva porque busca incorporar un artículo referido al periodo de prueba al Decreto Legislativo 728 para evitar el abuso o desnaturalización de esta figura jurídica en los contratos de trabajo.

2.1.2. Diseño

En este estudio nos encontramos con un diseño no experimental. Dado que la conceptualización del diseño de investigación se refiere a la perspectiva con la que se relaciona la etapa conceptual del proceso de investigación, como el planteamiento del problema, los conceptos se desarrollan con una perspectiva teórica (Hernández, Fernández & Baptista 2014, pág. 126).

Un estudio de característica no experimental no genera ninguna situación, sino que se van a tener que observar situación que ya existen en la realidad, las cuales no son provocadas de manera intencional por quien las está ejecutando en la investigación. Cuando la investigación no sea experimental las variables independientes ocurren y por ello no es posible la manipulación de las variables, esta variable no sufre un control directo, no pudiéndose también influir en ello, porque las mismas ya sucedieron (Hernández, Fernández & Baptista 2014, pág. 152).

2.2. Población y Muestra.

2.2.1. Población.

En cuanto a la población, la misma se basa en la totalidad del fenómeno que se ha querido estudiar, es lo global, pudiendo ser una población de animales, personas, o lo que se vaya a estudiar en la investigación científica (Gómez, 2012, p. 87).

La constituye aquellos individuos que al ser estudiados muestran características comunes, en un lugar y momento determinado, son quienes van a constituir el enfoque de la investigación. En este caso, la población está compuesta por los casos referidos al periodo de prueba en los contratos de trabajo.

2.2.2. Muestra

Sobre la muestra, esta es una cantidad determinada de la población, para lo cual se han utilizado herramientas, con el fin de poder analizar específicamente cual es la muestra que se va a estudiar y bajo qué características la misma se ha podido determinar (Gómez, 2012, p. 85).

En el presente estudio, el modelo consta de tres sentencias de la Corte Constitucional peruana, así como una sentencia extranjera referente al período de prueba.

Tabla N° 1.- Comunidad jurídica

PROCEDIMIENTO	DESCRIPCIÓN	CANTIDAD	EXPEDIENTE
Recurso de agravio Constitucional.	Tribunal Constitucional.	01	N° 00891-2007-PA/TC.
Recurso de agravio Constitucional.	Tribunal Constitucional.	01	N° 02982-2012-AA/TC.
Casación Laboral	Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.	01	N° 7095-2014-LIMA.
Amparo	Tribunal Constitucional de Colombia	01	N°T-863069.
TOTAL	04	04	04

Fuente: Propia de la investigación

2.3. Variables y Operacionalización

2.3.1. Variable independiente

El periodo de prueba.

2.3.2. Variable dependiente

El contrato de trabajo.

2.3.3. Operacionalización

Variables	Definición Conceptual	Dimensiones	Indicadores	Ítem / Instrumento
Independiente El periodo de prueba.	Es la etapa preliminar al contrato de trabajo que permite al empleador evaluar las capacidades y aptitudes del trabajador, para determinar si es competente para el puesto de trabajo; y por otra parte sirve para que el trabajador evalúe las condiciones en las que se le va a contratar. (Cabanellas, 2006)	<p>Naturaleza Jurídica</p> <p>Características</p> <p>Regulación</p>	<p>Carácter evaluativo</p> <p>Finalidad</p> <p>Duración</p> <p>Carácter Transitorio</p> <p>Legislación Nacional</p> <p>Legislación Comparada</p>	<p>Técnica de Gabinete</p> <p>Técnica Documentaria</p>
Dependiente El contrato de trabajo	Es una relación de naturaleza jurídica, en la cual el trabajador entra en la fuerza de su trabajo, y los frutos del mismo ingresan al patrimonio del empleador, quien se obliga a retribuir una remuneración, pudiéndose ser dineraria o en especies. (Alonso, 2001)	<p>Elementos</p> <p>Efectos</p>	<p>Constitutivos</p> <p>Derechos</p> <p>Obligaciones</p>	

2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad.

2.4.1. La Técnica de Gabinete

Abarca el procesamiento y análisis de los datos recopilados. Actividades de análisis e investigación de materiales culturales o naturales (lingüísticos, literarios, antropológicos, sociales, religiosos, botánicos, zoológicos, etc.) recolectados o registrados por el trabajo de campo. El trabajo de gabinete se realiza después de la etapa inicial y preliminar de cualquier investigación que implique la adquisición de materiales y documentos de otras personas o fenómenos naturales a través de información oral o visual.

2.4.2. La encuesta

Permite la observación de determinados hechos a partir de lo manifestado por los encuestados, quienes forman la muestra representativa de la investigación, mediante preguntas estandarizadas, utilizando su instrumento que es el cuestionario.

Esta técnica está constituida por una lista de preguntas objetivas, con la finalidad de conocer el aspecto objetivo y subjetivo de los informantes, todo ello se realizará en un cuestionario debidamente validado.

2.4.3. Análisis Documental

Está compuesto por un conjunto de operaciones que tienen como fin estudiar un documento o un libro, comprende el procesamiento analítico de fuentes documentales, para representarlas bajo una forma diferente a su original.

Además, es necesario el análisis de documentos fiables, ya que para ello se recurrirá a la doctrina de diferentes autores, normas nacionales y jurisprudencia relevante de acorde al tema de investigación por lo que el instrumento es el análisis de documentos.

2.4.4. La observación

A criterio de Sabino (1999), la observación es una técnica común y antiquísima, la cual permite al investigador captar la realidad que lo rodea, la cual va a organizar sistemáticamente. Es así que en la aplicación de esta técnica, el investigador va a registrar lo observado, más no interrogar a los individuos que están involucrados en el hecho o fenómeno social; es decir, no hace preguntas, ya sean orales o escritas, que le permitan obtener los datos necesarios para el estudio del problema.

2.5. Procedimientos de análisis de datos.

Así, de acuerdo con lo logrado mediante la aplicación de técnicas e instrumentos de recolección de datos que se hayan aplicado a las fuentes o informantes indicados, estos serán entonces analizados e integrados en el trabajo de investigación como información relevante por el investigador, con el fin de verificar la hipótesis con la realidad.

Los datos recopilados estarán sujetos a presiones porcentuales que se presentarán en forma tabular en tablas y gráficos estadísticos.

Por información que se ha presentado en forma de resúmenes, tablas o gráficos, con el fin de realizar valoraciones objetivas. Las evaluaciones que se han realizado corresponden a la información de dominio de las variables que se han cotejado, con el fin de obtener una sub-hipótesis, ya que se utilizarán para contrastar la hipótesis general. El resultado de la verificación de cada hipótesis servirá de base para la formulación de una conclusión que será parcial; es decir que el mismo número de conclusiones parciales apuntará a las identificadas.

Para concluir parcialmente, servirán a su vez como premisas para probar la Hipótesis Global. El resultado de la verificación de hipótesis general (que también puede ser una prueba completa, una prueba parcial y una desaprobación o cancelación completa) se utilizará como base para formular las conclusiones generales de la investigación.

2.6. Criterios éticos.

a. Dignidad Humana:

Dentro de este criterio ético, los parámetros que se han establecido tendrán que tener en cuenta a la comunidad Jurídica, y principalmente a la base subjetiva con la que actuará el investigador a lo largo de toda la investigación, siendo el criterio de dignidad humana fundamental para poder desarrollar de manera debida.

b. Consentimiento informado

A través de este criterio todos los participantes que han cooperado para el desarrollo de la presente investigación, han realizado la investigación sabiendo para el fin para que se ha propuesto la misma, aceptando su compromiso y seriedad para poder realizar el mismo.

c. Información

Se toma en cuenta que la información que se va a recopilar tiene que ir en función a la investigación y de fuentes confiables que permitan acreditar indubitablemente la veracidad de los hechos plasmados en la investigación.

d. Voluntariedad

Dentro de este punto se tiene que considerar la firma que plasman los especialistas en derecho laboral para poder corroborar su fiabilidad dentro de la investigación y así determinar la voluntariedad de la investigación ya puesta en marcha.

e. Beneficencia

La presente investigación al profundizar sobre el periodo de prueba, ayuda a que el empleador no aplique esta figura jurídica de manera

irregular transgrediendo los derechos de los trabajadores que encontrándose capacitados profesionalmente se ven afectados por el uso abusivo de esta institución jurídico, no pudiendo lograr su anhelada estabilidad laboral y la protección frente al despido arbitrario.

f. Justicia:

La investigación tiene que ser justa porque el beneficio directo será para el Estado Peruano, para que se unifiquen los criterios, para salvaguardar los derechos laborales de los trabajadores y las empresas sepan cómo deben actuar en cumplimiento de la ley, y evitar consecuencias jurídicas a futuro.

2.7. Criterios de Rigor Científicos

a) Fiabilidad:

Estos actos de fiabilidad tienen como principal objetivo la obtención de conocimiento de acuerdo con la certeza de los mismos, por lo que de la misma manera expresan que, para referirse a este criterio (Arias, MY Giraldo C, 2011), en tal sentido el acto deberá basarse en actos de validez de criterio predecible.

b) Muestreo:

Este muestreo se ve inmerso cuando ocurren actos acumulativos que haya realizado el investigador en general. Por lo tanto, se deberán tener en cuenta los datos, dimensiones, categorías con los que se ha realizado la investigación, así como las relaciones establecidas que serán muy valiosas para ser estudiadas.

c) Generalización:

El concepto referente a la generalización se usa de manera amplia en diversas disciplinas, muchas veces con significado especial, lo cual dependerá del contexto en el que se discute la presente investigación.

I. RESULTADOS DE LA INFORMACIÓN

3.1 Resultados en tablas y figuras

Tabla 1

Sentencia del Tribunal Constitucional

EXPEDIENTE	RECURSO	REGIÓN	HA RESUELTO
Exp N° 00891-2007-PA/TC	Agravio Constitucional	Piura	Fundado

Nota: Proceso relacionado al Exp N° 00891-2007-PA/TC.

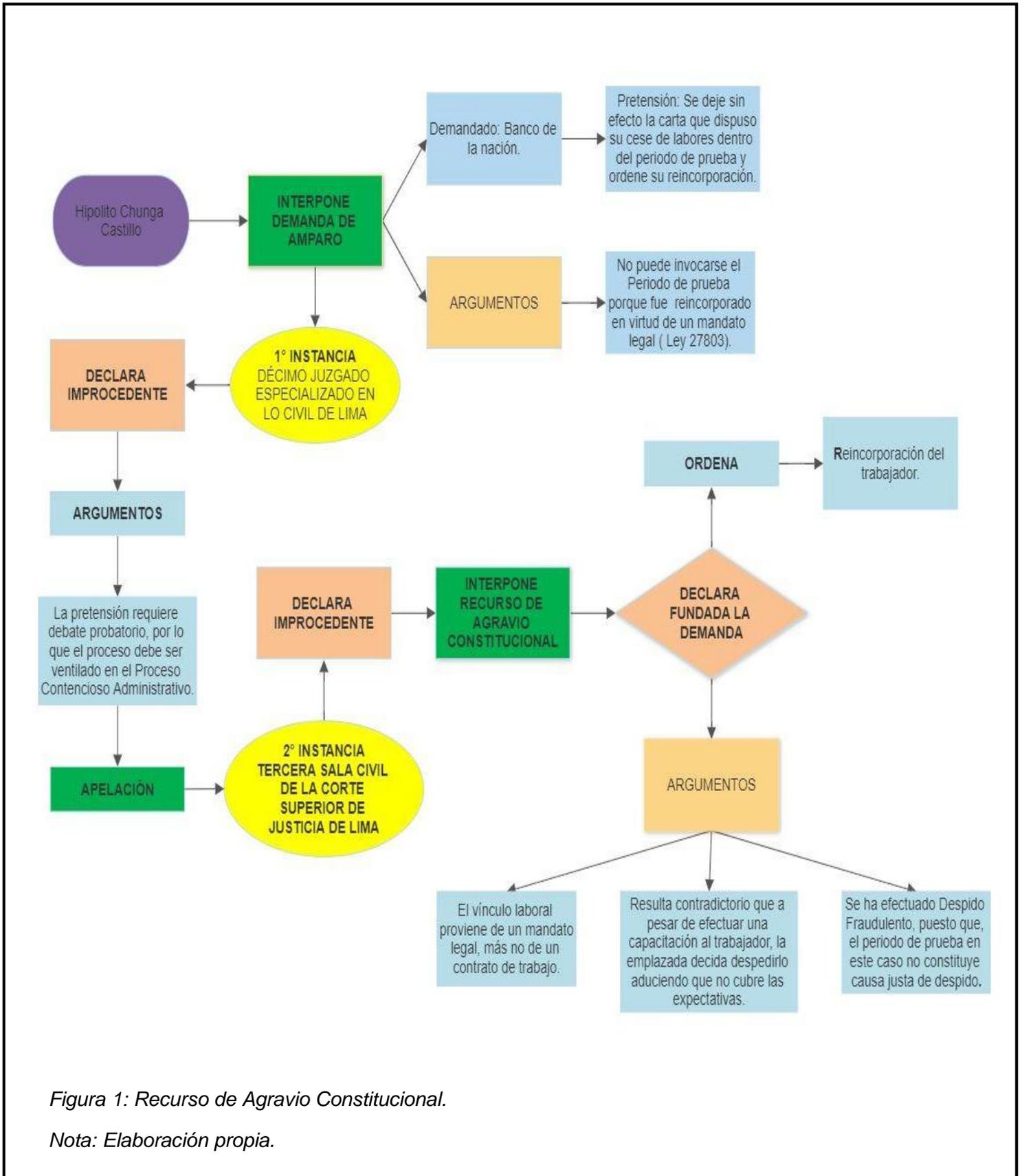


Figura 1: Recurso de Agravio Constitucional.

