

EL PERÍODO DE PRUEBA: NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO

SUMARIO:

1. *Definición y objeto del período de prueba*
2. *La protección contra el despido arbitrario y el principio de no discriminación*
3. *Regulación del período de prueba en el siglo XX*
4. *Plazo del período de prueba*
5. *Exoneración del período de prueba*
6. *Naturaleza jurídica*
7. *Limitación del número de trabajadores en período de prueba*

La doctrina laboral académica y jurisprudencial peruana ha dedicado pocas páginas a la figura del período de prueba, a pesar de tratarse de un instituto de antigua raigambre, que ha sufrido diversas modificaciones en el último siglo y afecta a todos los trabajadores de la actividad privada, salvo contadas excepciones.

La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de interpretación de los derechos fundamentales exige una relectura de esta figura jurídica, a fin de distinguir los alcances de la libre extinción del contrato durante la vigencia del período de prueba. Asimismo, es necesario analizar cómo ha de contabilizarse el plazo de duración de este instituto en los casos en que no exista trabajo efectivo y en qué casos procede realizar una ampliación del plazo general establecido en el art. 10 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LCPL). Estas reflexiones nos permitirán profundizar en la naturaleza jurídica del período de prueba y realizar una breve referencia a su génesis en el último siglo y a los límites legales para tener personal contratado bajo estas condiciones.

1. Definición y objeto del período de prueba

El conocido refrán "escobita nueva barre bien" recoge la experiencia popular del empeño inicial que ponen las personas en las nuevas labores, pero que muchas veces decae con el transcurso del tiempo. Por otro lado, la eficiencia de un trabajador no se mide por lo que *dice que es*, sino por *lo que hace*. Esta doble experiencia ha llevado al Derecho del Trabajo a erigir una institución especial, mediante la cual se solucione el problema jurídico que se sigue cuando una persona contratada para un puesto demuestra que no es la adecuada, al ejecutar las labores que se le encomiendan. Ese instituto, denominado *período de prueba*, consiste en el otorgamiento de un tiempo determinado para que el empresario pueda comprobar la idoneidad del trabajador y para que éste evalúe si el trabajo satisface sus aspiraciones personales y de no estar conforme cualquiera de las partes con el negocio pactado, ponerle fin libremente, sin asumir ninguna obligación adicional.

Durante su vigencia, que coincide con los primeros meses de vida del contrato de trabajo, se realiza la mutua evaluación del empresario y del trabajador, al término de los cuales el contrato se consolida y el trabajador adquiere la protección contra el despido arbitrario¹. En consecuencia, el período de prueba puede definirse como el "tiempo inicial

¹ LPCL, art. 10.

de la duración del contrato durante el cual ambas partes pueden resolverlo libremente"². Esta primera etapa del contrato de trabajo se encuentra sujeta a un régimen especial que, por mandato legal, no desvirtúa el carácter laboral de la relación jurídica iniciada ni puede ser calificada como un estadio previo al vínculo obligacional³.

Durante el período de prueba el empresario puede realizar las pruebas necesarias para constatar, entre otras cosas: 1º, la motivación del trabajador para realizar su labor; 2º, sus aptitudes reales; 3º, su capacidad de ajustarse a reglas, su receptividad a las órdenes, diligencia y exactitud en el cumplimiento de sus obligaciones; 4º, la capacidad de obtener un rendimiento con ciertos niveles mínimos de cantidad y calidad; 5º, la apariencia personal adecuada según costumbre o directivas de la empresa; 6º, la relación apropiada con sus superiores y compañeros de trabajo, así como el trabajo en equipo⁴.

El período de prueba se ha establecido, fundamentalmente, a favor del empleador, aún cuando la potestad de resolverlo libremente, sin expresión de causa, se encuentre reconocida para ambas partes. Esta libertad se extiende a la ausencia de formas especiales, siendo por tanto, plenamente válida utilizar la forma verbal para extinguir el contrato, tal como lo ha declarado expresamente la jurisprudencia española⁵. De allí que si el trabajador decide ejercer esa opción, no tiene obligación de cursar preaviso alguno. La libertad de resolución del contrato comporta que las partes no se deban indemnización económica alguna por la decisión extintiva.

