



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

**FACULTAD DE DERECHO**

**Tutela del trabajador contra el despido dentro del periodo  
de prueba**

Tesis para optar el Título de  
Abogado

**Daniela Burneo Chicco**

**Asesor(es):  
Mgtr. Mayra Liset López Castillo**

**Piura, octubre de 2023**

### **Aprobación**

La tesis titulada “Tutela del trabajador contra el despido dentro del periodo de prueba”, presentada por la bachiller Daniela Burneo Chicco en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora de Tesis Mgtr. Mayra Liset López Castillo.



Directora de Tesis





### Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Daniela Burneo Chicco, egresado del Programa Académico de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI N° 71751809

Declaro bajo juramento que:

1. Soy autor del trabajo final titulado:  
“Tutela del trabajador contra el despido dentro del periodo de prueba”  
El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis<sup>1</sup> para optar el Título profesional<sup>2</sup> de Abogado.
2. La asesoría del trabajo estuvo a cargo de:
  - Mgtr. Mayra Liset López Castillo, identificado con DNI N° 44194649
3. El texto de mi trabajo final respeta y no vulnera los derechos de terceros o de ser el caso derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para la cual he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.
4. El texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico.
5. La investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.
6. Declaro que mi trabajo final cumple con todas las normas de la Universidad de Piura.

El incumplimiento de lo declarado da lugar a responsabilidad del declarante, en consecuencia; a través del presente documento asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

Fecha: 25/08/2023.

.....  
*Firma del autor optante<sup>3</sup>*

<sup>1</sup> Indicar si es tesis, trabajo de investigación, trabajo académico o trabajo de suficiencia profesional.

<sup>2</sup> Grado de Bachiller, Título profesional, Grado de Maestro o Grado de Doctor.

<sup>3</sup> Idéntica al DNI; no se admite digital, salvo certificado.

### **Dedicatoria**

A mi padre, por haberme apoyado en mis estudios universitarios y en mi desempeño como profesional. A mi madre, por confiar en mí y estar a mi lado siempre. A mi esposo, por creer y confiar en mi potencial, devolverme la confianza en mí misma y ayudarme a crecer como persona y profesional. A mi hijo, por ser la motivación de mi vida y mi superación personal.



## Resumen

La presente tesis consiste en el análisis de la figura jurídica denominada “periodo de prueba”, la cual fue creada como etapa inicial de la relación laboral, de evaluación y acondicionamiento, para que el empleador evalúe las aptitudes, actitudes del trabajador, así como realizar pruebas objetivas que deben ser superadas por este. Asimismo, dentro de esta etapa, el trabajador evalúa si el puesto de trabajo se adecua a sus expectativas personales y laborales.

En esta etapa, el trabajador no goza de protección contra el despido arbitrario y, por ende, carece de estabilidad laboral. Es por ello que, en la actualidad, se puede verificar que el empleador utiliza el periodo de prueba para desvincular al trabajador sin expresar una causa específica y procedimiento alguno para el cese, incluso por causales subjetivas sin respetar el objeto del periodo de prueba, por el simple hecho de que se encuentra dentro de este periodo. A partir de este estudio, se plantea la necesidad de establecer límites para el empleador debido a que en la actualidad esta figura es utilizada indiscriminadamente, afectando incluso derechos fundamentales de trabajadores.

La limitación planteada, es que el cese por no haber superado el periodo de prueba sea únicamente válido cuando este acorde a su objeto y finalidad, por ejemplo, cuando el trabajador no cumplió con el perfil de puesto requerido por el empleador; caso contrario no podrá cesarlo. Adicionalmente a ello, se plantea la posibilidad que el artículo 10 del TUO de la Ley de Productividad y Competividad Laboral- en adelante “LPCL” - el cual establece que el trabajador no tendrá protección contra el despido arbitrario- sea interpretado restrictivamente y no pueda ser aplicado, por ejemplo, por analogía a otros tipos de despido como el nulo.

Finalmente, concluyo que existe un desequilibrio de posiciones en el periodo de prueba, puesto que, en el caso del cese por iniciativa del trabajador, la normativa laboral no establece una formalidad específica - como si lo establece en el caso del empleador-, por lo que el trabajador tiene que recurrir a la figura de la renuncia para la desvinculación laboral. Por lo tanto, propongo la introducción de este cese como una forma de extinción laboral sin necesidad de dar un preaviso con treinta días de anticipación, como sucede con la renuncia.

## Tabla de contenido

<b>Introducción.....</b>	<b>8</b>
<b>Capítulo 1 Generalidades .....</b>	<b>10</b>
1.1 Definición y elementos característicos de la relación laboral.....	10
1.2 Inicio de la relación laboral .....	12
1.3 Estabilidad en la relación laboral.....	13
1.4 Extinción de la relación laboral .....	16
1.4.1 Definición y naturaleza del despido.....	17
1.4.2 Tipos de despido .....	18
<b>Capítulo 2 Periodo de prueba .....</b>	<b>22</b>
2.1 Conceptos y características del periodo de prueba .....	22
2.2 Naturaleza jurídica y extintiva del periodo de prueba .....	24
2.3 Objeto del periodo de prueba.....	27
2.4 Plazo del periodo de prueba.....	28
2.5 Exoneración del periodo de prueba .....	30
<b>Capítulo 3 El despido arbitrario y nulo .....</b>	<b>32</b>
3.1 Despido arbitrario .....	32
3.1.1 Conceptos y consideraciones generales .....	32
3.1.2 La naturaleza tuitiva del derecho laboral en la arbitrariedad del despido.....	34
3.2 Despido nulo .....	36
3.2.1 Concepto y consideraciones generales.....	36
3.2.2 Protección del trabajador contra el despido nulo dentro del periodo de prueba.....	40
3.2.3 Afectación constitucional dentro del periodo de prueba.....	42
3.3 Desprotección dentro del periodo de prueba .....	43
<b>Capítulo 4 Protección contra el despido dentro del periodo de prueba.....</b>	<b>48</b>
4.1 Inestabilidad laboral dentro del periodo de prueba.....	48
4.2 Razonabilidad y proporcionalidad del despido dentro del periodo de prueba.....	51
4.3 Posibilidad de cesar a un trabajador dentro del periodo de prueba. Casos en que procede despedir válidamente a un trabajador dentro del periodo de prueba.....	54
4.4 Mecanismos de tutela procesal contra el despido dentro del periodo de prueba.....	56
4.5 Propuesta de Interpretación del artículo 10 de la LPCL y modificación legislativa .....	63

**Conclusiones ..... 67**  
**Referencias..... 69**



## Introducción

Los trabajadores en el derecho laboral tienen una especial protección por la posición de desequilibrio que se encuentran frente al empleador. Es por ello que, existe diversidad de principios y derechos a favor del trabajador con la finalidad de protegerlo tales como, el principio in dubio pro operario, de primacía de la realidad y de irrenunciabilidad de derechos laborales.

Sin embargo, existe una etapa dentro de la relación laboral denominada “periodo de prueba” donde el trabajador no tiene la misma tutela, puesto que incluso la LPCL establece que dentro de este periodo el trabajador no tiene protección contra el despido arbitrario.

Esta falta de protección tiene su fundamento en el hecho que, durante el periodo de prueba el empleador verifica si el trabajador es idóneo para el perfil de puesto asignado, si cumple con las actitudes y aptitudes requeridas para desempeñar el cargo de trabajo o que haya superado las pruebas objetivas propuestas por el empleador. Además, por parte del trabajador, durante este periodo, verifica si el puesto de trabajado es acorde a sus expectativas y aspiraciones personal. Por lo que, esta etapa es de inestabilidad laboral para ambas partes.

Es por ello que, el periodo de prueba es una etapa importante dentro de la relación laboral, debido a que en esta etapa se verifica la capacidad del trabajador y a su vez, este verifica la idoneidad del puesto de trabajo. Sin embargo, el problema se encuentra en que, esta figura no está totalmente desarrollada y definida dentro de la legislación laboral, ni especificada la finalidad a diferencia por ejemplo de la legislación española.

En la actualidad, se puede verificar que el empleador extingue la relación laboral dentro del periodo de prueba sin respetar la finalidad de este, e incluso lo hace, por ejemplo, para reducir costos empresariales o, por el simple hecho de que el trabajador se encuentra dentro de este periodo. Lo antes expuesto, se debe a que dentro de este periodo de prueba el trabajador no tiene protección contra el despido arbitrario y puede cesarlo sin necesidad de expresar una causa específica, situación en la que el empleador puede sacar una ventaja sobre el trabajador.

Incluso, se puede acreditar esta desprotección en sentencias del Tribunal Constitucional donde el trabajador demanda, por ejemplo, indemnización por despido arbitrario dentro del periodo de prueba y este únicamente verifica que, al encontrarse en este periodo no tiene protección sin siquiera pronunciarse o analizar la parte material, lo cual refleja una desprotección del trabajador.

Por lo tanto, para cesar estos actos que podrían vulnerar incluso derechos fundamentales del trabajador, es necesario delimitar el objeto y la finalidad del periodo de prueba y establecer

parámetros de actuación del empleador para extinguir la relación laboral dentro de este periodo para evitar posibles vulneraciones al trabajador.

Es por lo antes expuesto, que en la presente investigación analizaré la figura del periodo de prueba: su finalidad y objeto, casos en que sería válido el cese dentro de este periodo y cuáles deberían ser sus limitaciones, además del despido arbitrario y despido nulo con el fin de determinar sus alcances y la debida protección que debe tener el trabajador relacionado con este tipo de despidos dentro del periodo de prueba.



# Capítulo 1

## Generalidades

### 1.1 Definición y elementos característicos de la relación laboral

La relación laboral es el vínculo bilateral conformado por dos sujetos: trabajador y empleador. Este vínculo se materializa mediante un contrato laboral, que puede ser verbal o escrito según el tipo de contrato, a plazo indeterminado, determinado y a tiempo parcial.

El contrato laboral es el acuerdo de voluntades en el cual el trabajador presta sus servicios de forma personal, poniendo su energía de trabajo a disposición del empleador, a cambio de una remuneración<sup>1</sup>.

Mediante la relación laboral, se reconocen, a favor de ambas partes, obligaciones y derechos específicos, tales como, el derecho al descanso semanal remunerado, gratificaciones, el derecho a la estabilidad laboral– superado el periodo de prueba-, derecho a despedir por causa justa por parte del empleador, así como el fijar un horario de trabajo, entre otros.

El trabajador, es el sujeto que presta el servicio personalmente de forma subordinada, a favor del empleador, a cambio de una remuneración.