Nota: Elaboración propia.

Tabla 2

Sentencia del Tribunal Constitucional

EXPEDIENTE	RECURSO	REGIÓN	HA RESUELTO
N° 02982-2012-AA/TC.	Agravio Constitucional	Junín	Infundada

Nota: Proceso relacionado al Exp N° 02982-2012-AA/TC.

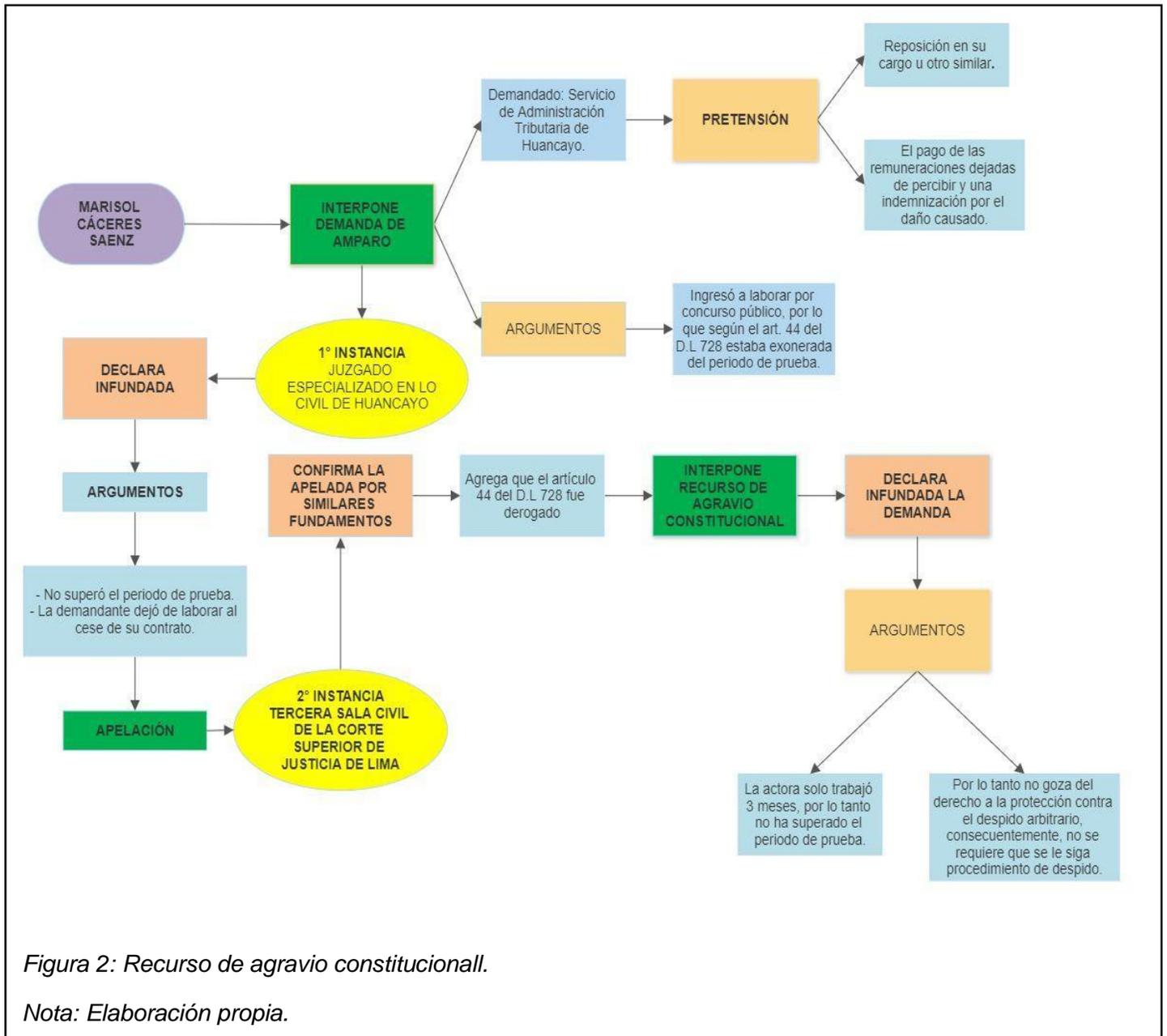


Figura 2: Recurso de agravio constitucional.

Nota: Elaboración propia.

Tabla 3

Sentencia de la Corte Suprema

EXPEDIENTE	RECURSO	REGIÓN	HA RESUELTO
N° 7095-2014.	Casación laboral.	Lima	Fundada en parte.

Nota: Proceso relacionado a la Casación Laboral N° 7095-2014-Lima.

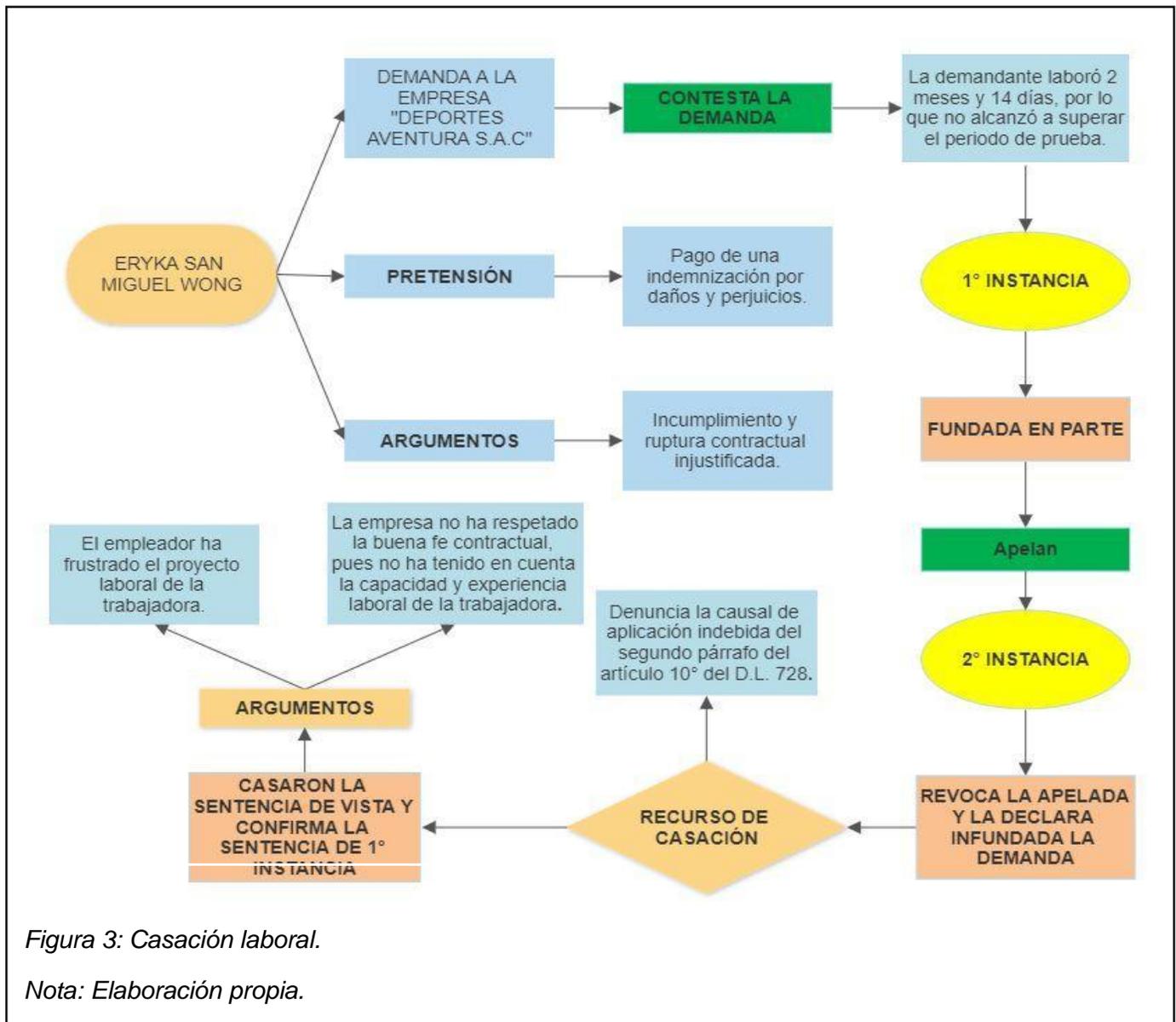


Figura 3: Casación laboral.

Nota: Elaboración propia.

Tabla 4

Sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia

EXPEDIENTE	RECURSO	PAÍS	HA RESUELTO
N° T-863069	Amparo de Derechos fundamentales	Colombia	Denegado

Nota: Proceso relacionado al Expediente N°T-863069.