Por otra parte, en la medida en que el período de prueba se materializa en el período inicial del contrato de trabajo, el trabajador tiene derecho –si cumple con los requisitos establecidos en cada caso–, a los beneficios establecidos en la legislación laboral, tales como horas extras, inscripción en la seguridad social, asignación familiar (si fuera el caso), vacaciones, gratificaciones, descanso semanal remunerado, compensación por tiempo de servicios, etc. Estos derechos se coligen de la naturaleza jurídica del período de prueba y de las normas específicas que los otorgan. Sin embargo, sería más saludable, tal como hace el Estatuto de los Trabajadores español, que nuestro ordenamiento declarase expresamente que, durante el período de prueba, el trabajador tiene “todos los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe”, excepto los derivados de la resolución del contrato, que “podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso” (ET, art. 14.2).

² ALONSO OLEA, Manuel / CASAS BAAMONDE, M^a Emilia, *Derecho del Trabajo*, 20 ed., Madrid, Civitas, 2002, 237.

³ Cfr. MARTÍN VALVERDE, Antonio, *Derecho del Trabajo*, 10a ed., Madrid, Tecnos, 2001, 491.

⁴ Cfr. ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, 228, nota 263.

⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo de 2.IV.2007 (RJ 2007, 3193) reitera su doctrina de que si el período de prueba es una institución que permite a cualquiera de las partes rescindir unilateralmente el contrato de trabajo, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia formal al respecto, es válida la comunicación verbal del cese del trabajador durante este período. No ha sido posible ubicar jurisprudencia nacional en relación al período de prueba en la infobase del SPIJ.

⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo de 2.IV.2007 (RJ 2007, 3193) reitera su doctrina de que si el período de prueba es una institución que permite a cualquiera de las partes rescindir unilateralmente el contrato de trabajo, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia formal al respecto, es válida la comunicación verbal del cese del trabajador durante este período. No ha sido posible ubicar jurisprudencia nacional en relación al período de prueba en la infobase del SPIJ.

2. La protección contra el despido arbitrario y el principio de no discriminación

El plazo del período de prueba hace directa referencia al momento en que se adquiere la protección contra el despido arbitrario⁶. De acuerdo al texto constitucional corresponde a la ley establecer la “adecuada protección” para los trabajadores en caso de despido arbitrario⁷. La Constitución no distingue entre tipos de trabajadores: ofrece esa protección conforme al principio de no discriminación. Por eso, el desarrollo legislativo de este derecho fundamental debería haber otorgado una cobertura universal, sin distinción de trabajadores. Sin embargo, la LPCL, encargada de hacerlo, viola el mandato constitucional al excluir de este beneficio a los trabajadores a tiempo parcial con jornada menor a cuatro horas diarias⁸. La LPCL lesiona el principio de no discriminación y el de igualdad de oportunidades contemplados en la misma Constitución⁹ y en el Convenio 111 de la OIT, sobre discriminación en materia de empleo y ocupación¹⁰ al realizar una discriminación arbitraria e injusta, puesto que no justifica en modo alguno la exclusión que realiza¹¹. No podemos silenciar que, lamentablemente, nuestro Ordenamiento niega además a estos trabajadores el derecho a vacaciones¹² y a la compensación por tiempo de servicios¹³, convirtiéndolos así en ciudadanos de segunda categoría.

El Tribunal Constitucional (TC) en reciente pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la Ley 27360 (régimen laboral agrario), ha recordado que “no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables”¹⁴. Por estas razones el TC considera que, tanto el régimen laboral de las Micro y Pequeñas Empresas (MYPE) como el establecido para el sector agrario, no vulneran el principio de igualdad y no discriminación porque reconocen los mismos derechos que a los demás trabajadores, pero con requisitos y condiciones que responden a la naturaleza de las empresas y a las condiciones objetivas de prestación del servicio en esos sectores¹⁵.

⁶ Cfr. LPCL, arts. 10 y 76.

⁷ Art. 22.

⁸ LPCL, art. 22.

⁹ Cfr. Constitución del Perú (CP), arts. 2.2 y 26.1

¹⁰ De fecha 25.VI.1958. Ratificado por el Perú mediante Dec. Ley 17687 de 6.VI.1969.

¹¹ Sobre la necesidad de que las decisiones estén basadas en la proporcionalidad y la razonabilidad para que no vulneren el principio de no discriminación ver, por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional (TC), 27.X.2007, Exp. N.º 04922-2007-PA/TC, f.j. 10.