El empleador es la persona natural o jurídica, patrimonio autónomo, entidad asociativa, con o sin fines de lucro y de naturaleza privada o pública, a favor de quien el trabajador pone a disposición su fuerza de trabajo a cambio de una remuneración<sup>2</sup>. Asimismo, este contrata al trabajador según las características y especificaciones de cada puesto de trabajo, con la finalidad de que ponga su fuerza de trabajo a cambio de la remuneración. Tiene las facultades de dirección, fiscalización y sanción.

La facultad de dirección del empleador se sustenta en la ajenidad del servicio prestado por el trabajador, es decir, que no lo realiza por su cuenta. Es por ello, que el empleador tiene la facultad de dirigir las labores del trabajador, fiscalizarlas y sancionarlas en caso se incumplan las órdenes u obligaciones previamente establecidas, siempre teniendo como límite los derechos humanos del trabajador.

Es por lo antes expuesto, que puede observarse que en el derecho laboral existe un desequilibrio de posiciones entre las partes, una desigualdad económica para el trabajador, por ello, este derecho tiene la finalidad de equilibrar las posiciones y establecer condiciones mínimas, para lo cual, tenemos múltiples principios y beneficios a favor del trabajador, tales como el principio de primacía de la realidad, el cual establece que en caso exista una diferencia entre lo declarado en documentos y la realidad, prevalecerá la realidad de los hechos; así como

---

<sup>1</sup> Javier Dolorier Torres, *Tratado Práctico de Derecho Laboral* (Lima: Gaceta Jurídica, 2010), 15.

<sup>2</sup> *Ibíd.*

el principio *in dubio pro operario*, mediante el cual, en caso de duda, la interpretación aplicable será la más favorable al trabajador, entre otros. Sin embargo, pese a ello, en el periodo de prueba, aún existe un desequilibrio entre trabajador y empleador, que debería ser modificado.

Esta es la única forma de prestación de servicios de la que se ocupa el Derecho del Trabajo: labor desempeñada por el ser humano, con finalidad productiva (para obtener una ventaja patrimonial o económica), por cuenta ajena (por encargo de otro, quien es titular de los bienes o servicios producidos y también quien asume los riesgos del negocio), libre (voluntaria, resultado del acuerdo de voluntades) y subordinada (dirigida por el empleador que puede ser una persona jurídica o natural)<sup>3</sup>.

Adicionalmente, la relación laboral está conformada por tres elementos característicos: prestación personal del servicio, subordinación y remuneración.

La prestación personal del servicio, implica que la contratación del trabajador se debe a sus atributos, conocimientos, experiencia y perfil profesional. Este elemento se encuentra estipulado en el artículo 5 de la LPCL el cual establece que el trabajador debe prestar los servicios de manera directa y personal. Por lo tanto, no hay posibilidad de subcontratar la labor prestada por el trabajador o designar un reemplazo para este, pese a que el tercero tuviese mejores cualificaciones profesionales.

Por otro lado, la subordinación o dependencia es el vínculo de sujeción que tienen el empleador y el trabajador en una relación laboral. De este surge el poder de dirección que es la facultad del empleador de dirigir, fiscalizar y, cuando lo crea conveniente, sancionar al trabajador dentro de los criterios de razonabilidad<sup>4</sup>.

En la subordinación están presentes diferentes facultades del empleador, tales como dirección, fiscalización y sanción. Estas, se pueden exteriorizar, por ejemplo, en el cumplimiento de un horario de trabajo, imposición de sanciones para el trabajador, entre otros.

Este elemento es el más característico de la relación laboral, que diferencia el contrato laboral, de otros de naturaleza civil, por ejemplo.

Asimismo, la remuneración es el tercer elemento esencial de la relación laboral. Es todo pago en dinero o excepcionalmente en especie que percibe el trabajador como retribución a los servicios prestados para el empleador<sup>5</sup>. Es brindada por haber puesto su fuerza de trabajo a favor del empleador, quien finalmente asume el riesgo y resultados del trabajo, debido a que se trata de una relación de medios y no de resultados.

---

<sup>3</sup> Jorge Toyama Miyagusuku y Luis Vinatea Recoba, *Guía Laboral* (Lima: Gaceta Jurídica, 2015), 13.

<sup>4</sup> Toyama y Vinatea, *Guía Laboral*, 2015, 14

<sup>5</sup> *Ibíd.*, 117-118

La presencia de estos tres elementos distintivos permite que se presuma la existencia de la relación laboral – según el artículo 4 de la LPCL- pese a que no haya sido reconocido en un contrato por escrito. Esto se debe, además, al principio de primacía de la realidad donde siempre va a primar la realidad de los hechos, así discrepen con lo declarado o estipulado en los documentos; por ejemplo, un trabajador puede haber firmado un contrato de locación de servicios – contrato civil- pero en la realidad, existen los tres elementos esenciales, por lo que a pesar de que exista un contrato civil, en la realidad es un contrato laboral.

## **1.2 Inicio de la relación laboral**

La relación laboral se inicia mediante un pacto voluntario entre los sujetos: empleador y trabajador. Este acuerdo puede materializarse mediante un contrato laboral por escrito, o verbal<sup>6</sup>, según el tipo de contrato.

Adicionalmente, según la legislación peruana, el contrato laboral puede ser de naturaleza temporal – también llamados sujetos a modalidad-, indeterminado o a tiempo parcial.

La regla general es que el contrato de trabajo se celebre por tiempo indeterminado. Sin embargo, excepcionalmente, se permite la contratación a plazo fijo, lo que se denomina “contratos de trabajo sujetos a modalidad” o temporales, los cuales deben celebrarse por ejemplo, cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa<sup>7</sup>.

Los contratos temporales son aquellos en los cuales las partes han establecido previamente un plazo de duración para la prestación de los servicios objeto del contrato. De este modo se ha previsto que el vínculo laboral se extinguirá una vez vencido el plazo señalado por las partes en el contrato den el contrato de trabajo temporal<sup>8</sup>.

Estos contratos cubren una necesidad específica y objetiva que tiene el empleador de forma temporal, que sustenta la contratación por un plazo determinado al trabajador. Es decir, que debe existir una causa objetiva de contratación debidamente justificada para que pueda realizarse la contratación temporal. Esto, se debe a que cuando están presentes los tres elementos característicos mencionados, se presume que es un contrato de trabajo de naturaleza indeterminada.

Es por lo antes mencionado, que en los contratos temporales deben ser cumplidas ciertas formalidades, como el hecho de que deba ser por escrito - no existe un contrato temporal verbal-

---

<sup>6</sup> Los contratos laborales pueden ser celebrados de forma verbal únicamente cuando son de tipo indeterminado.

<sup>7</sup> Tulio Obregón Sevillano, *Manual de relaciones individuales de trabajo*, 1ª ed. (Lima: Instituto Pacífico, 2018), 84.

<sup>8</sup> Dolorier Torres, *Tratado Práctico de Derecho Laboral*, 27.

y la presencia de una causa objetiva de contratación debidamente justificada, debiendo cumplirse el principio de causalidad<sup>9</sup>.

Asimismo, la LPCL regula el contrato a tiempo parcial, el cual debe ser celebrado por escrito y, la jornada máxima debe ser menor a cuatro horas diarias o en promedio semanal, es decir, que los trabajadores laboran una jornada menor al 50% de la jornada máxima legalmente permitida,<sup>10</sup>.

Por otro lado, tenemos los contratos a plazo indeterminado, que son la regla general de contratación laboral. Esto, se debe a que el derecho laboral tiene su base sobre principios fundamentales como el principio protector y de continuidad laboral donde, el vínculo laboral debe tener vocación de permanencia y que los trabajadores tengan derecho a una estabilidad laboral. Es por ello, que la Constitución Política del Perú establece que la ley debe brindar una adecuada protección al trabajador frente al despido arbitrario para evitar vulneraciones de derechos fundamentales. A diferencia de los contratos temporales, los de plazo indeterminado pueden ser celebrados de forma verbal o escrita y además, tendrán una fecha de inicio y no una fecha de término del contrato. Incluso, ante la falta de suscripción de un contrato, el artículo 4 de la LPCL presume su existencia cuando se cumplen los requisitos de la relación laboral, en salvaguarda y tutela de los derechos del trabajador.

Aunado a lo expuesto, cabe destacar, que en todo tipo de contrato ya sea temporal o indeterminado celebrado entre trabajador y empleador, existe una etapa inicial en la relación laboral denominado “periodo de prueba”, en el cual, pese a tratarse de un contrato indeterminado, el empleador tendrá la facultad de extinguir el vínculo laboral incluso sin expresión de causa, ya que se trata de un periodo donde el trabajador no tiene estabilidad laboral conforme se explicará en el capítulo 2.

### **1.3 Estabilidad en la relación laboral**

La estabilidad laboral es la protección legal que tiene el trabajador ante la posibilidad de que el empleador termine la relación laboral por una causal no regulada por la normativa laboral<sup>11</sup>.

Asimismo, es el derecho a no ser despedidos sin una causa justa, es decir, que están protegidos ante una posible extinción de la relación laboral injustificada, lo cual está sustentado

---

<sup>9</sup> Exp. N° 1874-2002-AA/TC Ica, fundamento 3. El régimen laboral peruano se rige, entre otros, por el principio de causalidad, en virtud del cual la duración del vínculo laboral debe ser garantizado mientras subsista la fuente que le dio origen.

<sup>10</sup> Toyama y Vinatea, *Guía Laboral*, 2015, 30.

<sup>11</sup> *Ibíd.*, 365

en el principio de continuidad laboral, el cual establece que la relación laboral debe mantenerse y perdurar en el tiempo.

Lo que procura el derecho a la estabilidad laboral es brindar al trabajador las garantías necesarias para que esta vocación de permanencia de su vínculo se vea reforzada. Tales garantías parten del derecho constitucional al trabajo y buscan limitar la facultad del empleador para evitar vulneraciones y otorgarle protección al trabajador ante un despido<sup>12</sup>.

El derecho a la estabilidad laboral produce siempre el mismo efecto: garantiza jurídicamente la conservación del empleo; lo que puede variar es el modo o la forma, y de allí también la eficacia, con que se protege ese derecho (indemnizaciones, invalidez del despido con o sin reincorporación efectiva, sanciones penales, etc.)<sup>13</sup>.

El Estado peruano protege al trabajador contra todo tipo de despido, cuando existe una vulneración directa o indirecta al mismo, es por ello que reconoce el derecho a no ser despedido sin una justificación previa – el derecho a la denominada estabilidad laboral. Sin embargo, en la etapa inicial del contrato de trabajo denominado periodo de prueba, el trabajador no tiene estabilidad laboral; tendrá derecho a esta, superado el mencionado periodo, lo cual es contradictorio debido a que debería gozar de este derecho, en todas las etapas de la relación laboral.