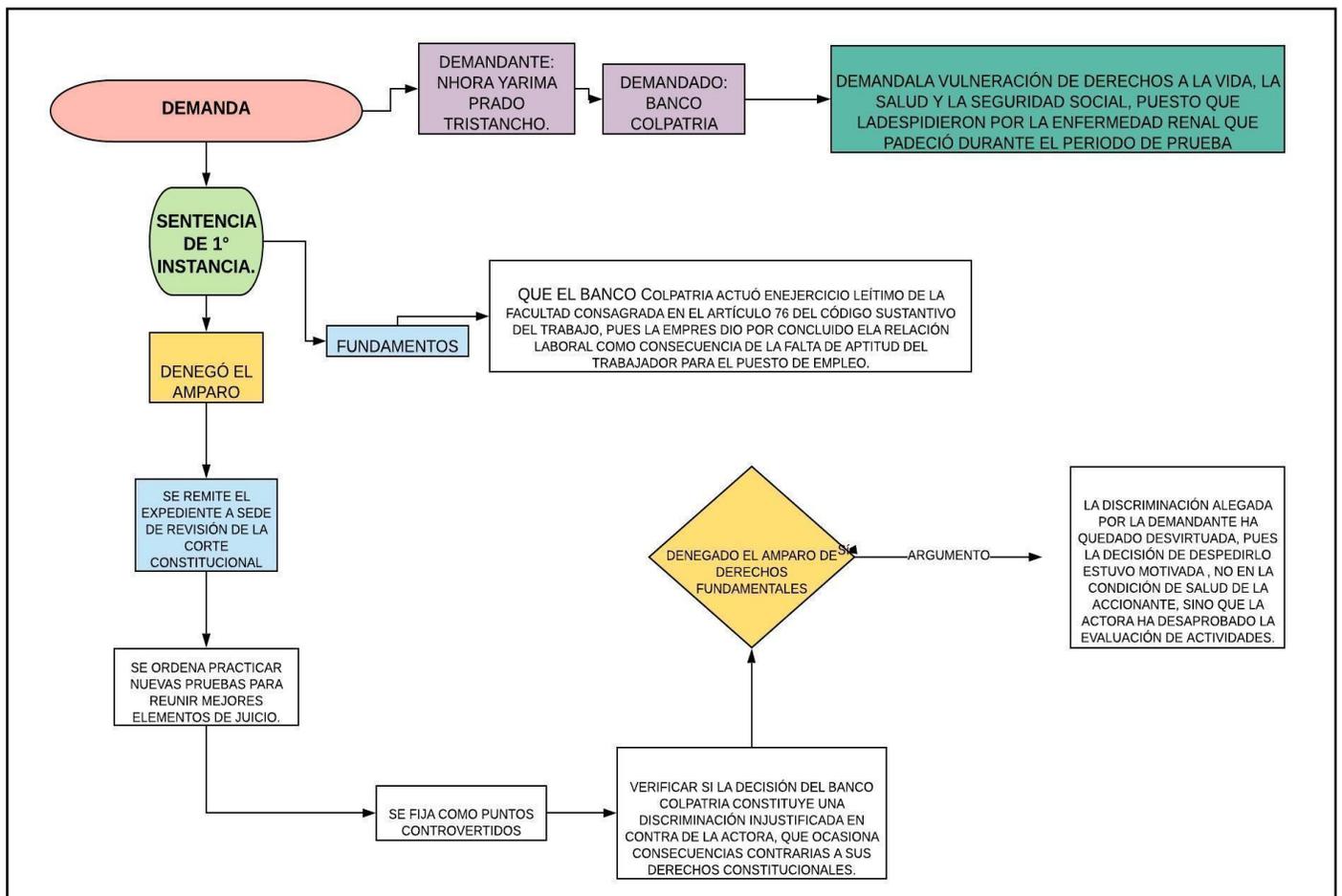


Figura 4: Sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia.

Nota: Elaboración propia.

3.2. Discusión de resultados.

Con base en lo estudiado, puedo afirmar que la jurisprudencia y la doctrina han intentado construir una definición del período de prueba en base a las características de esta institución jurídica, por lo que se considera que es el período durante el cual el trabajador y el empleador tienen la posibilidad de conocerse, el empleador medirá la capacidad del trabajador en el campo de los hechos, y este podrá verificar si el puesto es acorde con sus intereses profesionales y personales, y coincidiendo con Pacheco (2008), "La eficacia de un trabajador no se mide por lo que dice ser, sino por lo que hace". Sin embargo, siendo realista en la práctica, esta institución es más favorable para el empleador, es difícil imaginar un trabajador que no pretenda lograr la estabilidad laboral, por lo que hará todo lo posible para pasar el período de prueba.

La citada jurisprudencia nos ayuda a identificar la funcionalidad que se le dio al período de prueba, como hemos visto de una forma u otra, esta figura jurídica está muy relacionada con la rescisión del contrato de trabajo, por lo que no ha estado libre de controversia en su aplicación en las relaciones laborales, tanto más si su interpretación está ligada polémicamente al despido.

Si bien no existen muchas declaraciones de nuestros órganos jurisdiccionales sobre este tema, esto no prueba que la regulación en nuestro país de la institución del período de prueba sea la más adecuada, como por ejemplo la extensión del período de prueba.

Con base en el análisis de la sentencia de la Corte Constitucional N° 00891-200-2007-PA / TC, la cual fue referida como casuística en esta investigación, el período de prueba permite que ambas partes de la relación trabajen para apreciar las condiciones del ambiente en que desarrollará el servicio, antes de otorgarle un mayor grado de permanencia. El 22 de noviembre de 2005, el

recurrente interpuso recurso de amparo contra el Banco de la Nación, revocando el oficio EF/92.2300 de 14 de octubre de 2005 y ordenándole la suspensión del juicio por un determinado período de prueba. Decreto Supremo Nº. 10 003-97-TR; De la misma manera, según él, cabe señalar que se violó el derecho al trabajo por la imposibilidad de libertad condicional por determinadas condiciones de trabajo, despido arbitrario, debiéndose imponerle medida de cautela por sentencia judicial. fue restaurado en dicha empresa. Una ley especial (Ley 27803, Ley No. 27452 y Ley 27586 que implementa las recomendaciones de los comités) es responsable de la promoción de la inversión privada en las instituciones públicas y la investigación de las reubicaciones colectivas en el sector público. gobiernos locales). En su sentencia de 29 de noviembre de 2005, el Décimo Juzgado Especializado en lo Civil del Puerto declaró que la solicitud de solicitud requería prueba de la disputa y que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 y 2, la solicitud no podía ser admitida en línea. Los métodos procesales especiales son igualmente satisfactorios para proteger un derecho constitucional que ha sido amenazado o violado en el código constitucional de conducta.

La Sala Superior, confirmando el recurso e invocando la sentencia pronunciada en el expediente N° 0206-2005-AA / TC, declaró inadmisibile la solicitud por los mismos motivos. El Tribunal aprecia que el Solicitante, en su condición de beneficiario inscrito en el Registro Nacional de Trabajadores Despedidos Ilegalmente, fue reincorporado por la entidad ubicada el 19 de agosto de 2005, en el cargo de Conductor, Servicio Categoría III, de conformidad con las Directrices Generales del Plan Operativo de Ejecución de los Servicios de la Ley N° 27803. Una vez reincorporado, el demandante siguió el curso de formación administrativo-bancaria, impartido por la entidad del 22 al 27 de agosto, para posteriormente ejercer sus funciones durante los

meses de septiembre y octubre del mismo año. Así, en este contexto, el 17 de octubre de 2005 se notificó al recurrente la carta EF / 92.2300, mediante la cual se le notificó la decisión de rescisión del contrato de trabajo.

En relación con esta actuación de la demandada, el tribunal considera necesario determinar si es válido recurrir a la facultad del empleador para terminar unilateralmente la relación laboral durante el período de prueba. Asimismo, de acuerdo con lo regulado por nuestra legislación laboral, el período de prueba se refiere a la existencia de un contrato de trabajo (artículo 10, bajo el título I: contrato de trabajo), por el contrario, en este caso las relaciones laborales son un mandato legal, donde el empleado entra en el empleo. No depende de la capacidad, sino de la satisfacción general de requisitos legales predeterminados, como la disponibilidad de vacantes, Inscripción en el Registro Nacional de despedidos ilegalmente, Básicamente, la aprobación o cumplimiento del resultado de cualquier curso que no prevea para esta actualización cuatro. En todo caso, funcionó al incluir esta clasificación de trabajadores antes de que se restableciera la relación laboral.

En base a ello el Tribunal Constitucional consideró que se está ante un despido fraudulento, ya que la sola invocación del periodo de prueba no constituye, en el caso materia de revisión, una causa que justifique un despido, sino más bien una medida mediante la cual se evade un mandato legal. Precisa este ente regulador de la constitución que es muy conocido que en las relaciones laborales se busca resarcir un daño al trabajador, frente a un despido incausado, esto debido a la misma naturaleza de la relación que se a instaurado. Es importante detallar que en el caso en concreto, la materia en controversia no es pues la reincorporación del recurrente en virtud de la ley N° 27803, sino precisamente las circunstancias producidas luego de que se hayan efectuado esta reincorporación en virtud de un mandato legal, es decir el despido que se ha operado por la entidad demandada. Es así que está

sentencia preceptúa dos regímenes fundamentales que son: trabajadores que han sido repuestos ha trabajado, bajo los alcances de la ley N° 27803, quienes no están sujetos al periodo de prueba, ya que su reposición obedece a un mandato legal con prescindencia de las calificaciones personales, por lo que se debe entender que su readmisión en el empleo tiene el carácter de indeterminado; b) el supuesto en el que despida a un trabajador que se ha reincorporado bajo los alcances de la ley N° 27803, por la causal de no haber superado el periodo de prueba, lo cual se configura como un despido fraudulento. En tal sentido este Supremo Tribunal fallo en declarar Fundada la demanda de amparo, por lo tanto, ordeno al demandado que reponga al demandante en su puesto de trabajo o uno similar.

En el expediente signado con N° 02982-2012-AA/TC, de fecha siete de marzo del dos mil once, la accionante interpuso un recurso de amparo, en contra del servicio de Administración Tributaria de Huancayo, solicitando la nulidad del despido que se dio de manera ilegal, solicitando en caso de que amparada su demanda sea reinstalada en el cargo de Departamento de Reclamaciones que ocupaba al momento del despido, en el mismo nivel e igual categoría, así como ordenar el pago de una indemnización por daños y perjuicios. Detalla que laboró desde el 10 de septiembre al 09 de diciembre del dos mil diez, fecha en la que se dio por concluido su contrato de trabajo según lo precisado en los oficios No. 003-012-000001806 y del Oficio N° 01-012-000001159, que se fundamentaron precisamente en el tema presupuestario. Detalla que ingreso a laborar cuando ganó un concurso público, por ello, de acuerdo con lo detallado en el artículo 44° del Decreto Leg. N° 728 y STC 05012-2009-PA / TC, se le eximió de pasar el período de prueba previsto en el artículo 10 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, ya que al inscribirse en concurso público, ya gozaba del derecho a la protección contra el despido arbitrario. Afirma que el puesto que ocupaba está inscrito en la tabla de asignación de personal y en el

manual de organización y funciones del sitio, lo que da fe del carácter permanente del trabajo que realizaba, por lo que se distorsionó el contrato de trabajo temporal que tenían suscrito. Establecimiento de una relación laboral indefinida. Sostiene que al ser destituida ilegalmente se violaron sus derechos a su trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario, así como el debido proceso.

En virtud de esta sentencia del Tribunal Constitucional, nos plantea la igualdad de la duración del contrato temporal con el período de prueba, como sabemos en nuestra legislación se regula una amplia variedad de contratos modales que pueden ser utilizados según la necesidad y negocio. Así, la celebración de un contrato de duración determinada no impide la inclusión de un período de prueba, basándose en el hecho de que en cualquier relación laboral es necesario realizar este filtro para elegir una plantilla adecuada para el puesto. Así, como enfatiza Camps Ruiz, “(...) la temporalidad del contrato no excluye la posibilidad de estipular que esté sujeto a un acuerdo de prueba”. En cuanto a la inclusión de un período de prueba en las contrataciones temporales o de plazo fijo, el autor español Cruz Villalón (s/f) adopta una posición moderadamente radical sobre el tema (cuestiona la igualdad de duración, pero reconoce que existen ciertos convenios colectivos que acordar plazos con dicha coincidencia). Así, subraya que: En teoría, no es razonable decir que la duración del contrato es casi igual a la totalidad del contrato, salvo que en algunos casos puede pensarse que el período de prueba es coherente con la duración total. En la misma línea, Juan López Gandía concluye: “Sin embargo, para evitar abusos, puede ser necesario no acercarse a su término de acuerdo.

Un área de la teoría asume que el error surge del régimen laboral vigente, que no tiene en cuenta que el período de prueba es propio de los contratos de trabajo indefinidos. Reconocen que el período de prueba se estructura como una medida de apoyo al empleador, requiriendo un período de verificación de

calificaciones y calificaciones antes de que un trabajador sea finalmente admitido. Si aceptamos la validez de esta situación, diríamos que el riesgo permanente señalado a primera vista estaría en el contrato indefinido (o fijo) y no en el contrato temporal, porque el término de la relación temporal vence más tarde. En este caso, se puede decidir que no se ha renovado este vínculo, no se debe afinar de esta manera y con regularidad, elemento que no cumple con sus expectativas. Sin embargo, no encontramos ninguna fortaleza en esta situación, ya que, si la supervivencia es temporal y no se renueva al final de ese vínculo, se puede pensar a la inversa y negativamente cuando la toma un propietario más interesado. Un beneficio potencial es permanecer en la empresa y retirarse unos días antes de su quinto cumpleaños para evitar la incertidumbre, respaldada por el argumento de que fue un mal empleado. Por ello, además de ser un elemento disuasorio de estas malas prácticas, consideramos necesario prever con antelación la duración máxima para poder extinguir el vínculo por falta de compatibilidad.