¹² Cfr. D.S. 012-92-TR, reglamentario del Dec. Leg. 713, art. 11.

¹³ Cfr. Dec. Leg. 650, art. 4.

¹⁴ Exp. N.º 00027-2006-PI, f.j. 2.

¹⁵ A modo de ejemplo afirma: “Una cuestión adicional compartida por ambos regímenes especiales es la referente a la indemnización en caso de despido arbitrario, que es equivalente a quince (15) remuneraciones diarias por cada año completo de servicios con un máximo de ciento ochenta (180) remuneraciones diarias; en ambos las fracciones de año se abonan por dozosavos; mientras en el Régimen Laboral Común [30], la

La generación de normas especiales, ha recordado el TC, procede cuando “así lo exige la naturaleza de las cosas, es decir, las circunstancias especiales, privativas y propias de una materia definida que requieren que el legislador legisle especialmente, a efectos que la normativa cubra una realidad que, por sus especiales rasgos, requiere de un tratamiento diferenciado no discriminatorio”¹⁶. En el caso del contenido del derecho a la protección contra el despido arbitrario reconocido en el art. 27 de la Constitución, el TC ha afirmado que más allá de las tipologías de despido y de las consecuencias previstas, esa protección supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador¹⁷, que procede “una vez superado el período de prueba”¹⁸.

Estas circunstancias “especiales, privativas y propias” no han sido demostradas en el caso de los trabajadores con jornada inferior a cuatro horas diarias. Por tanto, estas disposiciones normativas –y la interpretación que de ellas han hecho los Tribunales–, deberían ser revisadas por la doctrina académica y la jurisprudencia, a la luz de los criterios aportados por el TC y de la teleología de las normas laborales, así como de la defensa de la dignidad humana de los trabajadores, a fin de elaborar reglas de equidad, basadas en la proporcionalidad y no en la negación de derechos¹⁹.

La contratación a tiempo parcial²⁰ tiene un puesto relevante en los niveles ocupacionales en los países desarrollados, prueba de ella es el alto índice en la Unión Europea²¹. Sin embargo, en estos países este crecimiento es paralelo al respeto del principio *pro rata temporis* consagrado en la Directiva 97/91/CE, que no presenta dificultades en materia retributiva, pero sí en la posible reducción en relación a otros derechos, precisamente por la prevalencia del principio de no discriminación. De allí que en España, el Estatuto de los Trabajadores declare expresamente que los trabajadores a tiempo parcial tienen los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo y que estos derechos deben ser reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias, así como en los Convenios Colectivos, “de manera proporcional, en función del tiempo trabajado” (art. 12.4 d). Nos encontramos, por tanto, ante una experiencia de la que vale la pena tomar nota si queremos conseguir que el crecimiento económico sea proporcional al crecimiento del

indemnización prevista para el caso de despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda y su abono procede una vez superado el periodo de prueba” (f.j. 50).

¹⁶ Exp. N.º 00027-2006-PI, f.j. 68.

¹⁷ Exp. N.º 206-2005-PA/TC. f. j. 7

¹⁸ Exp. N.º 00027-2006-PI, f.j. 50. El subrayado no es del original.

¹⁹ Una crítica similar merece la exclusión de los trabajadores con jornada inferior a las cuatro horas diarias para gozar de vacaciones, que es también un derecho constitucional exigible *erga omnes*. Esta discriminación ha sido realizada por el D.S.012-92-TR,(Reglamento del Dec. Leg. 713), en su artículo 11. Es igualmente discutible la discriminación en perjuicio de estos trabajadores en relación a la Compensación por Tiempo de Servicios (Dec. Leg. 650, art. 4).

²⁰ “El contrato se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo o comparable” (ET, art. 12.1).

²¹ Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo; GALIANA MORENO, Jesús M.; SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 6ª rev. y puesta al día ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2005, 81.

“trabajo decente”. En consecuencia, todos los trabajadores a tiempo parcial deberían contar con un período de prueba y con la consiguiente protección contra el despido arbitrario.

El desarrollo legal del mandato del art. 22 de la CP establece que la protección contra el despido arbitrario consiste en el pago de una indemnización, que varía según se trate de un contrato a plazo indefinido o de uno a plazo determinado. En los contratos a plazo indefinido, la indemnización se fija en relación al tiempo de servicios: una remuneración y media mensual por cada año de servicios, con un tope de doce remuneraciones, computándose las fracciones de año por dozavos y treintavos (LPCL, art. 38). En cambio, para los contratos sujetos a modalidad, el cómputo se realiza en relación al tiempo de servicios pactado y no trabajado, a razón de una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar, hasta el vencimiento del contrato, con un tope de doce remuneraciones (LPCL, art. 76)²².