Contraria a la noción de estabilidad es la incertidumbre. En el ámbito laboral, la incertidumbre imposibilitaría que el trabajador pueda tener un régimen de vida estable, tanto para sí mismo como para su familia. Por ello, para restringir el actuar del empleador, la legislación de diferentes países<sup>14</sup> ha reconocido el derecho de los trabajadores a la estabilidad en el empleo, impidiendo así que se configuren despidos abusivos<sup>15</sup>.

Asimismo, existen dos tipos de estabilidad laboral: estabilidad de entrada y de salida:

- a) **La estabilidad de entrada** es aquella garantía del trabajador de permanencia desde el comienzo de la relación laboral, es decir, que el término de esta sólo puede ser por causales establecidas en la legislación peruana.

---

<sup>12</sup> Jorge Toyama Miyagusuku “El despido disciplinario en el Perú”, *Ius Et Veritas*, N° 38 (2009): 130.

<sup>13</sup> Víctor Ferro Delgado y Fernando García Granara, *Derecho Individual del trabajo, materiales de enseñanza* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho, 1993), 250.

<sup>14</sup> Al respecto, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) mediante el Convenio N° 158 “Convenio sobre la terminación de la relación laboral”, ha establecido en el artículo 4, que no se podrá extinguir la relación laboral a menos que exista una causa justificada relacionada con su capacidad o conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, otorgando de esta forma un derecho a la estabilidad laboral. Este Convenio ha sido ratificado por múltiples países, entre ellos tenemos: Venezuela, Francia, España, Portugal, Suecia, etc., sin embargo, no por Perú.

<sup>15</sup> César Puntriano Rosas, Luis Valderrama Valderrama y Luis Gonzales Ramírez, *Los contratos de trabajo: régimen jurídico en el Perú*, (Lima: Gaceta Jurídica, 2019), 65-66.

En el Perú, los trabajadores no tienen estabilidad de entrada, puesto que en la legislación laboral existe el periodo de prueba, etapa inicial de la relación laboral, en la cual el trabajador puede ser cesado sin necesidad de seguir un procedimiento específico e incluso sin expresión de causa – con lo que no estoy de acuerdo-, debido que no tiene protección contra el despido arbitrario según el artículo 10 de la LPCL. Es por ello, que tienen una estabilidad de entrada, superado este periodo.

- b) **La estabilidad de salida**, es aquella protección a ser despedido sólo por una causa justa, siguiendo un procedimiento específico. En el Perú, los trabajadores si están protegidos por la estabilidad laboral de salida, a excepción de los trabajadores dentro del periodo de prueba, quienes pueden ser despedidos sin expresión de causa.

Según su eficacia protectora, la estabilidad laboral de salida puede ser considerada como absoluta (la cual tiene como consecuencia la reposición) o relativa (por ejemplo, la indemnización)<sup>16</sup>.

La estabilidad laboral absoluta y relativa, están relacionadas al despido y los derechos que este conlleva cuando existe afectación al trabajador.

Se configurará una estabilidad absoluta cuando la violación del derecho a conservar el empleo ocasione la ineficacia del despido y se garantice la reincorporación efectiva del trabajador. Todas otras formas de protección contra el despido arbitrario serán más o menos eficaces para mantener el empleo, pero que al no asegurar una efectiva reinstalación, constituyen sistemas de estabilidad relativa<sup>17</sup>. La diferencia entre ambos tipos de estabilidad reside en las distintas medidas de reparación del despido injustificado que establecen<sup>18</sup>.

Sin embargo, pese a que en el Perú se reconocen la estabilidad absoluta y relativa, en caso de despido arbitrario dentro del periodo de prueba – lo cual, en cualquier otra etapa de la relación laboral, se tendría derecho a una indemnización por este despido- el trabajador no tiene ningún derecho de estabilidad laboral y por ende, reconocimiento de indemnización alguna, debido a que la misma normativa establece que recién alcanza protección superado el periodo de prueba, lo cual, en mi opinión, no es equitativo, puesto que puede desnaturalizarse esta figura y existir afectaciones a los trabajadores sin consecuencia jurídica alguna.

Por lo tanto, se puede concluir que el derecho del trabajo vela y promueve la estabilidad laboral de salida, dado que el empleador únicamente puede extinguir la relación laboral válida

---

<sup>16</sup> Magaly Alarcón Salas et al, *Comentarios a la Ley de Productividad y Competividad Laboral* (Lima: Gaceta Jurídica, 2016), 334.

<sup>17</sup> Ferro Delgado y García Granara, *Derecho Individual del trabajo*, 252.

<sup>18</sup> Carlos Blancas Bustamante, *Derecho de la estabilidad en el trabajo* (Lima: Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC, 1991), 52.

y justificadamente únicamente mediante una causa justa relacionada con la conducta y capacidad del trabajador, las cuales están establecidas en el artículo 23 y 24 de la LCPL y siguiendo un procedimiento de despido regulado en el artículo 31 de la LPCL, a excepción de los trabajadores dentro del periodo de prueba.

#### **1.4 Extinción de la relación laboral**

Las causas de extinción del vínculo laboral se encuentran tipificadas en el artículo 16 de la LPCL. Por voluntad de ambas partes tenemos el mutuo disenso y el vencimiento de los contratos sujetos a modalidad.

El mutuo disenso consiste, en que ambas partes acuerdan en dar por terminado el vínculo laboral. Asimismo, con respecto al vencimiento de los contratos sujetos a modalidad, todos los contratos temporales tienen una fecha de término, por lo que si no ha existido renovación alguna, el contrato se da por finalizado.

Por otro lado, en el supuesto de culminación por voluntad del trabajador, tenemos la renuncia o retiro voluntario y la jubilación voluntaria.

La renuncia es el acto jurídico mediante el cual, el trabajador decide dar por terminada la relación laboral - el cual debe ser realizado por escrito con treinta días de anticipación-; y la jubilación voluntaria, es el retiro del trabajador a una determinada edad, dejando de ejercer una determinada actividad laboral.

Adicionalmente, la relación laboral puede extinguirse por hechos ajenos a la misma, entre los cuales están el fallecimiento de una de las partes, la jubilación obligatoria y la invalidez absoluta permanente.

En el caso de fallecimiento del trabajador, el vínculo laboral se extingue, puesto que la prestación del servicio es personalísima, no siendo transmitible a los herederos. Asimismo, cuando se trata del fallecimiento del empleador, se da por finalizada la relación sólo cuando es persona natural; y, la jubilación obligatoria, consiste en el retiro obligatorio y automático cuando el trabajador cumpla setenta años de edad, salvo acuerdo de ambas partes.

Además, la relación laboral puede extinguirse por voluntad del empleador, en este caso tenemos el despido, que será abordado más a detalle en el siguiente acápite.

Finalmente, existe otro tipo de extinción de la relación laboral por iniciativa del empleador, que es el cese por no haber superado el periodo de prueba, el cual, no se encuentra regulado dentro de la legislación laboral. Es una forma de cese donde el empleador dentro de este periodo, puede dar por finalizado el vínculo laboral porque el trabajador no se adecua al perfil de puesto otorgado, o no cumple con las aptitudes y actitudes requeridas o que no haya superado las pruebas objetivas propuestas por el empleador, teniendo la posibilidad de finalizar

el vínculo laboral sin obligación de expresar una causa o seguir un procedimiento específico. En la actualidad, cuando se desvincula un trabajador por no haber superado este periodo, el empleador debe asemejarlo al despido - siendo dos figuras contrarias, dado que a diferencia del periodo de prueba, el despido es por una causa justa- incluso registrándolo como tal, ya que no está regulado como un tipo de extinción del vínculo laboral.

Asimismo, también debería regularse en la normativa laboral, el cese dentro del periodo de prueba como tipo de extinción de la relación laboral por iniciativa del trabajador. Cuando este requiere extinguir su vínculo laboral dentro de este periodo, debe utilizar la figura de la renuncia y, por ende, dar un preaviso de treinta días de anticipación. Al respecto, si bien es cierto, puede solicitarle al empleador la exoneración de estos días<sup>19</sup>, es facultad del empleador aceptar o rechazarlo; en caso sea rechazado, el trabajador tiene que permanecer en el centro de labores durante treinta días. Adicionalmente, si se retira antes del término de estos días, se configuraría un abandono de trabajo y el empleador, tendría la posibilidad de despedir al trabajador por falta grave, ya que no existe formalidad o disposición alguna que establezca como debe realizarse la desvinculación durante el periodo de prueba por iniciativa del trabajador. Por lo que, debería ser regulada esta forma de extinción del vínculo, con la finalidad de que el trabajador pueda desistirse de la relación laboral sin el procedimiento de la renuncia.

Es por lo expuesto, que la LCPL al establecer las causales de extinción del contrato de trabajo taxativamente también debería incluir el cese dentro del periodo de prueba y no asemejar este, a una renuncia o a un despido en caso de abandono de trabajo por parte del trabajador cuando debería tener los mismos derechos que el empleador al momento de desvincularse dentro del periodo de prueba.

#### **1.4.1 Definición y naturaleza del despido**

El despido es el acto mediante el cual, se da por finalizada la relación laboral. Montoya atribuye el acto de despido las características siguientes:

- a) Es un acto unilateral; la extinción del contrato de trabajo se origina en la sola decisión del empleador, sin tener en cuenta la del trabajador. Esta característica, no desaparece en los supuestos que se debe solicitar a la autoridad competente autorización para dar por finalizada la relación laboral como, por ejemplo, en el cese colectivo.
- b) Es un acto constitutivo; ya que la decisión del empleador tiene carácter constitutivo dando por extinguido el vínculo laboral, pese a que haya un exceso patronal como en los casos en que no exista una causal de despido o porque esta es insuficiente

---

<sup>19</sup> Artículo 18 de la LPCL.

- c) Es un acto recepticio; el despido tendrá efecto cuando el trabajador haya tomado conocimiento de este o haya sido notificado formalmente. Cuando el despido ya fue comunicado al trabajador, no hay posibilidad de que sea revocado, salvo por acuerdo entre las partes.
- d) Es un acto extintivo; la decisión del empleador extingue la relación laboral desde que fue comunicada al trabajador<sup>20</sup>.

El despido es considerado válido y justificado cuando el empleador da por finalizada la relación laboral, siguiendo un procedimiento y requisitos establecidos en la ley, debe realizarse de forma escrita, remitiéndole al trabajador una carta de preaviso de despido y posteriormente, la carta de despido habiéndole dado un plazo previamente para que el trabajador presente sus descargos correspondientes, salvo los casos – según el artículo 31 de la LPCL- de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad. El despido siempre debe fundarse en una causa justa relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador, establecida en la ley y debidamente comprobada.