López Gandía señala que otra irregularidad que se presenta durante el período de prueba de los contratos temporales es que el empleador rescinde el contrato de diferentes empleados antes de que finalice la jornada para cumplir un contrato en cadena. Este modo de actuación, que el autor anterior permite como conducta dolosa, desconoce las normas laborales vigentes, en cuanto que prohíben la aplicación del período de prueba de un mismo trabajador, pero en la renovación continua de distintos trabajadores. Este es un ejemplo de irregularidad que refuerza la posición que más adelante avanzaremos, según la cual la suspensión de las relaciones laborales durante el período de prueba se justifica por la inadecuación de la situación.

Finalmente, se estudió la Casación Laboral N° 7095-2014-Lima, dictada por la Sala Segunda de Derecho Constitucional y Social Transitorio de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se estudió el pago de la indemnización

por daños y perjuicios “por falta de respeto e incumplimiento injustificado de contrato”, en beneficio de un ex trabajador que cesó durante el período de prueba. Lo discutible en esta Sentencia es que la Corte Suprema estableció la posibilidad de otorgar al trabajador despedido una indemnización sui generis, "por daños" cuando se generen por incumplimiento de la buena fe del empleador, durante el período de prueba.

Si bien es cierto que esto no es un precedente vinculante, ha generado repetidas paradas con el mismo contenido, prevé el pago de una indemnización por daños y perjuicios a favor de un trabajador que fue despedido durante el período de prueba, mediante la estimación de ciertas condiciones de la normativa civil, por ejemplo que era una profesional calificada para el cargo y que fue el empleador quien la motivó a dejar su trabajo con su anterior empleador, donde trabajaba hace 6 años. La Corte basa su posición principalmente en las siguientes razones:

- 1) Que el propósito del período de prueba es verificar la capacidad e idoneidad del trabajador. Por lo tanto, el contrato se puede romper en dos situaciones; la primera que las cualidades del trabajador no se corresponden con las exigidas para el puesto; el segundo cuando las pruebas establecidas por el empleador no sean superadas por el trabajador.

- 2) Que el denunciante no busca una indemnización por haber sido víctima de un despido arbitrario, sino que alega haber sido afectado por la terminación de la relación laboral, desconociendo su formación, experiencia y capacidad profesional en su anterior trabajo, por lo que exige el pago de indemnización por daños y perjuicios.

3) El juzgado declara que el empleador no actuó de acuerdo con el principio de buena fe, ya que motivó a la trabajadora a terminar su relación laboral de 6 años con su ex empleador, ofreciéndole un mejor empleo, para luego aplicar el período de prueba irregularmente, esto llevó a la trabajadora a ver frustradas su proyecto y sus expectativas laborales; en consecuencia, ordenó el pago de una indemnización por daños de conformidad con el artículo 1321 del código civil.

De esta forma, la Corte Suprema concluye que se ha producido un perjuicio cuando se ha truncado la expectativa laboral del trabajador, ya que no recibirá una mejor compensación económica ni la situación laboral ofrecida. Y, además, cuestiona el hecho de que la empresa no tenga en cuenta la experiencia del trabajador en los puestos anteriores, lo que habría demostrado su capacidad y conocimientos en el trabajo del puesto.

A nivel judicial, no existe un expediente similar que se haya dado en materia de indemnización por despido arbitrario, aunque no haya excedido el período de prueba establecido en el artículo 10 del TUO del decreto Ley n ° 728, desde la presente sentencia N°. 7095-2014 - Lima, es la primera sentencia dictada a nivel nacional, en la que se declara fundada la denuncia relativa a un despido en el que no se respetó la buena fe del trabajo, frustrando así el plan de trabajo del trabajador, debiendo ser mantenida teniendo en cuenta que dicha indemnización no se debe al despido arbitrario contenido en el artículo 38 del TUO del Decreto Legislativo N°. 728, sino a la indemnización por daños y perjuicios por terminación de la relación laboral sin respetar la experiencia del trabajador y capacidad; Por tanto, es la primera condena pronunciada a nivel nacional.

Entonces, el objeto de análisis en casación nos deja abierta la posibilidad de indemnizar a un trabajador por daños y perjuicios durante el período de prueba, siempre y cuando se demuestre que el imputado ha truncado y frustrado las expectativas del trabajador en materia laboral y no cumplió con los estándares comunes de buena fe. Como se desprende de la citada casación, la indemnización por despido arbitrario a que se refiere el artículo 34 del texto único ordenado del Decreto Legislativo N° 728 se produce una vez transcurrido el período de prueba; Esto es muy diferente a un despido en el que no se ha respetado la buena fe contractual, en el que a pesar de que el trabajador no ha superado el período probatorio, debe ser indemnizado porque no se ha respetado su experiencia durante su despido y su capacidad profesional en el cargo que ocupaba, por supuesto, esta convocatoria es muy controvertida, ya que no es norma indemnizar a ningún trabajador que sea despedido sin haber pasado el período de prueba, sino que debe aplicarse a cada caso en particular, el demandante debe acreditar, al igual que en la casación analizada, la terminación de la relación laboral con su anterior empleador para trabajar con el demandado, que no se había cumplido su experiencia y capacidad profesional en el momento de su despido y, finalmente, que sus expectativas profesionales eran frustrado tanto con su empleador anterior como con su empleador actual.

De conformidad con el expediente T-863069-SENTENCIA DE LA CÁMARA CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, se expone el caso de Nhora Yarima Prado Tristancho quien, el 8 de septiembre de 2003, suscribió un contrato de trabajo individual de duración indefinida con el Banco Colpatria, con el fin de ejercer el puesto de asistente de cajero para horas extras. Además en la cláusula sexta del contrato se estableció de forma taxativa la duración de un periodo de prueba, por el plazo de 2 meses.

Es así que con fecha veinte de octubre del 2003, la recurrente sufrió problemas en su salud, siendo atendida bajo la afiliación a la empresa- Saludcoop. Luego de diversos exámenes realizados en el centro se le logró diagnosticar Litiasis coral en la pelvis renal izquierda, hecho que fue diagnosticado por el médico de cabecera, quien ordeno una operación urgente para que la enfermedad sea controlada y no se expanda hacía la parte derecha del riñón. Debido a esta enfermedad, la recurrente no pudo laborar por un periodo de 11 días, desde el 20 de octubre hasta el 31 de octubre del año dos mil tres, lo que a criterio derivo en un incumplimiento injustificado por parte del Banco Colpatria, situación que culminó con la sentencia de rescisión del contrato (por un vicio en su celebración) de trabajo celebrado, dicho hecho le fue notificado con fecha 05 de noviembre del 2003. En ese sentido para la recurrente la resolución adoptada por el Banco violo sus derechos fundamentales, como lo son a la salud, a la vida, a la seguridad social, ya que la rescisión de la relación laboral que venían teniendo dio lugar a la desafiliación a sus sistema general de seguridad y salud, lo que le impidió concretizar la intervención quirúrgica requerida por los médicos. Con razón en este argumento la demandante solicito se protejan sus derechos fundamentales, siendo que se debía obligar a que el Banco Colpatria siga pagando las primas de seguros en materia de salud, hasta que reciba un tratamiento médico favorable para su salud.

Es así que la representante del Banco Colpatria Red Multibanca S.A., en un escrito fundamentado al Juez de primera instancia, peticona la declaratoria de improcedencia del amparo, considerando que la actora contaba con otros medios judiciales de una naturaleza ordinaria, que son distintos a la acción de tutela , con el fin de obtener una resolución de controversia jurídica.

Preciso además que sobre el caso de la señora Prado Tristancho, se ha determinado la violación de algún derecho fundamental, ya que el hecho de

que el Banco Colpatria haya puesto final al contrato de trabajo, pese a que se encontraba preestablecido el periodo de prueba y la imposibilidad de poner fin al mismo durante este periodo, el hecho se realizó en un hecho fundado, pues se concluyó que el trabajador no cumplió con el perfil del puesto o las necesidades que el mismo exigía, hecho que bajo ningún motivo dio lugar a la obligación de cancelar alguna indemnización o algún tipo de indemnización, así como el pago de cotizaciones al sistema de seguridad social”.

De igual manera se detalló que en cuanto a la vulneración de los alegados derechos fundamentales de carácter constitucional, principalmente el de salud y seguridad en el trabajo, esto debió a que la acusación propuesta devenía en infundada, ya que en base a las normas que regulan el sistema, el demandante fue acreedor a un día del denominado periodo de cobertura en los servicios de asistencia médica, después de que se dio la baja. Es así que en el fin de este periodo, tuvo la posibilidad de su registro en el sistema de salud subsidiado.

El Cuarto Juzgado Penal Municipal de la Provincia de Cúcuta, mediante su sentencia de fecha 12 de diciembre del año dos mil tres, denegó una protección a los derechos fundamentales que fueron invocados por la señora Trisancho Prado, en tal sentido por el Juez de la causa constitucional, no hubo afectación a estos derechos constitucionales, pues las acciones del Banco Colpatria, fueron en ejercicio legítimo de un derecho de su propia potestad, la cual fue consagrada en el articulado 76° del Código de Trabajo, que le faculta al empleador a poder realizar una rescisión del contrato de trabajo, aunque haya estado en duración el periodo de prueba, siempre y cuando haya una falta de aptitud del trabajador para realizar sus labores en el centro de Trabajo, siendo entonces que no se puede llegar a la conclusión de que este hecho, amenaza o afecte un derecho de carácter fundamental.

La conclusión a la que arribo el funcionario judicial de la causa, fue que la protección del derecho a la seguridad social en el trabajo, se vio comprometida por el caso bajo análisis, siendo que el denunciante fue atendido actualmente por la empresa de promoción de la salud “Saludcoop”, por lo que en línea de interpretación con la jurisprudencia constitucional, esta entidad no se puede negar o no se pudo negar en la continuación de los servicios médicos necesarios, con el fin de proteger el derecho a la salud.

Para tener mayores elementos para una resolución justa del presente proceso, La Sala ordenó que se practiquen de oficio algunas pruebas, las cuales se ordenaron en la misma Provincia de la Sala, por lo que por medio de la Comisión de la Sala Laboral del Tribunal Supremo del Distrito Judicial de Cúcuta, se debían prácticas las siguientes pruebas:

- Enviar un oficio al Banco accionado con el fin de que el mismo pueda precisar la fundamentación por la que considero que la demandante no contaba con el perfil para desempeñar el cargo, así como la decisión que motivo la terminación del contrato, la cual fue unilateral, estando aún vigente el periodo de prueba.

Es así que la gerencia de la sucursal del Banco Colpatria- Cúcuta, en un oficio emitió con fecha quince de Junio del dos mil cuatro, detallo que la gerencia evaluó como paso previo para la suspensión del contrato la evaluación que había tenido en el puesto de trabajo la accionante, siendo que la misma no resulto muy favorable pues al aplicar el examen la recurrente obtuvo una nota de 93, siendo que la nota aprobatoria era de 95. En tal sentido la demandante a criterio del Banco demandado no logró cumplir con los límites relativos para la obtención del puesto, por lo que no se encontraba apta para desempeñar las funciones del cargo mismo. En tal sentido el Banco Colpatria en resumidas

cuentas preciso que si bien la recurrente Prado mostraba aptitudes para desempeñar el trabajo en equipo,, no mostraba iguales habilidades en el campo comercial, lo que primero no le daba la suficiente confianza al empleador y segundo pudo haberle causado una perdida en caso de ser contratada.

- De igual manera se notificó a la accionante con la finalidad de que dé respuesta a los siguientes cuestionamientos: precise de manera detallada cuales cree que fueron los fundamentos que motivaron a una terminación unilateral por parte del Banco Colpatria, estando aún vigente el periodo de prueba.

Por su parte la señora Prado Tristancho, ante la interrogante antes planteada, sostuvo que su salida del banco se sustentó, en que habría tenido un incumplimiento en las metas comerciales que se establecieron, hecho que si bien reconoce, fue a consecuencia de la enfermedad (afectación renal del riñón izquierdo) que sufrió y que la incapacito por 11 días, hecho del que su empleador tuvo total conocimiento, siendo que el Banco no valoró este hecho y decidió, en contra a derecho, tomar esta decisión.