No es ocioso recordar que una vez superado el periodo de prueba, el trabajador mantiene la libertad de poner término a la relación laboral *ad nutum*, pero debe cursar un preaviso con 30 días de anticipación²³. En cambio, el empleador deberá justificar su decisión en alguna causa justa prevista en la ley²⁴.

Finalmente, conviene resaltar que si bien la extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba es incausado, es decir, no es necesario alegar causa alguna²⁵, el desistimiento no puede ejercitarse nunca en contra de un derecho fundamental, como es el de la igualdad u otros derechos fundamentales²⁶. Esta doctrina que tiene raigambre en el Derecho comparado²⁷ es perfectamente aplicable en nuestro medio teniendo en cuenta que “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”²⁸. Y, a mayor abundamiento, el TC ha recordado en diversos pronunciamientos que los actos arbitrarios en los que no se aprecie “el principio de razonabilidad, implícitamente derivado del principio de igualdad, y expresamente formulado en el art. 200 de la Constitución” no pueden ser amparados por el Ordenamiento²⁹. El *principio-derecho* a la igualdad³⁰ debe respetarse en todas las etapas de la relación jurídico-laboral, también durante el período de prueba.

²² Cuestión distinta, que desborda los objetivos del presente estudio, es la ineficacia de los despidos vulneradores de derechos fundamentales o de la dignidad de los trabajadores, desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sobre este tema puede verse el estudio realizado por SANGUINETTI RAYMOND, WILFREDO, "La protección de los derechos laborales en la Constitución peruana de 1993" en *II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional*, ed. Alfonso de los Heros Pérez Albela y Manuel Alonso Reyna Camino (Arequipa: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, 2006).

²³ LPCL, 16 b) y 18.

²⁴ LCPL, art.22.

²⁵ La jurisprudencia española es ya tradicional en este respecto: se remonta a las decisiones del Tribunal Central de Trabajo (ver Sentencias del 8.II.1983 y 13.I.1984).

²⁶ En este sentido se ha expresado el TC español, ver SSTC 94/1984, de 16.X {RTC 1984, 94} y 166/1988, de 26.IX {RTC 1988, 166}.

²⁷ Cfr., por todos, MONTOYA MELGAR, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 103.

²⁸ Constitución del Perú (CP), art. 23.

²⁹ Exp. 976-2001/AA/TC, 13.III.2003, f.j. 15 c).

³⁰ “En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico

3. Regulación del período de prueba en el siglo XX

El periodo de prueba fue instituido por el D.L. 18471 (Gobierno del Gral. Juan Velasco Alvarado) que estableció el derecho absoluto a la estabilidad laboral una vez transcurrido los primeros tres meses de la relación laboral. Algunos años más tarde el D.L. 22126 quiso corregir las experiencias obtenidas durante la vigencia del D. L. 18471, pero sin alterar sustancialmente las faltas graves tipificadas en él³¹. Su principal aporte fue ampliar el período a tres años³², que debían ser ininterrumpidos.

Posteriormente, en el primer gobierno de Alan García, se promulgó la Ley 24514, que redujo el período de prueba a tres meses y mantuvo las causales de despido existentes, que se limitaban a las originadas por faltas graves de conducta, sin reconocer que la falta de capacidad podía ser también una razón suficiente para poner fin a la relación laboral.

En la década de los noventa, el gobierno de Fujimori, enfrentó los problemas de la infiltración terrorista en los sindicatos y en muchas empresas. Para solucionarlos promovió, entre otras medidas, una regulación más flexible del despido, a través del Dec. Leg. 728, conocido como Ley de Fomento al Empleo, pero sin alterar el plazo general del período de prueba, que continuó siendo de tres meses. Esta norma estableció excepciones y la posibilidad de ampliarlo en determinadas circunstancias, así como un porcentaje máximo de personal que pudiera estar dentro del período de prueba. La normativa vigente prevista en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) mantiene algunos de los criterios de la norma originaria, pero ha sufrido importantes modificaciones que analizaremos a continuación.