Si el trabajador no está de acuerdo con el despido, puede iniciar un proceso judicial para impugnarlo, dentro del cual, el empleador tendrá la obligación de demostrar que existió una causa justa de despido por la que se dio por finalizado el vínculo laboral<sup>21</sup>.

De esta manera, como se puede evidenciar, en materia de despido laboral nuestro sistema es “causalista”, pues el despido siempre debe fundamentarse en una causa prevista en la normativa, que habilite al empleador esa optar por esa decisión de manera justificada, lo cual se condice con los principios de legalidad y tipicidad ya que la causa de despido debe encontrarse estipulada en la ley<sup>22</sup>.

Asimismo, la disolución de la relación laboral se considera válida cuando exista una causa tipificada y debidamente justificada, el empleador no puede dar por finalizado el vínculo de forma arbitraria, caso contrario, se estaría frente a un despido arbitrario. Es por ello, que la Constitución Política del Perú, en su artículo 27 establece que la ley brinda al trabajador adecuada tutela contra el despido arbitrario.

#### **1.4.2 Tipos de despido**

El despido, cuando se trate de una relación laboral del régimen privado – a excepción de los contratos a tiempo parcial- debe fundarse en las causas justas tipificadas en la legislación.

---

<sup>20</sup> Arévalo Vela, *Derecho del Trabajo Individual*, 166 citando a Alfredo Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo*, 22ªed., (Madrid: Tecnos, 2001), 463-464.

<sup>21</sup> Obregón Sevillano, *Manual de relaciones individuales de trabajo*, 137.

<sup>22</sup> Gustavo Quispe Chávez y Federico Mesinas Montero, *El despido en la jurisprudencia judicial y constitucional*, 1ªed. (Lima: Gaceta Jurídica, 2009), 15.

Cuando se realiza bajo las mencionadas circunstancias, se considera un despido justificado. Sin embargo, existen determinados supuestos en que la causa de despido no se funda en circunstancias objetivas o previstas legalmente. Entre estos, tenemos aquellos reconocidos expresamente en la legislación peruana, que son el despido nulo – artículo 29 de la LPCL-, el despido arbitrario – artículo 34 de la LPCL- y el despido indirecto – artículo 30 de la LPCL- y otros, que si bien es cierto no son regulados en la normativa, han sido reconocidos jurisprudencialmente en sentencias del Tribunal Constitucional, como es el caso del despido fraudulento.

Se considera arbitrario el despido cuando se produce sin haberse expresado causal alguna, no se cumple con el procedimiento formal de despido o no puede demostrarse la causa justa en un proceso judicial<sup>23</sup>.

La legislación peruana reconoce, que el despido arbitrario puede ser incausado o injustificado. Se considera despido incausado, cuando se realiza sin expresar una motivación específica y el despido injustificado cuando la causa de despido no puede ser probada en juicio.

Todos los trabajadores tienen protección contra el despido arbitrario a excepción de los trabajadores a tiempo parcial, de dirección y de confianza y aquellos que se encuentran dentro del periodo de prueba; superado este, ya obtienen protección por lo que, no podrán ser despedidos sin una causa justa.

Al respecto, no estoy de acuerdo con que los trabajadores dentro del periodo de prueba no tengan protección contra el despido arbitrario, toda vez que pueden existir afectaciones en cualquier etapa de la relación laboral, las cuales, deberían ser protegidas por el derecho laboral.

Asimismo, cabe mencionar, que el trabajador tendrá el derecho a una indemnización por despido arbitrario, equivalente a una remuneración y media por año de servicio en caso de contratos laborales de naturaleza indeterminada y en caso de contratos a plazo fijo, equivalente a una remuneración y media mensual por cada mes dejado de laborar hasta el término del contrato, ambos con el límite de hasta doce remuneraciones, de conformidad con el artículo 38 de la LPCL.

Además, si bien es cierto, la ley establece expresamente que el trabajador tendrá únicamente derecho a ser indemnizado, el Tribunal Constitucional<sup>24</sup> ha regulado la posibilidad de la reposición a favor del mismo<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Toyama y Vinatea, *Guía Laboral*, 2015, 400.

<sup>24</sup> Exp. N.º 1124-2001-AA/TC Lima, fundamento 12

<sup>25</sup> Según lo establecido en EXP. N.º 976-2001-AA/TC La reposición procede cuando el mismo acto de despido está afectado de nulidad – y por ende carecerá de efecto legal y la reposición será viable-, cuando el mismo resulte lesivo de derechos del trabajador.

Por otro lado, tenemos el despido nulo, el cual también está recogido expresamente en nuestra legislación en el artículo 29 de la LPCL. El despido es nulo cuando existe un acto discriminatorio y/o que vulnera derechos fundamentales del trabajador.

Todos los trabajadores tienen protección contra el despido nulo, incluso cuando se encuentran dentro del periodo de prueba, ya que se trata de una afectación contra derechos humanos, lo cual puede ser validado en ninguna etapa de la relación laboral.

En este supuesto, al ser un despido atentatorio de derecho, la forma de protección como ya lo ha establecido el Tribunal Constitucional<sup>26</sup> no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento que se cometió el acto viciado de inconstitucionalidad, por ello, la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo, es por esto, que se reconoce la posibilidad de reposición del trabajador.

Adicionalmente a ello, la legislación laboral ha reconocido la posibilidad para el trabajador de dar por finalizado el vínculo laboral cuando existen determinados actos de hostilidad<sup>27</sup> por parte del empleador.

Se entienden como actos de hostilidad a todos aquellos actos, en los que el empleador excede su facultad de dirección, y que tiene como objeto, la extinción de la relación laboral de forma indirecta y carecen de razonabilidad.<sup>28</sup> Estos deben ser emplazados previamente por escrito al empleador con la finalidad de formular los descargos correspondientes o que enmiende sus actos. Este tipo de despido es considerado como despido indirecto.

Finalmente, tenemos el despido fraudulento, el cual se trata de un despido reconocido jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional mediante la sentencia recaída en el Expediente N° 976-2001 AA/TC. Se produce cuando el trabajador es despedido con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, pese a haber seguido con el procedimiento formal de

---

Adicionalmente, en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional se acordó por mayoría que, en los casos de despido incausado – el despido arbitrario sin haberse expresado causa- el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo.

<sup>26</sup> Exp. N.º 1124-2001-AA/TC Lima, fundamento 12

<sup>27</sup> El Artículo 30 de la LPCL establece cuales son considerados como actos de hostilidad equiparables al despido:

- a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador.
- b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría.
- c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios con el propósito de ocasionarle perjuicio.
- d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida o la salud del trabajador.
- e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia.
- f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.
- g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.

<sup>28</sup> Fiorella Tovalino Castro, *El despido. Análisis con base en criterios jurisprudenciales*, 1ª ed. (Lima: Gaceta Jurídica, 2014), 23.

despido y haber imputado causal, se le atribuyen al trabajador hechos falso, inexistentes o imaginarios o, se le atribuye una falta no regulada en la legislación peruana, vulnerando el principio de tipicidad.

En el despido fraudulento se le atribuyen al trabajador hechos irreales con la finalidad de encubrir la real causa de despido, que en la mayor parte de los supuestos es ilegal.



## Capítulo 2

### Periodo de prueba

#### 2.1 Conceptos y características del periodo de prueba

El periodo de prueba, es el periodo inicial de la relación laboral que tiene como finalidad comprobar la idoneidad, aptitud y adecuación del trabajador a las labores encomendadas. Dentro de este, el empleador tiene la facultad de evaluar al trabajador y corroborar que puede asumir el puesto correctamente.

Pero a su vez, en este periodo, el trabajador tendrá la posibilidad de conocer el ambiente y condiciones laborales de su centro de trabajo y verificar si el puesto de trabajo cumple con sus expectativas laborales y personales<sup>29</sup>.

En consecuencia, el periodo de prueba es una etapa de acondicionamiento mutuo, cuya finalidad es reducir los costos de transacción que implicaría el hecho que las partes puedan conocer anteladamente esta información<sup>30</sup>.

Según Pacheco Zerga: “El periodo de prueba consiste en el otorgamiento de un tiempo determinado para que el empresario pueda comprobar la idoneidad del trabajador, y para que este evalúe si el trabajo satisface sus aspiraciones personales”<sup>31</sup>.

Asimismo, en palabras de Javier Dolorier Torres: “El periodo de prueba es el lapso de tiempo en el que el empleador evalúa si el trabajador se desempeña de acuerdo con las expectativas de idoneidad y eficiencia requeridas para el puesto de trabajo para el que fue contratado”<sup>32</sup>.

Si bien se reconoce que el periodo de prueba es una fase en la que tanto el empleador como el trabajador se evalúan mutuamente, con la finalidad de constatar si la decisión tomada de vincularse ha sido la adecuada, claramente es una etapa que beneficia, principalmente, al empleador, debido a que este tiene la facultad, mientras dure dicho plazo, de finalizar la relación laboral de manera unilateral sin que el trabajador -salvo excepciones que serán analizadas más adelante- cuente con protección ante la terminación de la relación laboral<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Hugo Carrasco Mendoza, “Indemnización por despido durante el periodo de prueba, Comentario a la Casación N° 7095-2014-Lima”, *Soluciones Laborales para el Sector Privado Soluciones Laborales*, N° 97 (enero 2016): 108

<sup>30</sup> *Ibíd.*

<sup>31</sup> Luz Pacheco Zerga, “Periodo de Prueba: Naturaleza y Régimen Jurídico”, *Repositorio Institucional de la Universidad de Piura PIRHUA* (julio 2008): 3.

<sup>32</sup> Dolorier Torres, *Tratado Práctico de Derecho Laboral*, 24.

<sup>33</sup> Magaly Alarcón Salas, *Comentarios a la Ley*, 194.

El periodo de prueba tiene el objeto de que ambas partes, consideren si continuar con la relación laboral o extinguir el vínculo, no se trata de una evaluación únicamente del empleador, sino también del trabajador.

En el período de prueba el empleador puede constatar, entre otras cosas, las aptitudes del trabajador, capacidad para adaptarse a las reglas, rendimiento, relación con sus superiores y compañeros de trabajo<sup>34</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico laboral, el periodo de prueba no es un pacto de prueba o un acuerdo que se pueda consensuar, ya que está presente en toda relación laboral pese a no haberse acordado expresamente.<sup>35</sup>

Adicionalmente, el periodo de prueba no se trata de un periodo independiente dentro del contrato de trabajo, sino de una etapa en la que el trabajador tiene los mismos derechos y beneficios reconocidos por la normativa laboral. Este periodo se aplica sin necesidad acuerdo expreso entre las partes, puesto que ya ha sido reconocido textualmente en el artículo 10 de la LPCL. En caso de que no exista acuerdo entre las partes, se reconoce el periodo de prueba ordinario – de tres meses-, debido a que para su ampliación si se necesita un documento escrito.