La accionante preciso además sobre este punto que una vez realizada la conclusión de la relación laboral y en aras de la falta de asistencia por parte del Banco Colpatria “se dirigió a pedir colaboración a la cámara de comercio, con el fin de poder figurar como empleada suya, pudiendo de tal manera figurar como una trabajadora dependiente, siendo que no tuvo ningún vínculo, esto debido a que por la cirugía se encontraba imposibilitada de realizar cualquier actividad”.

- Otra pregunta que se le planteó a la accionante fue la siguiente ¿describa el estado actual en el que se encuentra con el tratamiento

médico, y si la misma acaulemente le causa alguna afectación para laborar, y si ello es así en qué grado se da esta afectación?

En tal sentido Prado preciso que si bien no se encuentra imposibilitada del todo, a consecuencia de la operación, está limitada en realizar cierto tipo de actividades, mucho más con aquellas que le generan un esfuerzo físico, pues la cirugía de riñón tenía como consecuencia ello, debido mantener en tal sentido una dieta rigurosa.

El juzgado en tal sentido notifico a la demandante con las respuestas, que contenían las justificantes precisadas por el Banco Colpatria, para poner fin a la relación laboral, de manera unilateral, con el fin de que la señora Prado, pueda emitir sus descargos al respecto, quien señalo que si bien no pudo conseguir la calificación de 95, no se le debe restar valor a que estuvo muy cerca de ello, considerando injusta la decisión tomada por su empleador, más aun si tenían un contrato que debía respetarse, y deberían haber tomado su enfermedad que en gran manera disminuyo drásticamente su rendimiento.

- Recibir la declaración del médico que vio y atendió de primera mano a la señora Prado, con el fin de que como perito en su área, pueda emitir una opinión sobre la enfermedad, el tratamiento, y las consecuencias que está enfermedad genera.

El reconocido Urólogo Federico Bencardino Carpio preciso que la paciente había presentado una fuerte infección en el tracto urinario, la cual por las complicaciones tuvo como consecuencia en la anulación funcional de uno de sus riñones, lo que quiere decir que esté dejo de funcionar de manera adecuada , siendo que se requirió una nefrectomía radical, en otras palabras, su ablación. Esta consecuencia a criterio propio del médico no la imposibilita a realizar sus labores diarias, siendo que tendría derecho a ejercer cualquier

labor, que no demande demasiado esfuerzo físico. Si se habla de las consecuencias que está enfermedad genera en la salud de la paciente, el galeno consideró que la señora Prado no tenía actualmente ninguna enfermedad, y solo debía tener que pasar visita médica, el fin de comprobar el buen funcionamiento del riñón sano, con el fin de que el mismo pueda cumplir las funciones del enfermo, y evitar complicaciones que dañen su salud.

En estas condiciones, la teoría define el período de prueba como una garantía de correlación en las relaciones laborales. Para el empleador, hasta que el trabajador acceda a una solución de contrato libre si no está de acuerdo, y hasta que permita que el trabajador rescinda el contrato si no lo considera oportuno. Continuar con el servicio con contrato. Se trata de una excepción al principio constitucional de estabilidad en el empleo (art. 53 CP), como si la disposición de un período de prueba permitiera la terminación arbitraria del empleo sin necesidad de probar su existencia. Condiciones con causas válidas de terminación del contrato de trabajo de acuerdo con la legislación.

Es así que se ha logrado demostrar que en caso se dé un despido durante la duración del periodo de prueba, y el mismo tenga un carácter de injustificado, no puede y no debe otorgar los efectos legales que se han establecidos en la ley laboral para todas las acciones de este tipo, el fundamento de ello es que dicha acción negaría el valor de un derecho de carácter normativo a las cláusulas antes mencionadas las cuales tienen un arraigo constitucional, pues las mismas se derivan del principio de igualdad, tal y como lo señala el artículo 13°, siendo que como se ha detallado en párrafos precedentes, no solo prohíbe la discriminación basada en determinados criterios, sino que imparte deberes de promoción cuando de materia laboral se hable, tal y como lo preceptúa el artículo 54°.

Esta posible solución, que desde cierta perspectiva pone límites a la regulaciones de las competencias que le son innatas al denominado termino probatorio, y que se conexas con la salvaguarda de derechos fundamentales, principalmente derechos laborales, no tiene carácter nuevo, si tomamos en cuenta toma de decisiones previas que se han extraído del derecho comparado; es así que, se debe tener en cuenta La Sent. N° 902 del año dos mil y N° 161 del dos mil dos, que se pronunciaron acerca de casos similares, en donde se analizaron casos de trabajadores amparados por despidos de carácter injustificado, en ese sentido se logró establecer que si se ha establecido el periodo de prueba, ello significa un principio que debe ser respetado de manera íntegra por ambas partes, por lo que hacer lo contrario daría un resultado contrario a la protección de derechos de carácter fundamental; principalmente se estableció la protección de las madres que encontrándose en periodo de lactancia, o en estado de gestación, este periodo no se podría vulnerar en ningún supuesto, sea que el empleador haya o no conocido del hecho.

La posición antes ceñida, tiene la misma línea de ideas que la tomada por el Tribunal en materia Constitucional Español, quien al analizar un análisis de las normas que le dan protección al trabajador sobre la vigencia del periodo de prueba, enfatizando articulados como el 14° del Estatuto de los trabajadores, detallo: “las disposiciones antes referidas deberán ser consideradas con una amplitud, en el sentido de que el trabajador o el empleador solo podrán poner fin, principalmente el empleador, al vínculo laboral durante este periodo cuando el mismo se base en las aptitudes para realizar el trabajo por parte del trabajador, y bajo ningún supuesto por alguna vulneración de derechos, como lo son el de igualdad”.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el tribunal permitirá la extinción del contrato de trabajo sin período de prueba, indicando las causas de conformidad con lo dispuesto en el Código del Trabajo. Sin embargo, esta facultad no se amplía en la medida en que afecte a los derechos básicos del trabajador, en particular la prohibición de la discriminación laboral injusta. Por lo tanto, la terminación unilateral de un contrato de trabajo por parte de un empleador debe justificarse mediante un examen objetivo de la falta de habilidades mínimas durante el período de prueba para evitar decisiones arbitrarias contrarias a las disposiciones de la Carta Política.

RESUELVE: Para confirmar la sentencia del 12 de diciembre de 2003, el Cuarto Juzgado Penal Municipal de San José de Cúcuta, Norte de Santander, rechazó la protección de los derechos constitucionales de la ciudadana Nora Yarima Tristancho Meadou a la vida, la salud y la seguridad social.

3.3. Aporte práctico.

“Año de la universalización de la salud”

PROYECTO DE LEY N°

**PROYECTO DE LEY DE REFORMA
LEGISLATIVA AL ARTÍCULO 10° DEL
DECRETO SUPREMO N° 00-97-TR,
TUO DEL DECRETO LEGISLATIVO
N° 728, LEY DE PRODUCTIVIDAD Y
COMPETITIVIDAD LABORAL.**

La estudiante de la facultad de Derecho de la Universidad Señor de Sipán, Vilela Requejo Carla Paola del Milagro, ejerciendo el derecho que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Estado, concordante con los

artículos 22°-C, 67°, 75° y 76° del reglamento del Congreso de la República presenta la siguiente propuesta legislativa:

I. FORMULA LEGAL

El congreso de la República;

Ha dado la Ley siguiente:

**“PROYECTO DE LEY DE REFORMA LEGISLATIVA AL ARTÍCULO 10°
DEL DECRETO SUPREMO N° 0097-TR, TUO DEL DECRETO
LEGISLATIVO N° 728, LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD
LABORAL”.**

ARTÍCULO 1°. - OBJETO DE LA LEY

La presente ley tiene por objeto frenar los excesos que se vienen generando a partir de la irregular aplicación del periodo de prueba en los contratos de trabajo, con el fin de que efectivamente esta figura jurídica cumpla con el rol para el cual fue creado, que es, ser instrumento depurador y evaluativo del elemento idóneo para la empresa y no se desvirtúe en perjuicio del trabajador.

MODIFICACIÓN

**ARTÍCULO 2°. - MODIFICACIÓN AL ARTÍCULO 10° DEL TEXTO ÚNICO
ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 728**

TUO DECRETO LEGISLATIVO N° 728

Artículo 10°. – El periodo de prueba es el lapso en el cual el empleador podrá conocer y evaluar la aptitud profesional y adaptación del trabajador; y por parte de éste, determinar la conveniencia de las condiciones de trabajo, antes de otorgar mayor permanencia y seguridad a la relación.

El periodo probatorio constará de tres meses, siendo que es obligación de que el mismo sea pactado por escrito, terminado este periodo el trabajador va a alcanzar protección constitucional ante un despido arbitrario, sin justificación. De mutuo acuerdo las partes pueden estipular un plazo mayor, siempre que la labor o el oficio requiera de una capacitación que tenga que ver con la adaptación del trabajador debido a la naturaleza misma del trabajo a desempeñar. La ampliación debe constar por escrito y el mismo no podrá exceder, en su conjunto con el periodo de inicio de seis meses en el caso de que se traten de trabajadores calificados o que desempeñen un cargo de confianza, y de un año en el caso de que se trate de personal de dirección.

ARTÍCULO 3°. - INCORPORACIÓN DEL ARTÍCULO 10-A AL ARTÍCULO 10° DEL TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 728

Artículo. 10°-A: Los empleadores deberán registrar al trabajador en periodo de prueba ante la autoridad administrativa de trabajo; si no lo hicieren, se entiende que el empleador renunció al periodo de prueba. Además, deberán implementar fichas de evaluación de acuerdo con el cargo y puesto a desempeñar, la cual debe incluir tres aspectos: aptitud, adaptación al puesto, aspecto disciplinario y ético, más la previsión del puntaje mínimo asignado, formato que debe ser aprobado por la entidad de trabajo.

Cuando entre un mismo empleador y trabajador se celebren contratos sucesivos para labores de la misma naturaleza, no es válida la estipulación del periodo de prueba, salvo para el primer contrato. No será aplicable los efectos jurídicos del periodo de prueba por parte del empleador, para ejercer actos discriminatorios, que impiden la igualdad de oportunidades para los trabajadores.

ARTÍCULO 3°. - VIGENCIA

La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

Chiclayo, 21 de Julio del 2020.

II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La figura del periodo de prueba ha sido objeto de transformaciones sustanciales en el último siglo, de tal forma que como consecuencia de su expansión y práctica ha originado que el Tribunal constitucional se pronuncie sobre sus alcances, de tal modo que las empresas no desvirtúen su finalidad, teniendo en cuenta que afecta a trabajadores del sector público y privado. Si bien es cierto, la legislación peruana regula esta institución jurídica en su artículo 10 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, sin embargo, no prevé sus alcances, límites y consecuencias de su aplicación irregular, por lo que existe la necesidad de analizar más a fondo sobre su naturaleza jurídica, con el fin de no desvirtuar su verdadero propósito.

La importancia del periodo de prueba radica principalmente en la forma como se concibe la extinción de la misma, toda vez que la naturaleza de esta figura reside en la libertad que ostentan las partes para exterminar el vínculo contractual, por lo que para aquellos ordenamientos que optan por un régimen de extinción libre, no tendría sentido la incorporación de esta institución jurídica, como en aquellos contratos temporales acausales, caso contrario sucede con nuestro ordenamiento jurídico, el cual adopta de manera minuciosa cautelas para evitar que se termine la relación de trabajo.

En el Perú muchos de los trabajadores son objeto de transgresiones a sus derechos constitucionales en la etapa del periodo de prueba, debido a la regulación deficiente de esta institución jurídica, la cual resulta escasa por la serie de limitaciones y deficiencias que permiten al empleador vulnerar los derechos de los trabajadores en reiteradas oportunidades. Si bien es cierto, la

ley señala que tanto trabajador como empleador poseen la potestad de resolver el vínculo laboral, pero ceñido a la realidad, es el trabajador quien se dispone a conseguir estabilidad laboral, mientras que el empleador buscará reducir los costos laborales, por lo que de manera unilateral e inmotivada da por concluida la relación laboral, ubicando al trabajador en un estado de desventaja frente a su empleador, teniendo en cuenta que el trabajador se encuentra en desventaja. De igual forma, se advierte que en innumerables empresas y centros de trabajo se contrata a personal a prueba, sin brindar las garantías y beneficios laborales que les corresponde, con un salario incluso debajo del mínimo legal, sin proveerle mecanismo con respecto a su seguridad social, en un sentido abusivo en donde las empresas toman como argumento “ Primero veo cómo te desempeñas en el cargo y si convienes te realizo tu contrato de trabajo”, por lo que nos encontramos frente a una desigualdad, por un lado los intereses de la parte empleadora, y por otro los intereses que subyacen en la persona que presta sus servicios.