4. Plazo del período de prueba

El plazo del período de prueba tiene directa relación con su objeto. En el Derecho laboral español existe la obligación, tanto para el empleador como para el trabajador, de "realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba"(ET, 14,1). Nuestra LPCL no tiene una disposición semejante, sin embargo, podemos deducir que la finalidad es idéntica porque se permite ampliar el plazo, en atención a los posibles "períodos de

derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional: la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole") que, jurídicamente, resulten relevantes. Una cuestión de vital trascendencia con respecto al principio de Igualdad, es que ha quedado clara la proscripción de todo trato discriminatorio, mas no así el tratamiento diferenciado, que bajo ciertos esquemas y parámetros es permitido, pues no se debe perder de vista que no todo trato diferente ostenta la característica de ser discriminatorio. La discriminación se produce cuando ese trato diferente carece de razones que lo justifiquen". Exp. N.º 00027-2006-PI, f.j. 4.

³¹ Cfr. D.L. 22126, 3º: "Los trabajadores a que se refiere el artículo anterior sólo podrán ser despedidos por las causales previstas en el presente dispositivo legal, salvo lo dispuesto en el art. 28."

³² "La rescisión del vínculo laboral sin causa justificada de los trabajadores a que se refiere el inciso b. del artículo 2º del presente Decreto Ley, que **no superaren los tres años al servicio de su empleador, se hará con un preaviso de noventa días calendario**, cursado notarialmente o por intermedio del Juez de Paz a falta de Notario. La falta de este preaviso da derecho al trabajador a percibir una indemnización especial equivalente a noventa días de remuneración" (art. 28).

adaptación”³³. De allí que exista un plazo general de tres meses, que puede ser ampliado cuando³⁴:

- a) Las labores que se van a realizar requieran una capacitación mayor;
- b) Los tres meses sean insuficientes para medir la adaptación al puesto;
- c) La naturaleza de las labores requieran mayor tiempo para evaluar al personal;
- d) El grado de responsabilidad asumido por el personal exija una selección más cuidadosa.

Una primera aproximación a esta cuádruple causalidad evidencia que los tres primeros supuestos podrían ser subsumidos en uno solo, porque la adaptación a un puesto está en relación directa con el dominio de las labores asignadas, es decir, con la posesión del conocimiento y habilidad suficientes de acuerdo a la complejidad de las tareas a realizar. Por tanto, si la complejidad de las labores es mayor, la evaluación también exigirá un mayor tiempo, que justifica la ampliación del plazo general de tres meses. En cambio, el último supuesto, referido a asunción de mayor responsabilidad por el trabajador parece tener más relación con la evaluación de los aspectos éticos, que exige una mayor ponderación de factores.

En cualquier caso, la ampliación no opera de modo automático: exige pacto expreso, que ha de constar por escrito. La forma escrita puede calificarse *ad solemnitatem* teniendo en cuenta el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo y la débil posición contractual del trabajador para convenir las condiciones del contrato³⁵. Por esta razón el Reglamento ha establecido que si se pacta un período mayor al previsto para cada caso, el exceso no surtirá efecto legal³⁶. Este precepto deja en evidencia el carácter irrenunciable de los derechos laborales establecidos en la ley³⁷.

La protección contra el despido se inicia al terminar el plazo máximo previsto por la LPCL³⁸. Estos plazos son:

- De seis meses (en total) para trabajadores calificados o de confianza;
- De un año para el personal de dirección.

Una interpretación *contrario sensu* permite afirmar que no procede ampliar el plazo cuando se trate de personal no cualificado o que no es de confianza o dirección. Pero, en cualquier caso, el plazo se contabiliza considerando tanto los períodos continuos como los discontinuos, interrumpidos por suspensión o extinción del contrato y reingreso del trabajador³⁹.

El período de prueba se extingue al transcurrir los tres meses prescritos en el art. 10 de la LCPL. Sin embargo, el art. 16 del Reglamento indirectamente ha ampliado este plazo al establecer que no se contabilizan los días de suspensión del contrato de trabajo. Estas

³³ Cfr. LPCL, 10 y D.S.001-96-TR, arts. 16 y 17.

³⁴ Cfr. LPCL, 10

³⁵ En este sentido se pronuncia la doctrina académica española, ver por todos, ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, 226.

³⁶ D.S. 001-96-TR, art. 17.