Dentro del periodo de prueba, el trabajador no tiene protección contra el despido arbitrario – con lo que no estoy de acuerdo-, es decir, que el empleador sin expresión de causa puede dar por finalizado el vínculo laboral por no haber superado este periodo e incluso, puede realizarlo sin obligación de cumplir formalidad alguna, a diferencia del procedimiento formal del despido. Sin embargo, en mi opinión, puede desnaturalizarse la finalidad y el objeto del periodo de prueba, ya que el empleador no tiene que seguir formalidad ni justificación alguna para el cese.

Adicionalmente, si bien el periodo de prueba es una etapa de acondicionamiento para las partes, en la cual, se decide la continuidad del vínculo laboral; para el trabajador no está previsto un procedimiento para su desvinculación dentro de este periodo – como si para el empleador - por lo que, este tendría que utilizar la figura de la renuncia, dando un aviso de treinta días de anticipación y que incluso, si se retira antes de estos días sin autorización del empleador, puede ser despedido por abandono de trabajo. Es por ello, que existe un desequilibrio y desigualdad, dado que la ley debería establecer que el trabajador también puede desistirse de la relación laboral sin necesidad de dar un previo aviso como con la renuncia.

---

<sup>34</sup> Pacheco Zerga, “Período de Prueba”, 4.

<sup>35</sup> Por lo tanto, puede concluirse que, el periodo de prueba ordinario se aplica pese a que no haya un acuerdo expreso o en el supuesto de que no se haya regulado expresamente en el contrato.

Por otro lado, el periodo de prueba es inicialmente tres meses luego del cual el trabajador adquiere el derecho a la estabilidad laboral. Al respecto, las partes pueden acordar un plazo mayor al mencionado, siempre que las labores requieran de un periodo de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación sea justificada<sup>36</sup>.

Este periodo se aplica tanto para contratos de naturaleza indeterminada como contratos sujetos a modalidad. En el caso de los contratos temporales, según Toyama Miyagusku, sólo será válido en el contrato inicial, salvo que se recontrate a un trabajador y que el puesto de trabajo sea cualitativamente diferente al anterior o que aún no haya cumplido con superar el periodo de prueba del primer contrato<sup>37</sup>.

Por lo tanto, como lo he evidenciado, el periodo de prueba es una figura de vital importancia en el contrato de trabajo, debido a que es una etapa de conocimiento y evaluación mutua, sin embargo, la regulación del periodo de prueba en el Perú favorece mucho más al empleador que al trabajador. Tanto es así, que la ley ni siquiera ha previsto la forma en que un trabajador se tendría que desvincular de la relación laboral dentro del periodo de prueba. Es por ello, que es necesaria una modificación legislativa con la finalidad de equilibrar la posición entre las partes.

## 2.2 Naturaleza jurídica y extintiva del periodo de prueba

Existen diversas posiciones contrarias de la doctrina acerca de la naturaleza jurídica del periodo de prueba, la cual ha sido objeto de controversias entre diferentes autores.

Cabanellas agrupa las diversas doctrinas sobre la naturaleza del periodo de prueba, entre las cuales, mencionaremos las siguientes:

- a) La del contrato autónomo, el periodo de prueba es un contrato que tiene existencia propia, estimándose que por más que se considere un vínculo de prueba y otro definitivo, no por ello se confunden uno y otro contrato, ya que se trata de dos vínculos que tienen diferente objeto. (...)
- b) La del contrato preliminar. Precontrato o contrato preliminar, es aquel contrato por el que ambas partes o una de ellas, se compromete a celebrar posteriormente otro, el llamado principal, ya que no puede así denominarse al contrato preliminar que precede a la contratación y por el que se acuerda solamente una forma determinada del contrato futuro. (...)
- c) La de un contrato de trabajo especial. Señala Assanti que por consideración del fin que se considera en el contrato de trabajo a prueba, debe configurarse como un

<sup>36</sup> Toyama y Vinatea, *Guía Laboral*, 2015, 49-50.

<sup>37</sup> Toyama y Vinatea, *Guía Laboral*, 2015, 50

contrato especial de trabajo que tiene por finalidad la experiencia, el que es autónomo respecto al contrato definitivo. (...)

- d) La de un contrato de duración determinada. Otra parte de la doctrina considera que el periodo de prueba configura un efectivo contrato de trabajo de duración fija. La limitación en el tiempo del periodo de prueba lleva a establecer que constituye un contrato cuyo fin está fijado de forma previa por las contratantes, pero no es cierto, pues si bien el periodo de prueba está desde luego, limitando su duración, puede reducirse a un plazo menor que el autorizado por la ley, pues el contrato que incluya un periodo de prueba cabe rescindirlo tan pronto como una de las partes considere suficiente la prueba; de igual manera que se admite su consolidación en un término más breve, si se estima bastante la prueba a tal fin” (...)<sup>38</sup>.

Sin embargo, pese a las diferentes posiciones de la doctrina, en mi opinión el periodo de prueba no puede considerarse como un precontrato o como uno autónomo, debido a que es la parte inicial del contrato de trabajo. Es por ello, que considero al periodo de prueba como parte integrante del contrato de trabajo que incluso, está presente pese a no haber un acuerdo escrito entre las partes y que tiene vital importancia, ya que se tiene la posibilidad de verificar la idoneidad y el cumplimiento de las actitudes y aptitudes por parte del trabajador en un determinado puesto de trabajo.

Adicionalmente, acerca de la naturaleza extintiva del periodo de prueba, nos encontramos con la interrogante ¿el término del contrato por no haber superado el periodo de prueba, puede considerarse propiamente un despido?

El despido – válido y justificado- es el acto unilateral mediante el cual el empleador da por finalizado el vínculo laboral, amparándose en una causa justa de despido, la cual puede ser relacionada con la conducta o capacidad del trabajador. Es decir, que el despido siempre debe ser casualizado. Además, el despido es un acto formal que debe seguir un procedimiento preestablecido en la ley.

Por otro lado, tenemos al término del contrato por no haber superado el periodo de prueba que también puede considerarse un acto que da por finalizado el vínculo laboral, sin embargo, no puede considerarse propiamente como un despido.

Cualquiera de las partes que no esté de acuerdo con las condicionales laborales de la otra, puede dar por extinguida la relación laboral sin formalidad alguna. Es por ello, que la

---

<sup>38</sup> Guillermo Cabanellas, *Compendio de Derecho Laboral* (Argentina: Libros Científicos, 1968), 489-490.

característica principal del periodo de prueba, es que el vínculo laboral culmina sin ninguna obligación adicional, como por ejemplo en el caso del despido.<sup>39</sup>.

Cuando el empleador extingue el vínculo laboral por no haber superado el periodo de prueba, la legislación laboral no establece una formalidad específica para el empleador, como si lo estipula para el procedimiento de despido. Además, la extinción por periodo de prueba no es casualizado, es decir, que el empleador no tiene la obligación de alegar causa alguna justificante para dar por finalizada la relación laboral. Es por ello, que no podría considerarse un despido, sino una forma de extinción del contrato de trabajo diferente e independiente del despido.

En mi opinión, esta forma de extinción por periodo de prueba se puede considerar como un desistimiento de la relación laboral por parte del empleador. Cuando el empleador comprobó que el trabajador no cumplió con las condiciones requeridas para el puesto de trabajo – es decir, con el objeto del periodo de prueba-, el empleador puede desistirse de continuar con el contrato de trabajo, dado que no cumple con el perfil de puesto que buscaba o no se adecuaba a un determinado cargo. Este desistimiento, se considera como un derecho a favor de las partes durante la etapa inicial del contrato de trabajo, pudiendo ser ejercido en cualquier etapa del periodo de prueba; sin embargo, superado este, el derecho queda extinguido, adquiriendo estabilidad laboral.

Adicionalmente, es importante mencionar, que así como el empleador tiene este derecho a desistirse de la relación laboral sin expresión de causa ni procedimiento específico, el trabajador también debería tener este derecho a desvincularse durante el periodo de prueba sin necesidad de seguir determinada formalidad; no obstante, en la realidad, no está estipulado como tal, sino que cuando el trabajador quiere extinguir su vínculo laboral debe utilizar la figura de la renuncia y respetar las formalidades que esta implica.

Asimismo, cabe mencionar, que la extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba, no fundamentada en motivo discriminatorio o atentatorio a derechos humanos, constituye <<desistimiento>> y no despido. Sin embargo, la extinción durante el periodo de prueba puede llevar a otras calificaciones cuando se dan otras situaciones: extinción no causal del contrato cuando el periodo de prueba se ha declarado celebrado en fraude de ley o abuso de derecho (despido improcedente) o extinción contraria al principio de no discriminación o con vulneración de derechos fundamentales (despido nulo)<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Cáceres Paredes, “La ampliación del periodo de Prueba”, 14.

<sup>40</sup> María Amparo Ballester Pastor, *El periodo de prueba* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995), 63.

Finalmente, pese a que el periodo de prueba es una forma de extinción del vínculo laboral, en el Perú, no está regulado como tal en la normativa laboral. Esto se evidencia, por ejemplo, cuando el empleador cesa a un trabajador por no haber superado el periodo de prueba y lo desvincula en el T- Registro<sup>41</sup>, no existe la posibilidad de dejar constancia que la extinción es la no superación de este periodo, sino que debe colocarse como si el trabajador hubiera sido despedido, cuando realmente no fue así.

Y, además, por el contrario, cuando el trabajador quiere extinguir su relación laboral dentro del periodo de prueba, tiene que utilizar la figura de la renuncia, porque no existe formalidad específica a seguir, cuando se desvincula dentro del periodo de prueba como si existe para el empleador. Es por ello, que este supuesto de extinción de la relación laboral, debería ser incluido en el artículo 16 de la LPCL que tipifica las causas de extinción del vínculo laboral

### **2.3 Objeto del periodo de prueba**

El periodo de prueba tiene por objeto demostrar si el trabajador puede efectivamente asumir el puesto de trabajo designado por el empleador, de acuerdo a sus aptitudes y lineamientos, por lo que la evaluación se realizará, sobre la base de los resultados de las tareas encomendadas, capacidades y responsabilidad advertida. Igualmente, podemos indicar, que el periodo de prueba, como etapa inicial del contrato de trabajo, permite identificar las cualidades del trabajador, por lo que es razonable sostener que la extinción del contrato, durante dicho periodo, sólo debería operar en tanto tales cualidades no se adecuen a las exigencias que el empleador tiene determinadas para el puesto, o que no hayan sido superadas por el trabajador, las pruebas establecidas por la empresa de acuerdo a las necesidades de la empresa<sup>42</sup>.