Nuestro país presenta altos índices de informalidad laboral, subempleo, pese a los esfuerzos por superarlos, todo ello en respuesta a la gran demanda laboral que existe en el Perú, y estamos hablando de personas de todas las edades, con estudios técnicos, universitarios, con niveles de instrucción mínimos, personas que han fracasado en su idea de emprendimiento, por lo que se puede apreciar que un 98% de individuos que buscan una oportunidad de trabajo, están dispuestas a laborar sin la exigencia de las mínimas condiciones laborales, bajo cualquier tipo de contrato que el empleador le imponga, sumado a que el trabajador se encuentra a prueba por 3 meses, y muchas veces aunque haya cumplido con las expectativas de la empresa es despedido.

Esta realidad es conocida por los empleadores, quienes buscan siempre opciones para sacarle ventaja, así ello importe una conducta abusiva como el

hecho de contratar continuamente a operarios para el mismo trabajo de naturaleza permanente.

Además de ello, la definición que se encuentra en nuestro derecho positivo resulta incompleta, pues no enfatiza su naturaleza evaluativa, lo que ocasiona se distorsione el fin de su creación, llegando al extremo de concebirla como una etapa para despedir. Ante esta situación problemática, es necesario una reforma en la regulación del periodo de prueba, a fin de evitar la violación de los derechos constitucionales durante su duración.

En el estado peruano el periodo de prueba ha sido conceptuado, por el Art. 10 del D.S. N°003-97-TR, el cual está representado por el D.L. N° 728 el cual es la ley de productividad y competitividad laboral, el cual señala que:

"Artículo 10º.- El período de prueba es de tres meses, al término de los cuales el trabajador tiene derecho a ser protegido contra el despido arbitrario. Si el trabajo requiere capacitación o adaptación, o si tal extensión está justificada por su naturaleza o nivel de responsabilidad, las partes pueden acordar a largo plazo. El período de prueba deberá extenderse por escrito y no deberá exceder de seis meses para empleados calificados o leales además del período inicial, y no más de un año para el personal de mantenimiento.".

De acuerdo al TUO, el cual fomenta el empleo por el D. S. N° 001-96-TR, el cual se encuentra modificado por el D.S. N°011-2001-TR, el cual regula cual sería el periodo de prueba de los trabajadores, con los siguientes términos:

Artículo 16º.- En caso de extinción del contrato de trabajo o reincorporación del trabajador, la jornada laboral se sumará cada vez hasta la finalización del período de prueba establecido por la ley. La acumulación anterior no es suficiente si la recuperación es conocida y

cualitativamente diferente de la condición de trabajo anterior o tres (3) años después del cese laboral.

Artículo 17º.- En consecuencia, no hay fuerza legal si el período de prueba aceptado para empleados elegibles o leales es mayor a seis meses o un año.

III. EFECTOS DE VIGENCIA DE LA NORMA

La aprobación del presente proyecto de ley modifica la siguiente norma del D.L 728:

Art 10º: Plazo del periodo de prueba

El período de prueba es de tres meses, al término de los cuales el trabajador tiene derecho a la protección contra el despido arbitrario. Si el trabajo requiere capacitación o adaptación, o si tal extensión está justificada por su naturaleza o nivel de responsabilidad, las partes pueden acordar a largo plazo. El período de prueba deberá extenderse por escrito y no deberá exceder de seis meses para empleados calificados o leales además del período inicial, y no más de un año para el personal de mantenimiento. (Texto vigente)

Además, la aprobación del presente proyecto de ley incorpora el artículo 10-A al artículo 10º del D.L 728:

Artículo. 10º-A: Los empleadores deben registrar al trabajador en el Organismo Administrativo del Trabajo durante el período de prueba; Si no lo hacen, significa que el empleador rechaza el período de prueba. Además, las hojas de evaluación deben estar diseñadas para el puesto y puesto que van a

ocupar, y deben incluir tres elementos: habilidad, disciplina y ética laboral, así como un conjunto mínimo de puntajes y formatos.

Cuando los contratos consecutivos se celebren entre el mismo empleador y el trabajador para el mismo tipo de trabajo, las disposiciones probatorias son nulas, excepto el primer contrato. Las consecuencias jurídicas del período de prueba por parte del empleador no se aplican a la aplicación de medidas discriminatorias que impidan la igualdad de oportunidades de los trabajadores.

IV. ANÁLISIS DEL COSTO- BENEFICIO

La aplicación de la presente medida no irroga egreso económico alguno a la entidad del Estado involucrada, ya que sólo busca modificar el artículo 10° del D.L 728, al cual se le agrega la definición del periodo de prueba y la obligatoriedad que sea pactado por escrito independientemente de la forma en que se haya suscrito el contrato.

Por otro lado, se tiene la incorporación del artículo 10-A, que exige a los empleadores a elaborar un formato de evaluación objetiva para el trabajador a prueba, esta iniciativa no requiere de gastos del Estado, ya que su implementación será financiada con cargo al presupuesto institucional de las empresas participantes sin requerir fondos adicionales del erario público.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

IV.1. Conclusiones.

1. Con el fin de poder conseguir un freno a la irregular aplicación que se viene teniendo del periodo de prueba en la normativa peruana, y básicamente en cuanto a contratos de trabajo se refiere, por lo que es necesaria la incorporación en la legislación laboral determinados

parámetros de naturaleza general, que deberán ser de obligatorio cumplimiento, y los mismos tendrán como fin la erradicación del despido incausado o arbitrario en el periodo de prueba, y además atenuar los excesos de fraude a la norma laboral, limitando también el abuso de derecho que actualmente se tiene por la no exigencia de estos parámetros.

2. El contrato de trabajo y la existencia del periodo de prueba avanzan en una estrecha relación, pero primordialmente se le está dando más facilidades a los primeros. Pese a ello en la legislación laboral no se tiene una definición clara y precisa sobre esta figura, siendo que la doctrina Nacional e Internacional ha querido elaborar una definición, a partir de los elementos que caracterizan el periodo probatorio. El autor Guillermo Cabanellas lo define como una fase preliminar, en la que existe una especial inestabilidad, pues el empleador experimenta con los trabajadores. En la doctrina Nacional el Jurista Carlos Bustamante precisa sobre el particular que se debe entender como una institución que le da facultades al empleador para que conozca cuales son las características de su trabajador y si el mismo puede desempeñar de manera asertiva el trabajo, con el fin de poder otorgar un mayor grado de permanencia y seguridad a dicha relación.
3. Existen diversas posiciones doctrinarias sobre el periodo de prueba, siendo las principales las siguientes: que estamos ante un precontrato; es decir estamos ante un periodo de carácter precontractual autónomo, es un contrato con una condición suspensiva, esto debido a que el contrato de trabajo nace desde el primer momento, un contrato con condición suspensiva, esto ya que el contrato de trabajo nace desde el primer momento, pero se encuentra sujeto a condición suspensiva (la

superación del periodo probatorio), una vez vencido este plazo surtirán los efectos plenos del contrato; por otro lado un contrato con condición resolutoria, esta condición resolutoria consiste en la facilidad que tiene el empleador de decidir sobre las actitudes del trabajador para desempeñar su trabajo, siendo que si la decisión negativa se produce, se tiene por cumplida la relación de trabajo.

4. El alcance del periodo de prueba es de especial importancia, puesto que es el lapso que se deberá cumplir, para poder consolidar el vínculo laboral y alcanzar el derecho a la protección frente a un despido arbitrario. En el Perú, se regula un plazo de naturaleza legal y otro convencional, el artículo 10 del D.L 728, establece un plazo general de 3 meses, sin establecer distinciones entre trabajadores calificados o no calificados. La norma da la facultad a las partes de acordar la exención del periodo de prueba o la ampliación de este, siempre que se justifique su necesidad. Aparentemente la norma prevé un plazo convencional de 6 meses o 01 año, pero en la práctica resulta siendo un impositivo incremento unilateral, según se trate de trabajador de confianza o dirección.
5. Se propone la implementación del artículo 10-A al Decreto Legislativo 728, el cual va a establecer límites a la aplicación del periodo de prueba en los contratos de trabajo, el mismo que consiste en que el periodo de prueba se extinga únicamente, a partir de una evaluación objetiva de la idoneidad del trabajador con resultado negativo, en otras palabras, que la causa para prescindir del trabajador a prueba, sea el resultado de su falta de aptitud o la muestra de conductas contrarias a los principios y objetivos de la empresa. Para ello cada empleador deberá elaborar su formato de evaluación del trabajador a prueba, el cual incluya tres

aspectos: aptitud, adaptación al puesto, aspecto disciplinario y ético, más la previsión del puntaje mínimo asignado, formato que debe someterse a un control administrativo, es decir, debe ser aprobado por la entidad de trabajo.

IV.2. Recomendaciones.

1. Se recomienda, que todo tipo de contrato laboral debe respetar las normas comunes de la buena fe contractual, a fin de no incurrir en una posible indemnización por daños y perjuicios, al haber frustrado el proyecto laboral del trabajador.
2. Es recomendable que, la formación del criterio jurisprudencial no solo se enfoque en una aplicación literal de la norma, si no una interpretación analítica de otras situaciones, como es la verificación de las reales condiciones en que se viene aplicando el periodo de prueba por determinados empleadores, debido a que estos pueden resultar relevantes para esclarecer los hechos a la luz de los principios del derecho del trabajo.
3. Se recomienda una modificación legislativa al artículo 10° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, con la finalidad de adicionar precisiones o límites a la aplicación del periodo de prueba en los contratos de trabajo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arce, E. (2015). “¿Se debe indemnizar por despido en periodo de prueba?”, Periódico El Comercio.

Albiol, I; Campos, L; López, J y Sala, Tomas. (2008). "Compendio de Derecho del Trabajo. Contrato individual". Tomo II. 3ra Edición. Pág. 122.

Alonso, M. (1975). "*Curso del Derecho del Trabajo*", Editorial Ariel, Barcelona, España.

Asquerino, M. (2015). *El periodo de prueba en los contratos de trabajo*. Tesis doctoral de la Universidad de Sevilla.

Boy, G. (2015). "El derecho laboral Guatemalteco y el periodo de prueba". Tesis de Grado. Universidad Rafael Landívar, Guatemala.

Campaña, J. (2014). *Análisis de las modalidades contractuales individuales en la legislación laboral comparada entre Ecuador, Colombia y Perú, con la finalidad de evaluar las nuevas modalidades contractuales propuestas en el proyecto de código agrario*. Tesis de licenciatura de la Universidad de los hemisferios.

Cabanellas, G. (1978). "*Tratado de Derecho Laboral*", Buenos Aires

Cabezudo, J. (2002). *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*. Tesis doctoral de la Universidad de Cádiz de España.

Caceres, J. (2006). "*La ampliación del periodo de prueba*". Dirección de políticas y normativas de trabajo del MTPE, Lima.

Cruzado, A. (2015). *La afectación de los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada al extinguir el empleador la relación laboral durante el periodo de prueba*. Tesis para optar el título profesional de abogado de la Universidad Privada del Norte.

Concha, C. (2014). "*Análisis de la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza según el Tribunal Constitucional*". Tesis para optar el grado de

Magister en Derecho de la empresa con mención en Gestión empresarial, PUCP, Lima.

Chacalla, W. (2015). “El fuero sindical y la protección de la estabilidad laboral del trabajador dentro del periodo de prueba”. Tesis de Grado. Universidad Privada Antenor Orrego, Perú.

De Val Tena, A. (1998). “*Pactos de prueba y contrato de trabajo*”, Colección de estudios de Derecho Laboral, Madrid.

Guerrero, E. (2012). “*El periodo de prueba en la Legislación Peruana*”, Lima <http://www.sutamp.org/wp-content/uploads/2012/03/Legislación-sobre-periodo-de-prueba.pdf>

Gallego, F. (2015). “Aspectos esenciales del periodo de prueba: formalización, duración y extinción (transformación y tendencias de una institución clásica)”. Tesis de Grado. Universidad de Murcia, España.