³⁷ Cfr. art. 26, 2) de la Constitución. La irrenunciabilidad por pacto individual de los derechos reconocidos en un Convenio Colectivo merece un amplio comentario crítico, que no es posible realizar en estas páginas.

³⁸ LPCL, 10.

³⁹ Analizar el abuso del derecho en la calificación del personal de confianza y dirección excede el propósito de esta investigación.

causales de suspensión comprenden un amplio abanico de posibilidades⁴⁰, que incluye tanto las suspensiones perfectas como las imperfectas⁴¹. Teniendo en cuenta que esta norma restringe derechos, se debe aplicar la regla del art. IV del Código Civil⁴². En consecuencia, no han de considerarse como causa de suspensión del contrato de trabajo los días feriados no laborables y los de descanso semanal obligatorio puesto que no figuran como tales en la LPCL. A mayor abundamiento, el art. 26.1 de la CP establece claramente la obligación de interpretar las normas laborales, en caso de duda insalvable, aplicando el sentido más favorable al trabajador.

El plazo se computa por períodos ininterrumpidos o interrumpidos, siempre y cuando no haya transcurrido más de tres años desde el cese y se trate de ocupaciones semejantes⁴³.

En el caso de los contratos sujetos a modalidad el plazo del período de prueba puede coincidir con el del contrato, es decir, de tres meses a un año, según se justifique la ampliación. No es ilegal ni contraria a derecho esta coincidencia de plazos.

La protección contra el despido arbitrario se adquiere *pasado un día de los tres meses, ya que la ley dice que se alcanza este derecho al término de los tres meses* (art. 10). Por tanto, la resolución del contrato ha de realizarse durante la vigencia del período de prueba y no una vez concluido el plazo. El despido realizado sin justificación, una vez vencido el período de prueba se considera arbitrario⁴⁴.

5. Exoneración del período de prueba

La Ley de Fomento al Empleo, en su primera redacción, establecía que el período de prueba para el personal calificado y de confianza podía ser de un año⁴⁵ y exoneraba del período de prueba en cuatro casos⁴⁶:

- a) Cuando los trabajadores ingresasen por concurso;
- b) En el reingreso al servicio del mismo empleador, salvo que se tratase de un puesto notoria y cualitativamente distinto;
- c) Si se pactaba expresamente la exoneración;
- d) En los contratos sujetos a modalidad, salvo pacto expreso.

La vigente LPCL no contiene ninguna disposición en relación a la exoneración del período de prueba. Le ha correspondido esta tarea al Reglamento que contempla esta posibilidad en los siguientes casos⁴⁷:

- a) Si han transcurrido tres años o más desde el cese⁴⁸.

⁴⁰ LPCL, art. 12.

⁴¹ LPCL, art. 11.

⁴² “La ley que establece excepciones o restringe derecho no se aplica por analogía”.

⁴³ D.S. 001-96-TR, art. 16.

⁴⁴ En sentido similar opina la doctrina española, ver ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, 229.

⁴⁵ Art. 43.

⁴⁶ Arts. 44 y 46.

⁴⁷ art. 16.

⁴⁸ A diferencia de nuestra normativa, la legislación española ha prohibido expresamente el periodo de prueba cuando “el trabajador ya haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa bajo cualquier modalidad de contratación” (ET 14.1 in fine). Por tanto, sería irrelevante el tiempo que transcurre entre el cese y el reingreso, lo cual puede ser perjudicial para los intereses de la organización, pues las personas, con los años, varían sus habilidades y competencias.

b) Cuando el reingreso se realice en un puesto similar, pero no cuando se trate de un puesto notoria y cualitativamente distinto.

c) En los contratos sujetos a modalidad que se sigan a la primera contratación, salvo que se contrate al trabajador para desempeñar una labor “notoria y cualitativamente distinta a la desempeñada previamente”⁴⁹.

Por lo tanto, cuando se materializa alguna de estas excepciones al período de prueba el trabajador se encuentra protegido contra el despido arbitrario desde el inicio de la relación laboral.

6. Naturaleza jurídica

La doctrina laboral española es un referente importante para determinar la naturaleza del período de prueba pero, a la vez, no se debe perder de vista que existen diferencias sustantivas porque para la legislación española el período de prueba es convencional y en esa medida potestativo⁵⁰, mientras que para la peruana, es una figura legal y, por tanto, obligatoria⁵¹.