Asimismo, por la parte del trabajador, este evaluará si el puesto de trabajo se adecua a sus expectativas personales y objetivos planteados. Sin embargo, como lo he expuesto, el periodo de prueba es de mayor utilidad y beneficio para el empleador.

Si bien es cierto que el contenido esencial del periodo de prueba no ha establecido criterios o consideraciones especiales para su aplicación, no se puede negar que el mismo está orientado a valorar objetivamente el desempeño del trabajador de acuerdo a los intereses del empleador<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> El T-Registro es una plataforma digital de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria y Aduanera (SUNAT) que contiene la información laboral de los empleadores, trabajadores, entre otros.

<sup>42</sup> Casación Laboral N° 6952-2017 Lima, fundamento 8.

<sup>43</sup> Luis Álvaro Gonzales Ramírez, "Periodo de prueba y discriminación: caso especial de la madre gestante y de los trabajadores sindicalizados", *Soluciones Laborales para el Sector Privado Soluciones laborales*, N° 89 (mayo 2015): 35.

Es por ello, que el periodo de prueba, ha sido recogido en la legislación laboral con un objeto, que es el de confirmar si el trabajador es idóneo para un determinado puesto de trabajo.

Decimos “confirmar” porque es lógico que para su contratación el empleador haya tenido al menos indicios de idoneidad laboral del trabajador, basado fundamentalmente en aspectos documentales (CV, certificados de estudios, etc.). No obstante, estos indicios corresponden ser constatados fácticamente mediante el desempeño laboral del trabajador contratado en la empresa<sup>44</sup>.

No obstante, se puede observar que en la actualidad, el empleador muchas veces utiliza esta figura indiscriminadamente sin considerar realmente cual es el objeto del periodo de prueba, cesando incluso a trabajadores por el simple hecho que se encuentran dentro de esta etapa inicial, lo cual, se debe a la falta de desarrollo legislativo y al hecho de que la LPCL regula expresamente que el trabajador no tendrá derecho a la protección contra despido arbitrario, desamparándolo dentro de esta etapa.

Por lo tanto, en los siguientes capítulos se expondrá la desnaturalización del objeto del periodo de prueba, demostrando que la legislación peruana no le brinda una adecuada tutela a los trabajadores dentro de este periodo cuando existen posibles vulneraciones de derechos.

#### **2.4 Plazo del periodo de prueba**

El periodo de prueba es de tres meses, transcurridos, el trabajador adquiere estabilidad laboral y, por ende, protección contra el despido arbitrario – lo cual, en mi opinión, está mal planteado por la LPCL, puesto que el periodo de prueba no puede significar una etapa donde se validen arbitrariedades, el trabajador debería estar protegido contra posibles vulneraciones desde el inicio de la relación laboral y, ser cesado únicamente cuando no cumplió, por ejemplo, con el perfil de puesto asignado.

El periodo de prueba, en razón de su finalidad, tiene que ser breve, para que no se produzca su desnaturalización y se utilice como mecanismo para proveerse de mano de obra eventual, eludiendo con ello la aplicación de las normas protectoras contra el despido arbitrario<sup>45</sup>.

Además de establecer este plazo general de tres meses, el artículo 10 de la LPCL que, en determinados supuestos, se podrá ampliar el periodo de prueba. señalase establece que se puede acordar un plazo mayor en los casos en que las labores requieran de un periodo de

---

<sup>44</sup> Hugo Carrasco Mendoza, “Indemnización por despido durante el periodo de prueba”, 108.

<sup>45</sup> Carlos Blancas Bustamante, *El despido en el derecho laboral peruano* (Lima: Ara Editores EIRL, 2006), 127.

capacitación o adaptación, o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación sea justificada<sup>46</sup>.

En el supuesto de ampliación, el principio del derecho laboral de primacía de la realidad tiene vital importancia, puesto que la extensión del plazo del periodo de prueba debe realizarse en determinadas circunstancias y supuestos especiales que deben ser comprobados, correspondiéndose con la realidad de los hechos, toda vez que pese a que haya existido un pacto por escrito de ampliar el periodo de prueba, si este no se justifica con la naturaleza de las funciones a realizar por el trabajador, la ampliación no será válida.

La extensión del periodo de prueba puede realizarse únicamente cuando existe un pacto entre el trabajador y el empleador. Para que dicha ampliación sea válida debe ser necesariamente un acuerdo escrito. En caso de no cumplirse con la mencionada formalidad, operará el periodo de prueba ordinario de tres meses de duración.<sup>47</sup>

La ampliación del periodo de prueba no podrá ser mayor a seis meses en caso de trabajadores calificados y de confianza<sup>48</sup> y en caso de trabajadores de dirección<sup>49</sup>, no podrá exceder el año.

Sin embargo, para mayor comprensión se debe hacer una diferenciación entre la denominación de trabajadores de dirección y de confianza.

El Tribunal Constitucional ha diferenciado entre los trabajadores de dirección y de confianza según la forma en que fueron contratados inicialmente. Entre ellos, tenemos aquellos que fueron contratados directamente para cumplir labores características del personal de confianza desde el inicio de su relación laboral, y aquellos que, fueron contrataciones para realizar labores ordinarias y que posteriormente, se les asignó el cumplimiento de labores de trabajadores de confianza<sup>50</sup>.

Ambos tipos de trabajadores están supeditados al retiro de la confianza por parte del empleador.

La pérdida de la confianza constituye una situación especial que dar por finalizado el vínculo laboral; esto implica que el trabajador ya no goza de la confianza o simpatía del

---

<sup>46</sup> Quispe Chávez y Mesinas Montero, *El despido en la jurisprudencia*, 13

<sup>47</sup> Cáceres Paredes, “La ampliación del periodo de Prueba”, 17

<sup>48</sup> Según Dolorier Torres, Tratado Práctico de Derecho Laboral, 26. Los trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección,

<sup>49</sup> Según Dolorier Torres, Tratado Práctico de Derecho Laboral, 26. Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros

<sup>50</sup> EXP. N° 03501-2006-PA/TC Lima, fundamento 14.

empleador para continuar con las funciones propias del cargo. En ese sentido, la pérdida de confianza responde al ámbito netamente subjetivo del empleador<sup>51</sup>.

Este carácter subjetivo de la pérdida de confianza genera una estabilidad laboral relativa en los trabajadores de dirección o de confianza, ello debido a que deja en el ámbito subjetivo del empleador cuando retirar la misma, sin que existan necesariamente causas objetivas para ello<sup>52</sup>.

Adicionalmente a ello, se debe precisar que, en el caso de los trabajadores que fueron contratados desde el inicio de la relación laboral para cumplir labores de personal de confianza, no tiene mayor importancia el periodo de prueba, dado que su estabilidad está supeditada a una situación subjetiva que es la confianza. Es decir, en caso que, el empleador decide retirar la confianza, el vínculo laboral queda extinguido.

Sin embargo, en el supuesto de los trabajadores que inicialmente fueron contratados para realizar funciones ordinarias y posteriormente de confianza, si tendría sentido la ampliación del periodo de prueba, debido a que en este caso, si el empleador le retira la confianza al trabajador, no se extingue la relación laboral, sino que el trabajador se reincorpora al puesto inicial.

Con lo expuesto, puede visualizarse, que el periodo de prueba puede extenderse a seis meses e incluso a un año, es decir, que el trabajador – tal cual como la LPCL lo estipula- no tendría derecho a la protección contra el despido arbitrario hasta por el periodo de un año, lo cual es totalmente inicuo ya que la ley no regula, por ejemplo, los supuestos específicos en que sería válido cesar a un trabajador dentro del periodo de prueba o que este debe estar acorde a su objeto o finalidad. La normativa peruana, únicamente establece que dentro de este periodo el trabajador no tiene protección contra el despido arbitrario y que incluso, puede cesarlo sin expresar causa alguna, posibilitando afectaciones a los trabajadores.

## **2.5 Exoneración del periodo de prueba**

La normativa peruana ha establecido, que el periodo de prueba por regla general es tres meses – salvo las excepciones mencionadas- pese a que no se haya pactado expresamente por escrito. Es por ello, que el artículo 16 del reglamento del TUO de la Ley de Fomento al Empleo, ha recogido determinados supuestos en que los trabajadores pueden ser exonerados de este periodo.

En primer lugar, tenemos los casos de suspensión del contrato de trabajo del trabajador, en el cual – según el mencionado reglamento- el tiempo laborado en cada periodo se suma hasta

---

<sup>51</sup> VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, 62.

<sup>52</sup> *Ibíd.*

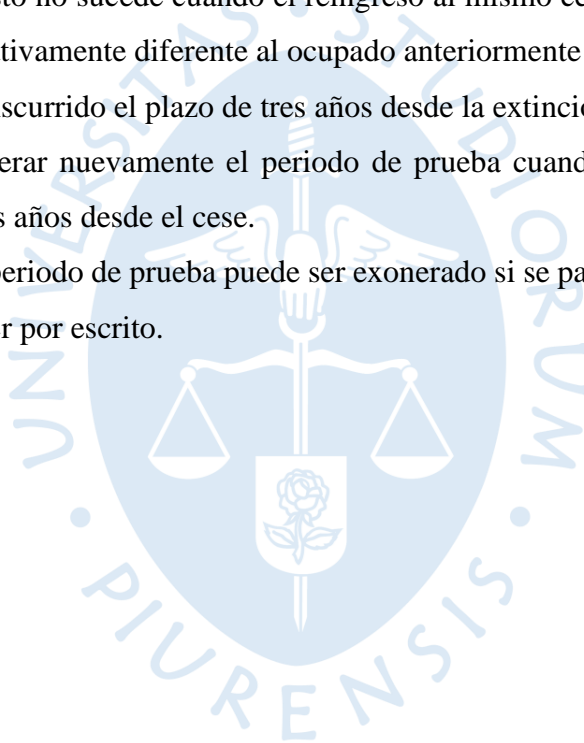
completar el periodo de prueba; es decir, que si, por ejemplo, el trabajador, laboró tres meses y posteriormente su contrato laboral fue suspendido por seis meses, al regresar a las labores, ya no regirá un nuevo periodo de prueba, dado que previamente ya lo superó en los primeros tres meses.

El plazo anteriormente establecido se computa por periodos ininterrumpidos e interrumpidos. En caso de periodos interrumpidos se suman los periodos trabajados hasta completar el periodo de prueba.

Asimismo, cuando el trabajador reingresa a laborar en el mismo puesto de trabajo, no tendrá la obligación de nuevamente superar el periodo de prueba – en caso de que previamente ya lo haya realizado-.