Gonzales, G. (2017). “Protección contra el despido arbitrario durante el periodo de prueba”. Trabajo de investigación para optar el grado académico de Magister en Derecho de la Empresa. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Haro, J. (2012). “*Derecho Laboral en la Administración Pública*”, 2°ed, Ediciones Legales.

Hopkins, J. (2016). “*Protección laboral del despido incausado durante el periodo de prueba en las empresas privadas de Lima metropolitana del año 2015*”. Tesis para optar el título profesional de abogado. Universidad Cesar Vallejo, Lima.

Mas, A. (2018). *El periodo de prueba en el derecho laboral peruano: Alcances, límites y consecuencias de su aplicación irregular*. Tesis para optar el grado académico de magister en derecho del Trabajo y de la seguridad social.

Montoya, A. (2005). “*Principios y valores en el derecho del trabajo, en torno a los principios del Derecho del Trabajo*”, México.

Ojeda, C. (2018). “Mecanismos de tutela especial del derecho al trabajo frente al despido discriminatorio, por razón de embarazo, durante el periodo de prueba”. Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Pacheco, L. (2008). “*El periodo de prueba: naturaleza y régimen jurídicos*”, en Jus-Doctrina & Práctica, Lima.

Salcedo, C. (2014). *Jurisprudencia del comité europeo de derecho social y periodo de prueba del contrato de apoyo a emprendedores*, España: Revista Jurídica Lex Social.

Sánchez, J. (2018). *El periodo de prueba en el régimen de construcción civil*. Trabajo académico para optar el título de segunda especialidad en Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Torres, C. (2012). *El contrato individual de trabajo a prueba y sus efectos jurídicos*. Tesis previa a la obtención del título de abogado de los juzgados y tribunales de la república de la Universidad Regional Autónoma de los Andes.

Ferrari, F. (1969). *Derecho del trabajo*, 2° ed, Depalma, Buenos Aires.

Toyama, J. (2008). “*Los contratos de Trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral*”. Gaceta Jurídica, 2008.

Toyama, J; Vinaeta, L. (2008). *Guía Laboral*. Lima: Gaceta Jurídica.

Warthon. M. (2017).” Implicancias de la capacitación antes de la prestación efectiva de labores sobre el periodo de prueba”. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Valladolid, H. (2017). “Análisis de la Facultad directriz del empleador en el uso del Periodo de Prueba frente al Principio de Estabilidad Laboral”. Tesis para obtener el título profesional de Abogada. Universidad Cesar Vallejo, Lima.

ANEXO N° 01

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO: IMPLEMENTACIÓN DE UN ARTÍCULO EN EL DECRETO LEGISLATIVO 728 REFERIDO AL PERIODO DE PRUEBA PARA EVITAR SU APLICACIÓN IRREGULAR EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO

VARIABLES	PROBLEMA	HIPÓTESIS	OBJETIVOS
INDEPENDIENTE: El periodo de prueba.	¿Cómo evitar la aplicación irregular del periodo de prueba en los contratos de trabajo?	Si se implementa un artículo que establezca límites de naturaleza general y específica al periodo de prueba, van a disminuir los excesos que se vienen generando a partir de su aplicación irregular.	GENERAL: Determinar de qué manera se puede evitar la aplicación irregular del periodo de prueba en los contratos de trabajo.
DEPENDIENTE: Contrato de trabajo.			ESPECÍFICOS: 1. Identificar el periodo de prueba en los contratos de trabajo. 2. Analizar la naturaleza jurídica del periodo de prueba.

			<p>3. Investigar los alcances del periodo de prueba en los contratos de trabajo.</p> <p>4. Proponer la implementación de un artículo al Decreto Legislativo 728, el cuál establezca límites a la aplicación del periodo de prueba en los contratos de trabajo.</p>
--	--	--	--

ANEXO B – JURISPRUDENCIA

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 7095-2014

LIMA

Pago de indemnización por daños y perjuicios
PROCESO ORDINARIO LABORAL

SUMILLA.- En el campo del derecho, todo acto o declaración de voluntad debe emitirse de buena fe, es decir, debe expresar el deseo sincero de dar cumplimiento al compromiso que por él se adquiere. Por esa razón, la ley protege esta clase de actos, y sanciona los fraudulentos, que contrarían no solo las estipulaciones de la ley, la moral y la ética, sino también la voluntad en ellos expresada¹. En consecuencia, la infracción del deber de buena fe contractual origina el derecho de la parte afectada a exigir un resarcimiento a la parte afectante.

Lima, diecisiete de junio de dos mil quince

VISTA, la causa número siete mil noventa y cinco, guion dos mil catorce, guion **LIMA**, en audiencia pública de la fecha; y producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandante, **Eryka San Miguel Wong**, mediante escrito de fecha cuatro de febrero de dos mil catorce, que corre en fojas quinientos cincuenta a quinientos cincuenta y siete, contra la **Sentencia de Vista** contenida en la resolución de fecha dos de agosto de dos mil trece, que corre en fojas quinientos treinta y ocho a quinientos cuarenta y ocho, que **revocó** la Sentencia apelada contenida en la resolución de fecha nueve de abril de dos mil doce, que corre en fojas cuatrocientos setenta y uno a cuatrocientos ochenta, que declaró **fundada en parte** la demanda; **reformándola** la declararon **infundada**; en el proceso seguido con la empresa demandada, **Deportes Aventura S.A.C.**, sobre pago de indemnización por daños y perjuicios.

CAUSAL DEL RECURSO:

La recurrente invocando el inciso a) del artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, denuncia la causal de **aplicación indebida del segundo párrafo del artículo 10° del Texto**

¹ CAMPOS RIVERA, Domingo: *Diccionario de Derecho Laboral*, Editorial Temis S.A., Colombia 2012, p.53, Primera Edición.

ANA MARIA NAUPARI SALDIVAR
SECRETARIA
SALA DEL DERECHO
CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 7095-2014

LIMA

Pago de indemnización por daños y perjuicios
PROCESO ORDINARIO LABORAL

*Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral,
aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.*

CONSIDERANDO:

Primero.- El recurso de casación reúne los requisitos de forma que para su admisibilidad contempla el artículo 57° de la Ley Procesal del Trabajo N° 26636, modificado por la Ley N° 27021.

Segundo.- Respecto a la causal denunciada, la impugnante señala que el Colegiado Superior ha considerado que se ha producido el supuesto de hecho de la celebración de un contrato de trabajo escrito con pacto de un período de prueba de seis (06) meses con el expreso consentimiento de la actora y que dicho asentimiento está reflejado en el pre contrato, que corre en fojas doce a catorce, alegando que este supuesto no se ha producido, puesto que conforme al mencionado documento no contiene la manifestación de voluntad de la demandante, es decir, su aceptación del pacto de un período de prueba de seis (06) meses; por lo que al no existir exteriorización de la voluntad, no se produce la consecuencia jurídica de la aplicación del período de prueba, negándose de esta forma el nexo causal producido entre el hecho dañoso y el agente causante, siendo de aplicación la norma contenida en el artículo 1321° del Código Civil, al existir un incumplimiento contractual laboral que deberá ser reparado por la empresa demandada. La argumentación expuesta cumple con el requisito de fondo exigido por la norma procesal laboral, por consiguiente, la causal debe declararse **procedente**.

Tercero.- La accionante, doña Eryka San Miguel Wong, según su escrito de demanda, considera que tiene derecho al reconocimiento en vía judicial del pago de una indemnización por daños y perjuicios por la suma de quinientos sesenta y seis mil cuatrocientos noventa y ocho con 76/100 nuevos soles (S/. 566,498.76), por incumplimiento y ruptura contractual injustificada, pretensión que se sustenta

ANA MARIA NAUPARI SALDIVAR
SECRETARIA
SALA III - DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA

2

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 7095-2014
LIMA

Pago de indemnización por daños y perjuicios
PROCESO ORDINARIO LABORAL

en el hecho que la empresa demandada, al haber cesado a la actora con fecha veinticinco de enero de dos mil diez bajo el argumento de no haber cumplido con los requisitos de un trabajador de confianza, procedió a cesarla sin razón alguna, pese a contar con nivel profesional y experiencia laboral, *máxime*, después de haberla motivado a rescindir el contrato laboral de carácter indeterminado que la unía a su empleadora Tiendas Ripley, debido a una mejor oferta contractual ofrecida por la empresa empleada.

Al contestar la demanda, la Empresa Deportes Aventura S.A.C., expresó como fundamentos de contradicción que la actora no ha considerado que el ordenamiento jurídico laboral señala que solo se alcanza protección contra el despido arbitrario habiendo superado el período de prueba que la ley establece en tres (03) meses, y luego de cumplido este período se alcanza la estabilidad laboral; y teniendo en cuenta que el inicio de la relación laboral fue el doce de noviembre de dos mil nueve, y concluyó el veinticinco de enero de dos mil diez, han transcurrido dos (02) meses y catorce (14) días, por lo que la demandante no habría alcanzado protección contra el despido arbitrario, y en consecuencia, no le corresponde efectuar ningún pago por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

Cuarto.- Previo al análisis de fondo, es preciso señalar que el artículo 4° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, establece lo siguiente: "*En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente ley establece (...).*"; en virtud a lo expuesto, el contrato de trabajo puede celebrarse en forma verbal o escrita, a plazo determinado, indeterminado o bajo modalidad, relación contractual que origina como obligación principal del empleador, el pagar la remuneración y con respecto

ANA MARIA NAUPARI SALDIVAR
SECRETARIA
2da. SALA DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA

3

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 7095-2014
LIMA

Pago de indemnización por daños y perjuicios
PROCESO ORDINARIO LABORAL

al trabajador la prestación personal de sus servicios en condición de subordinación jurídica.

Quinto.- Todo contrato, incluido el de trabajo, debe celebrarse y ejecutarse de buena fe, siendo de aplicación el artículo 1362° del Código Civil que prescribe: *“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”*.

Sexto.- El autor **CAMPOS RIVERA** respecto de la buena fe nos dice lo siguiente: *“En el campo del derecho, todo acto o declaración de voluntad debe emitirse de buena fe, es decir, debe expresar el deseo sincero de dar cumplimiento al compromiso que por él se adquiere. Por esa razón, la ley protege esta clase de actos, y sanciona los fraudulentos, que contrarían no solo las estipulaciones de la ley, de la moral y de la ética, sino también la voluntad en ellos expresada”*.²

En consecuencia, la infracción del deber de buena fe contractual origina el derecho de la parte afectada a exigir un resarcimiento a la parte afectante.

Sétimo: El artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, establece lo siguiente: *“El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección”*.

El segundo párrafo de la citada norma contempla que la ampliación del plazo debe establecerse cuando las labores requieran una mayor capacitación o adaptación, o el grado de responsabilidad del puesto así lo requiera.

² CAMPOS RIVERA, Domingo: *Diccionario de Derecho Laboral*, Editorial Temis S.A., Colombia 2012, p.53, Primera Edición.

ANA MARIA NAUPAKI SALDIVAR
SECRETARIA
2da. SALA DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 7095-2014

LIMA

Pago de indemnización por daños y perjuicios
PROCESO ORDINARIO LABORAL

No obstante, es el empleador quien detenta el poder dentro de la relación laboral, es el que establece que la necesidad de tal ampliación, sea ajustada o no a la naturaleza de las labores de la empresa. (Castillo Montoya, Nixon. "Funcionalidad del período de prueba en la relación laboral". En: Soluciones Laborales, Gaceta Jurídica, Lima -2009).

Octavo.- Además, la finalidad del período de prueba consiste en probar las cualidades del trabajador, resultando lógico concluir que la resolución del contrato, durante dicho período, solo debería operar en el supuesto de que tales cualidades no se ajusten a las exigencias que el empleador tiene establecidas para el puesto o que las pruebas propuestas por la empresa no hayan sido superadas por el trabajador.