El carácter convencional del período de prueba ha llevado a Montoya Melgar a considerar que existen dos negocios jurídicos: “el contrato de trabajo a prueba” y el “contrato de trabajo típico”⁵². Bajo esta perspectiva define al primero de ellos como el “negocio jurídico bilateral mediante el cual el empresario y el trabajador pretenden el conocimiento empírico de las condiciones contractuales que habrán de regir en el futuro, y buscan «la experimentación *sobre el terreno* de la relación de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes»⁵³.

Para algunos autores el período de prueba es simplemente un contrato sujeto a condición resolutoria o suspensiva. En cambio para otros, es un contrato especial “experimental”, o incluso un precontrato laboral⁵⁴.

A nuestro entender el período de prueba no constituye un contrato “especial”, sino una modalización del contrato de trabajo realizada por imperio de la ley, que lo somete a una condición resolutoria potestativa y positiva encomendada a las partes. En esa medida, la condición sobreviene en forma de declaración de voluntad resolutoria expresada por el trabajador o por el empleador, sin necesidad de expresión de causa ni forma especial alguna, que ocasiona la extinción del contrato de trabajo celebrado⁵⁵.

Por tanto, el trabajador tiene derecho a todos los beneficios laborales establecidos por la legislación vigente durante su vigencia, excepto a la protección contra el despido

⁴⁹ D.S. 001-96-TR, art. 84. Es interesante observar que en la primitiva LFE no estaba previsto el período de prueba para los contratos sujetos a modalidad, salvo pacto expreso (art.46).

⁵⁰ “Podrá concertarse por escrito un período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los Convenios Colectivos. (...)”. ET, art. 14.1. El subrayado no es del original.

⁵¹ “El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. (...)”. LPCL, art. 10.

⁵² Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 26 ed., Madrid, Tecnos, 2005, 514.

⁵³ MARTIN VALVERDE, Antonio, *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Madrid, Montecorvo, 1976, 13.

⁵⁴ Cfr. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 514.

⁵⁵ Ver Código Civil (CC), arts. 171 y ss. En la doctrina académica española, Cfr. ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, 230.

arbitrario, siempre y cuando éste no sea lesivo a los derechos fundamentales. Este consecuencia se sigue a los principios constitucionales ya comentados⁵⁶ y a los del Derecho Civil, que exigen la licitud de la condición resolutoria para su eficacia (art. 171 CC).

7. Limitación del número de trabajadores en período de prueba

Por último, haremos una mención a los límites en la contratación del personal en período de prueba. La LPCL ha interrumpido una tradición legislativa, que establecía un máximo del 10% del total de trabajadores de una empresa que podían estar en período de prueba. Las sanciones por incumplimiento de esta disposición han variado en el transcurso de los años: la Ley 24514 estableció la de otorgar la estabilidad laboral, por orden de antigüedad. En cambio, el Dec. Leg. 728 si bien mantuvo ese porcentaje no estableció ninguna penalidad en caso de incumplimiento, pero el Reglamento en su art. 12, ordenó el pago de una multa.

Hoy en día se han derogado tanto los porcentajes limitativos como la multa: en el siglo XXI parece más razonable que este instituto se rijan por las reglas de la buena fe y del adecuado gobierno de las personas en aras de lograr la eficiencia y eficacia de las organizaciones en un medio competitivo, en el que el *recurso* más importante es, precisamente, el *humano*.

BIBLIOGRAFÍA:

- ALONSO OLEA, Manuel / CASAS BAAMONDE, M^a Emilia. *Derecho del Trabajo*. 20 ed, Madrid, Civitas, 2002.
- MARTIN VALVERDE, Antonio. *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Madrid, Montecorvo, 1976.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio. *Derecho del Trabajo*. 10a ed, Madrid, Tecnos, 2001.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 26 ed, Madrid, Tecnos, 2005.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo; GALIANA MORENO, Jesús M.; SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; RÍOS SALMERÓN, Bartolomé. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. 6^a rev. y puesta al día ed, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2005.
- SANGUINETTI RAYMOND, WILFREDO. "La protección de los derechos laborales en la Constitución peruana de 1993" en *II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional*, editado por Alfonso de los Heros Pérez Albela y Manuel Alonso Reyna Camino, 28-102. Arequipa: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, 2006.

26 de junio de 2008

⁵⁶ Cfr. *ut supra* Apartado n. 2.