Sin embargo, esto no sucede cuando el reingreso al mismo centro de labores sea en un puesto notoria y cualitativamente diferente al ocupado anteriormente o, el supuesto que este se produzca habiendo transcurrido el plazo de tres años desde la extinción del vínculo laboral. En este caso, deberán superar nuevamente el periodo de prueba cuando el reingreso se realizó transcurridos tres o más años desde el cese.

Finalmente, el periodo de prueba puede ser exonerado si se pacta expresamente, lo cual necesariamente debe ser por escrito.



## Capítulo 3

### El despido arbitrario y nulo

De los momentos más controversiales del vínculo laboral, el despido es el acto que tiene mayor impacto entre las partes y las relaciones laborales, ya que consiste en una decisión unilateral del empleador que generalmente no tiene aceptación del trabajador y quiebra el principio de continuidad defendido por el Derecho Laboral<sup>53</sup>.

En el Perú existen diversos tipos de despido reconocidos legislativa y jurisprudencialmente. Sin embargo, el único tipo de despido válido es el justificado, mediante el cual el empleador lo fundamenta en una causa justa relacionada con la conducta y capacidad del trabajador estipulada en la norma.

Por otro lado, existen otros tipos de despido contrarios al justificado, entre los cuales tenemos el despido arbitrario, fraudulento y nulo. Sin embargo, a efectos de centralizar la presente investigación, desarrollaré y analizaré de forma más detallada el despido arbitrario y nulo con el periodo de prueba.

#### 3.1 Despido arbitrario

##### 3.1.1 *Conceptos y consideraciones generales*

El despido es arbitrario cuando el trabajador que presta sus servicios cuatro o más horas diarias, se produce en contravención del artículo 22 de la LPCL (es decir, cuando no hay causa justa o esta no se puede demostrar en un proceso judicial) y tiene como consecuencia la indemnización por despido arbitrario<sup>54</sup>.

Además, es la decisión unilateral del empleador que puede clasificarse en dos tipos: despido incausado e injustificado. El despido incausado, según lo establecido por el Tribunal Constitucional<sup>55</sup> es el despido de forma verbal o escrita sin expresar una causa derivada de la conducta o labor que la pueda justificar. Asimismo, el despido injustificado se configura cuando no se demuestra la causal de despido invocada por el empleador en un juicio, conforme lo establecido en el artículo 34 de la LPCL.

El trabajador tiene derecho al pago de la indemnización como reparación por el daño sufrido. Para ello deberá interponer la demanda de indemnización por despido arbitrario dentro del término de caducidad. Podrá demandar además, si tiene el pago pendiente de algún otro

---

<sup>53</sup> Toyama Miyagusuku, *Manual de Actualización Laboral*, 9.

<sup>54</sup> Obregón Sevillano, *Manual de relaciones individuales de trabajo*, 149.

<sup>55</sup> Exp. N° 976-2001- AA/TC, fundamento 15.

beneficio social tales como CTS, vacaciones, entre otros. La demanda de indemnización, en caso de despido arbitrario, excluye la acción de nulidad de despido<sup>56</sup>.

La indemnización es equivalente - cuando se trata de contratos indeterminados- a una remuneración y media por año de servicio y en contratos temporales, a remuneración y media por cada mes dejado de laboral hasta el término del contrato, ambos con el límite de doce remuneraciones; la cual deberá ser pagada hasta en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas de producido el cese.

Sin embargo, el derecho a la indemnización contra el despido arbitrario y protección contra este, no está reconocido a favor de los trabajadores que se encuentran dentro del periodo de prueba, con lo que no estoy de acuerdo, debido a que incluso dentro de este periodo deberían estar protegidos contra posibles vulneraciones que se podrían generar por la desprotección dentro de esta etapa.

Adicionalmente a ello, en el caso de los trabajadores de dirección y de confianza no tendrán derecho a la indemnización por despido arbitrario en caso del retiro de la confianza, a excepción de aquellos trabajadores que ingresaron inicialmente en un cargo ordinario y ascendieron posteriormente a un cargo de confianza, estos si tendrán derecho a la indemnización en caso el empleador les impida retornar a su puesto anterior al retirarse la confianza.

Si bien es cierto, en la legislación nacional no se regula la posibilidad de la reposición en el caso de que el trabajador haya sido despido arbitrariamente, sin embargo, el Tribunal Constitucional<sup>57</sup>, consideró la inconstitucionalidad de lo establecido en el mencionado artículo 34, toda vez que existe una inminente vulneración al derecho al trabajo ya que faculta al empleador a despedir al trabajador con la única consecuencia de pagar una indemnización.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 1124-2001-AA/TC Lima, ha establecido que el mencionado artículo 34 es incompatible con el derecho al trabajo porque lo vacía de contenido constitucional, ya que parte del contenido esencial de este derecho es que únicamente es válido el despido por una causa justa regulada por la normativa laboral y al permitir el pago de una indemnización, le faculta al empleador despedir arbitrariamente a los trabajadores. Asimismo, según el mencionado Tribunal, la forma de proteger al trabajador es retrotraer la situación, al estado anterior a cometido el acto inconstitucional, es decir, la reposición.

---

<sup>56</sup> Obregón Sevillano, *Manual de relaciones individuales de trabajo*, 149.

<sup>57</sup> Exp. N.º 1124-2001-AA/TC Lima, fundamento 12.

Al respecto, puedo concluir que el Tribunal Constitucional establece que la adecuada protección contra el despido arbitrario es en primer lugar la indemnización establecida en la legislación laboral, pero también la opción reparadora – la reposición del trabajador-. Por lo que estoy de acuerdo con lo establecido por el Tribunal, debido a que la ley no otorga una adecuada protección al trabajador al regular únicamente la procedencia de la indemnización ante el despido arbitrario y que también debe considerarse la posibilidad de la reposición como forma de protección de los derechos humanos afectados con la finalidad de retrotraer al estado anterior a la mencionada vulneración.

Finalmente, considero que estas posibilidades – tanto la indemnización por despido arbitrario, como la reposición reconocida por el Tribunal Constitucional- también debería plantearse dentro del periodo de prueba, puesto que los trabajadores deberían estar protegidos durante todas las etapas de la relación laboral ante las posibles afectaciones por parte del empleador, debiendo tener el derecho a ser indemnizados o repuestos en el puesto de trabajo, en caso de considerarse despido arbitrario.

### **3.1.2 *La naturaleza tuitiva del derecho laboral en la arbitrariedad del despido***

El derecho laboral tiene una naturaleza tuitiva, debido a que en la relación laboral existe una parte – el trabajador- más vulnerable que necesita ser protegida y equilibrada, es por esto que se reconocen determinados derechos y principios a su favor, como el derecho al trabajo y a la estabilidad laboral.

Según nuestra Constitución Política del Perú – artículo 22- el trabajo es un deber y un derecho, es la base del bienestar social y medio de realización de la persona. Es por ello que, el derecho laboral reconoce el derecho a la estabilidad laboral – ya que el trabajo es un derecho constitucional y por ende, debe tener vocación de permanencia-, que, si bien no es reconocido expresamente por la Constitución Política de 1993, sí se reconoce en el artículo 27 que la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario – esto además, por la mencionada naturaleza tuitiva del derecho laboral-. Sin embargo, nos encontramos con la interrogante ¿realmente la ley brinda una adecuada protección contra el despido arbitrario? La respuesta en mi opinión, es que no la otorga.

La ley no brinda una adecuada protección porque sólo otorga la posibilidad para el trabajador de obtener una indemnización por el despido arbitrario y no propiamente la opción de retornar a la situación anterior a la vulneración, para lo cual, tuvo que el Tribunal Constitucional pronunciarse al respecto para que proceda también la reposición – lo cual no tiene propiamente un reconocimiento legislativo-.

Adicionalmente a ello, no protege a los trabajadores cuando se encuentran dentro del periodo de prueba. La LPCL establece expresamente que los trabajadores no tienen protección contra el despido arbitrario cuando no han superado este periodo. Esto, es un supuesto bastante amplio que le faculta al empleador a posibles afectaciones al trabajador, sin tener una consecuencia jurídica.

En mi opinión, el trabajador dentro del periodo de prueba debería estar protegido contra el despido arbitrario y, además, el cese debería ser en pleno respeto a su objeto y finalidad, lo cual no sucede en la actualidad. Según la legislación peruana, dentro del periodo de prueba, el empleador puede dar por finalizado el vínculo laboral sin expresión de causa y sin necesidad de respetar su objeto. Al respecto, considero que el trabajador debería ser únicamente cesado, por ejemplo, por no cumplir con las aptitudes y actitudes requeridas para un determinado perfil de puesto y no por causas ajenas a esto, porque es arbitrario.

Los trabajadores no tienen protección contra el despido arbitrario dentro del periodo de prueba y muchas veces se desnaturaliza la finalidad del mismo sin existir una adecuada protección al trabajador contra posibles afectaciones.

Por ejemplo, un trabajador que tiene dos meses laborando, quien ha demostrado que es una persona proactiva y cumple con las metas estipuladas para el puesto que ocupa e incluso por su buen desempeño ha obtenido un aumento de remuneración. Sin embargo, el empleador opta por cursarle una carta por no haber superado el periodo de prueba debido a que este puesto de trabajo superó sus costos empresariales, nos preguntamos ¿realmente es válido?, la respuesta según la normativa peruana es sí, pero en mi opinión, sería inválido porque el objeto del periodo de prueba se desnaturalizó, no obstante, el trabajador no podría demandar un despido arbitrario, dado que está dentro del periodo de prueba y no tendría protección.

Esto, incluso se podrá demostrar con las sentencias del Tribunal Constitucional que serán expuestas en el capítulo IV, cuando el mismo Tribunal antes de analizar la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, primero analiza si el trabajador superó el periodo de prueba para determinar si tiene protección, lo cual no considero una justificación válida.

Por otro lado, cabe mencionar que pese a la naturaleza tuitiva del derecho laboral y que, el periodo de prueba debe ser una etapa que favorece tanto al empleador como al trabajador, este periodo es de mayor beneficio para el empleador, toda vez que puede dar por finalizado el vínculo laboral sin cumplir formalidad específica e incluso sin expresión de causa, en cambio, cuando se trata del trabajador, la LPCL no estipula nada respecto a ello.

Cuando el trabajador se desvincula dentro del periodo de prueba, debe utilizar la figura de la renuncia, siguiendo sus formalidades como el hecho de dar un previo aviso de mínimo

treinta días, caso contrario, si se retira antes de estos días sin autorización del empleador, este tendría la facultad de despedirlo por abandonar el puesto de trabajo, lo cual es desproporcionado.

En mi opinión, debería ser equitativo para ambas partes, es decir, que el trabajador para extinguir el vínculo laboral dentro de este periodo - por la misma naturaleza protectora del derecho laboral- debería únicamente, por ejemplo, enviar una carta indicando la culminación de la relación sin necesidad de un previo aviso de treinta días.