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

Décimo.- Por otro lado, debemos indicar que el artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, no resulta aplicable al caso de autos por no estar referido a un supuesto en que la empresa demandada no solo ha truncado las expectativas laborales que tenía la demandante para con esta parte, la cual se

ANA MARIA NAUPARI SALDIVAR
SECRETARIA
2da. SALA DE DERECHO
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

5

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 7095-2014
LIMA

Pago de indemnización por daños y perjuicios
PROCESO ORDINARIO LABORAL

vería reflejado en una mejor retribución económica y un mejor estatus laboral (gerente), sino también ha frustrado su proyecto laboral que tenía con respecto a su exempleador Tiendas Ripley, empresa a la cual renunció motivada por la promesa de una mejor oportunidad profesional, y con la cual venía laborando por espacio de seis (06) años y un (01) mes, conforme se corrobora del certificado de trabajo, que corre en fojas ocho, documento del cual fluye que renunció con fecha nueve de noviembre de dos mil nueve, habiendo iniciado sus labores al servicio de la empresa demandada el doce de noviembre del citado año; resultando por esta cercanía entre ingreso y nueva contratación, creíble que dejó su anterior empleo para acceder al que le ofrecía la empresa demandada, sufriendo un perjuicio, al no respetar esta última empresa la buena fe contractual, por lo que en este caso la norma aplicable resulta ser el artículo 1321° del Código Civil que señala que queda sujeto a la indemnización por daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, añadiendo que el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial o tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante cuando fuese consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Décimo Primero.- Pese a ser fundado el recurso interpuesto, esta Sala Suprema no puede ordenar el pago de una suma mayor a la fijada en la Sentencia de primera instancia porque no ha sido solicitada en el escrito de casación por la parte recurrente, hecho que es de su entera responsabilidad a pesar de haber estado debidamente patrocinada por letrado.

Por las consideraciones expuestas:

FALLO:

Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandante, **Eryka San Miguel Wong**, mediante escrito de fecha cuatro de febrero de dos mil catorce, que corre en fojas quinientos cincuenta a quinientos cincuenta y siete; en consecuencia, **CASARON** la **Sentencia de Vista** contenida en la resolución de

ANA MARÍA NAUPARI SALDIVAR
SECRETARIA
2da. SALA DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA

6

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 7095-2014
LIMA

Pago de indemnización por daños y perjuicios
PROCESO ORDINARIO LABORAL

fecha dos de agosto de dos mil trece, que corre en fojas quinientos treinta y ocho a quinientos cuarenta y ocho que revocó la Sentencia apelada y revocándola, declararon infundada; **y actuando en sede de instancia; CONFIRMARON** la Sentencia contenida en la resolución de fecha nueve de abril de dos mil doce, que corre en fojas cuatrocientos setenta y uno a cuatrocientos ochenta, que declaró **fundada en parte** la demanda; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; en el proceso seguido con la empresa demandada, **Deportes Aventura S.A.C.**, sobre pago de indemnización por daños y perjuicios; interviniendo como ponente, el señor juez supremo **Arévalo Vela** y los devolvieron.

S.S.

ARÉVALO VELA

MONTES MINAYA

YRIVARREN FALLAQUE

DE LA ROSA BEDRIÑANA

MALCA GUAYLUPO

Ppe/Dimd


SUSANA SALDIVAR S.
SECRETARIA
2da. SALA DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA

EXP. N° 00891-2007-PA/TC
LIMA
HIPÓLITO CHUNGA
CASTILLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 7 días del mes de noviembre de 2007, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgod y Eto Cruz pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Hipólito Chunga Castillo contra la resolución de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 140, su fecha 23 de agosto de 2006, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 22 de noviembre de 2005, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Banco de la Nación, a fin que se deje sin efecto la Carta EF/92.2300, de fecha 14 de octubre de 2005, que dispuso el cese de sus labores dentro del período de prueba establecido en el artículo 10° del D.S. N.° 003-97-TR; y que asimismo, se ordene su reincorporación a dicha entidad. Manifiesta que se ha vulnerado su derecho al trabajo al haber sido víctima de un despido arbitrario, toda vez que, según afirma, no puede invocarse el período de prueba a su situación laboral particular por cuanto fue reincorporado en virtud del mandato establecido por una ley especial (Ley N.°s 27803, que implementa las recomendaciones derivadas de las comisiones creadas por las Leyes N.° 27452 y N.° 27586, encargadas de revisar los ceses colectivos efectuados en las Empresas del Estado sujetas a procesos de promoción de la inversión privada y en las entidades del Sector Público y Gobiernos Locales).

Mediante resolución de fecha 29 de noviembre de 2005, el Décimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declara improcedente, *in limine*, la demanda, por considerar que la pretensión demandada requiere un debate probatorio, y que, conforme a lo establecido en el artículo 5°, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.

La recurrida, confirmando la apelada e invocando la sentencia recaída en el expediente N° 0206-2005-AA/TC, declaró improcedente la demanda por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

§ Delimitación del petitorio

1. El recurrente solicita su reincorporación a la entidad emplazada por considerar que el despido efectuado por parte de su empleador no puede justificarse en la invocación del período de prueba regulado por ley, toda vez que su relación laboral y, por ende, su estabilidad, provienen de la reincorporación efectuada por la emplazada en aplicación de la Ley N.º 27803.

§ Con relación al análisis de procedencia de la demanda

2. En consideración a los criterios de procedencia de las demandas de amparo, establecidos en la Sentencia N.º 0206-2005-AA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de diciembre de 2005, que constituye precedente vinculante en virtud de lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal considera que, en el presente caso, procede evaluar si el demandante ha sido objeto de un despido arbitrario.
3. El análisis de fondo de la presente controversia encuentra justificación -como se detallará en la fundamentación subsiguiente- en la existencia de un vínculo laboral que ha sido extinguido unilateralmente por el empleador. Sin embargo, dicha circunstancia no ha sido así valorada por los Juzgadores de primera y segunda instancia, que declararon la improcedencia de la demanda por considerar que el presente caso debía ser ventilado en el proceso contencioso administrativo. Sin embargo, conviene aclarar que, si bien el fundamento 23 del referido precedente constitucional ha determinado que las actuaciones de la Administración con motivo de la Ley N.º 27803 se corresponden con pretensiones que deben ser dilucidadas en la vía contenciosa administrativa, el presente caso parte de un supuesto diferente: la extinción unilateral, por parte del empleador, de una relación laboral constituida en virtud de la ejecución de la Ley N.º 27803. En tal sentido, no se discute la aplicación de la citada norma, sino la extinción del vínculo laboral establecido a partir de la ejecución del mandato contenido en dicha norma.

§ Con relación al análisis de la cuestión controvertida

4. Conforme se aprecia de autos, el recurrente, en su condición de beneficiario inscrito en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente (el demandante figura en el tercer listado contenido en la Resolución Suprema N.º 034-2004-TR, fojas 14) fue reincorporado por la entidad emplazada el 19 de agosto de 2005, al cargo de Chofer, categoría Servicio III, en cumplimiento a los lineamientos Generales del Plan Operativo de Ejecución de Beneficios de la Ley N.º 27803. Dicha reincorporación, así como su viabilidad, se comprueba de los diversos memorandos (obrantes a fojas 33, 53 y 54) que asignan al recurrente su cargo, categoría y remuneración a efectos de desempeñar sus servicios.

5. Una vez reincorporado, el recurrente fue sometido al curso de capacitación *Formación administrativo – bancaria* (f. 53), brindado por la entidad del 22 al 27 de agosto (fojas 54), para, posteriormente, desempeñar sus labores durante los meses de setiembre y octubre del mismo año (así consta en las boletas de pago correspondientes a dichos meses -fojas 63 y 64). Fue así que, en dicho contexto, el recurrente fue notificado, con fecha 17 de octubre de 2005, con la Carta EF/92.2300 que a la letra señala:

Por la presente, en uso de las facultades que el período de prueba confiere y de conformidad con el Artículo 10 de la Ley de productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N.º 0003-97-TR, se le comunica la decisión de dar por finalizado en la fecha el contrato de trabajo iniciado el 19 de agosto de 2005.

6. Sobre el particular, es preciso determinar si resulta válido apelar a la facultad del empleador de resolver unilateralmente el vínculo laboral durante el período de prueba, puesto que, de no ser así, se estaría despidiendo al trabajador por una causa que no justifica el cese de sus labores. El cuestionamiento que amerita este proceder, es analizar si es posible invocar el período de prueba en aquellos supuestos en que el trabajador ha sido reincorporado por mandato de la Ley N° 27803, en otras palabras, si corresponde o no, en el caso concreto, invocar el período de prueba normativamente regulado a efectos de la procedencia del despido. En esa línea, y con referencia al período de prueba, conviene precisar que tal institución prevista en materia laboral consiste en:

El período de prueba es una institución importante del Derecho del trabajo pues hace posible que ambas partes de la relación laboral -empleador y trabajador- se conozcan mutuamente y, sobre todo, valoren las condiciones generales –personales, profesionales y las propias del medio en que debe realizarse el servicio- antes de otorgar a dicha relación un grado mayor de permanencia y seguridad^[1] (subrayado agregado).

7. Conforme a lo expresado, resulta cuestionable pensar que la finalidad perseguida por el período de prueba se condiga con la lógica de las reposiciones prescritas por la Ley N.º 27803 y sus normas complementarias, toda vez que el beneficio de la reposición como resarcimiento de los ceses colectivos producidos en este contexto incluyen un período de capacitación^[2] (el mismo que ha sido implementado por la demandada), a través del cual las entidades públicas se encargan de preparar a los trabajadores para el adecuado desempeño de las labores en el vínculo laboral restablecido por mandato legal. En tal sentido, resulta contradictorio que, en el presente caso, a pesar de haber efectuado una capacitación dirigida al trabajador beneficiado con el mandato legal contenido, la entidad emplazada decida despedirlo aduciendo que el trabajador no satisface las expectativas esperadas (idea que se infiere al invocarse el período de prueba).
8. Asimismo, es evidente que, tal como se encuentra regulado en nuestra legislación laboral, el período de prueba supone la existencia de un contrato de trabajo (Artículo 10º, perteneciente al Título I: *Del Contrato de Trabajo*), cuando, por el contrario, en el presente caso, el vínculo laboral proviene de un mandato

legal, en donde el acceso del trabajador a un puesto de trabajo no depende de sus aptitudes personales, sino del mero cumplimiento de requisitos legalmente preestablecidos, como lo son la disponibilidad de las plazas, la inscripción en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente básicamente, no condicionando tal reincorporación a la aprobación o resultado de calificación de algún curso o examen. En todo caso, la calificación de reincorporable de este trabajador ha operado con antelación a la reinstauración del vínculo laboral.

9. Ahora bien, este Tribunal ha señalado, respecto del despido fraudulento, que *“En estos supuestos, al no existir realmente causa justa de despido ni, al menos, hechos cuya trascendencia o gravedad corresponda dilucidar al juzgador o por tratarse de hechos no constitutivos de causa justa conforme a la ley, la situación es equiparable al despido sin invocación de causa, razón por la cual este acto deviene lesivo del derecho constitucional al trabajo”* (STC N.º 976-2001-AA/TC).
10. Considerando lo expuesto, a juicio de este Colegiado se ha efectuado un despido fraudulento, toda vez que la invocación del período de prueba no constituye, en el presente caso, causa justa de despido, sino más bien una forma de evadir lo dispuesto por mandato legal. Es sabido que en las relaciones laborales existe una desigualdad que la legislación laboral busca resarcir brindando al trabajador adecuada protección frente a los poderes que el empleador tiene, precisamente por la naturaleza de la relación instaurada. Es importante recalcar que, en el caso de autos, la materia de controversia no es la correspondencia o no de la reincorporación del demandante en virtud a la Ley N.º 27803, sino más bien las circunstancias producidas luego de efectuada la reincorporación en virtud a un mandato legal, es decir el despido operado por la entidad demandada, alegando el periodo de prueba.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo; en consecuencia, ordena al emplazado que reponga al recurrente a su puesto de trabajo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

[1] Blancas Bustamante, Carlos. *El Despido en el Derecho laboral Peruano*. ARA Editores, 2 Edición 2006, Pág.

[2] Según la Resolución Ministerial N.º 024-2005-tr (11.2.2005) *“Las empresas y entidades procederán a capacitar a los ex-trabajadores comprendidos en los listados remitidos por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, sobre la base de las funciones requeridas”*.