Finalmente, considero que realmente la ley no brinda una adecuada protección contra el despido arbitrario y menos aún, a aquellos trabajadores que no han superado el periodo de prueba, debido a que la LPCL no los protege contra este tipo de despido y establece expresamente que dentro de este periodo el empleador puede cesarlos sin siquiera establecer una causa específica y aunado a ello, en el caso de desvinculación por iniciativa del trabajador, si no cumplen con el procedimiento de la renuncia – dar el preaviso-pueden ser despedidos por abandono de trabajo, con lo que se evidencia un desequilibrio entre las partes.

Asimismo, que la LPCL debería establecer que los trabajadores pueden ser cesados dentro del periodo de prueba, pero únicamente cumpliendo con la finalidad y objeto de esta figura, es decir, si es que el trabajador contratado no se adecua al perfil de puesto asignado, no cumple con las expectativas del empleador, con las actitudes y aptitudes esperadas por este y además, que no haya superado las pruebas objetivas propuestas por este y por otro lado, también debería regular un procedimiento específico para el término de la relación laboral por iniciativa del trabajador y ser considerado como una causa de extinción del contrato de trabajo.

## **3.2 Despido nulo**

### **3.2.1 Concepto y consideraciones generales**

Es la decisión unilateral del empleador que extingue la relación laboral por causas ilegítimas que vulneran derechos fundamentales. Se trata de un despido que lesiona los derechos de los trabajadores –derechos fundamentales no sólo de carácter laboral-, por ejemplo, cuando el despido tiene como razón el embarazo o en general, un acto discriminatorio por religión, raza, sexo, etc.

La nulidad del despido sólo es válida cuando tiene su fundamento en causales cuya naturaleza no consiente que se admita su validez como supuestos legitimadores del acto extintivo del empleador. Se diferencia con el despido arbitrario, puesto que este supuesto, está ausente la causal de despido, mientras que en el despido nulo, si existe una causa pero es contraria al ordenamiento jurídico, ya que vulnera derechos fundamentales del trabajador.

Dicho con otras palabras, arbitrario es el despido incausado, y nulo el que se basa en una causa ilícita<sup>58</sup>.

Cuando hablamos de este tipo de despido, el trabajador tendrá derecho a la reposición al puesto de trabajo o a la indemnización, la cual será equivalente a la previamente desarrollada en el despido arbitrario según lo estipulado en el artículo 34 de la LPCL. El trabajador tendrá el derecho de optar por cualquiera de las opciones mencionadas, las cuales son excluyentes entre sí.

En este sentido, cuando el despido que transgrede los derechos fundamentales del trabajador, el despido sería ineficaz, ya que se estaría vulnerando el derecho al trabajo, y por ende sería un acto inconstitucional y nulo considerando el principio de supremacía de la Constitución<sup>59</sup>.

El despido nulo ayuda a salvaguardar la estabilidad laboral absoluta de los trabajadores cuando el empleador incurre en despidos que afectan gravemente a normativa laboral, toda vez que cuando se cometen este tipo de despidos atentan contra la persona humana y derechos, los cuales son intangibles<sup>60</sup>.

Con respecto al periodo de prueba, la normativa laboral no establece – como si sucede en el despido arbitrario- expresamente que el trabajador no tendrá protección contra el despido nulo en esta etapa, por lo que podría interpretarse que el trabajador si está protegido incluso dentro de este periodo. Esto, se sustenta en que en el despido nulo existen afectaciones a derechos fundamentales, por lo que incluso dentro del periodo de prueba, los trabajadores deben estar protegidos.

Asimismo, según la legislación laboral<sup>61</sup>, es nulo el despido en los supuestos detallados, a continuación:

a) Cuando existe vulneración a la libertad sindical

La libertad sindical es la facultad de asociarse en una organización sindical y de practicar los actos inherentes a ella, tales como participar en la constitución y desarrollo del sindicato<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> Blancas Bustamante, El despido en el derecho laboral peruano, 279.

<sup>59</sup> José Humberto Ruiz Riquero “La nulidad radical del despido de la trabajadora embarazada” en *El Despido Laboral Despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento*, (Lima: Gaceta Jurídica, 2014), 211.

<sup>60</sup> Jorge Toyama Miyagusuku y Luis Vinatea Recoba, *Guía Laboral*, 6<sup>a</sup> ed. (Lima: Gaceta Jurídica, 2013), 3880.

<sup>61</sup> Artículo 29 de la LPCL.

<sup>62</sup> Quispe Chávez y Mesinas Montero, *El despido en la jurisprudencia*, 62.

La legislación laboral peruana protege la libertad sindical del trabajador cuando se le despide por causa de su afiliación o participación en actividades sindicales. Asimismo, cuando es candidato o representante de los trabajadores o ha actuado en esa calidad.

La constitución peruana reconoce y protege el derecho colectivo a la sindicación. Todos los trabajadores tienen el derecho a asociarse con la finalidad de defender sus derechos y obtener mejoras laborales dentro del ámbito empresarial. Este derecho además reconoce la autodeterminación para participar de las actividades sindicales tales como su constitución, participación de una huelga, o incluso elegir representar a los trabajadores dentro o fuera de un sindicato.

- b) Cuando el despido es consecuencia de una queja o proceso del trabajador en contra del empleador

La normativa peruana ha precisado que se configura esta causal cuando la queja o el reclamo ha sido planteado contra el empleador ante las autoridades administrativas o judiciales competentes y, además, que el empleador haya evidenciado actitudes o conductas cuyo propósito es impedir arbitrariamente reclamos de sus trabajadores. Es decir, que no basta que el trabajador haya iniciado un reclamo, sino que deben haberse presentado conductas maliciosas con la finalidad de ir en contra del trabajador.

Asimismo, se excluye de este supuesto todo reclamo o queja que haya realizado el trabajador directamente al empleador.

Al respecto, no estamos de acuerdo con que se haya excluido la queja o reclamo directa al empleador, debido a que bastaría -en mi opinión- con demostrar que el despido es una represalia al trabajador, puesto que se estaría manifestando una vulneración al derecho de defensa.

- c) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole

Este literal tiene su fundamento en la Constitución, en el artículo 2, el cual prohíbe la discriminación de cualquier índole. Asimismo, en el artículo 26, inciso 1 que estipula que debe respetarse la igualdad de oportunidades sin discriminación en toda relación laboral<sup>63</sup>.

- d) Cuando se despida por razón del embarazo

---

<sup>63</sup> Noelia Belmira Alva López, “Las causales de despido nulo y su impugnación”, en *El Despido Laboral Despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento*, (Lima: Gaceta Jurídica, 2014), 10-11.

Es nulo el despido, que se produce durante el periodo de la gestación o dentro de los noventa días posteriores al parto, salvo que el empleador acredite la existencia de una causa justa para el mismo.

Para la configuración de esta causal, es necesaria la notificación documental al empleador del estado gestacional, salvo excepción establecida por la Corte Suprema<sup>64</sup>, que establece que cuando el estado sea evidente, debe entenderse de igual forma como despido nulo.

En el supuesto que el embarazo de la madre gestante sea evidente, la notificación no será la que determine la protección de esta. Por lo tanto, la notificación tiene la función de poner en conocimiento del empleador el estado de gestación de la trabajadora cuando este no sea evidente; por lo que, carecería de sentido alegar desconocimiento cuando a simple vista era reconocible el estado de la trabajadora. En suma, la notificación del embarazo al empleador no será exigible cuando el estado sea evidente<sup>65</sup>.

La finalidad de esta causal es la defensa del derecho fundamental de la madre trabajadora y sancionar todo acto de discriminación por maternidad.

e) Cuando el despido es causa de la enfermedad de VIH/SIDA

La conducta discriminatoria del empleador consiste en hacer una diferenciación basada en el único hecho de que el trabajador es portador del VIH/SIDA; lo cual puede presentarse como la negación del empleo al enfermo por su condición<sup>66</sup>.

La Ley N° 26626 estipula que las personas con VIH pueden seguir laborando mientras estén aptas para hacerlo, por ende, se trataría de un acto discriminatorio si el empleador terminara el vínculo laboral por razón de esta enfermedad.

f) Discriminación por discapacidad

La Ley N° 27050 establece que la persona con discapacidad tendrá todos los beneficios y derechos que dispone la legislación laboral para los trabajadores y no podrá ser discriminado por su condición. Es nulo todo acto que restrinja el acceso o permanencia de aquellas personas con discapacidad, esto con la finalidad de tutelar la dignidad humana<sup>67</sup>.

Sobre ello, hemos podido verificar que en el artículo 29 de la LPCL tenemos que los supuestos – en principio taxativos - para que el despido sea considerado nulo. Sin embargo,

<sup>64</sup> Casación N° 275-2005-Arequipa.

<sup>65</sup> Quispe Chávez y Mesinas Montero, *El despido en la jurisprudencia*, 78.

<sup>66</sup> *Ibíd.*, 74.

<sup>67</sup> Quispe Chávez y Mesinas Montero, *El despido en la jurisprudencia*, 75

Tomaya Miyagusku ya se ha pronunciado al respecto y ha comentado que, no hay causa razonable para justificar que no se considere como despido nulo cuando exista afectación de otros derechos fundamentales diferentes como, por ejemplo, el despido por razón de la edad o buena presencia, por lo que no deben existir privilegios de actos discriminatorios en la Constitución.

Asimismo, en múltiples sentencias del Tribunal Constitucional tales como las recaídas en el Expediente N° 0866-2000-AA/TC y el Expediente N° 1058-2004-AA/TC, se ha evidenciado que las causales establecidas en la ley no son *numerus clausus*, y que existen otros derechos - como el derecho a la libertad de expresión e información invocado en el primer expediente y derecho a tener comunicaciones y documentos privados invocado en el segundo respectivamente- que cuando son vulnerados por el empleador también son considerados como un despido nulo. Por lo que, este despido es aplicable en caso de afectación también a otros derechos humanos.

### **3.2.2 Protección del trabajador contra el despido nulo dentro del periodo de prueba**

En la legislación laboral, hemos podido observar que los trabajadores no tienen protección contra el despido arbitrario durante el periodo de prueba, supuesto establecido expresamente en el artículo 10 de la LPCL. Sin embargo, la ley no ha dispuesto nada relacionado al despido nulo, a excepción del despido a razón del embarazo.

Relacionado al despido nulo por razón del embarazo, la Ley N° 31152 modificó el inciso e) del artículo 29 de la LPCL, conforme detallamos a continuación:

Artículo 29.- Es nulo el despido que tenga por motivo:

[...]

e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir.

**La disposición establecida en este inciso es aplicable también a la trabajadora durante el periodo de prueba** regulado en el artículo 10, así como a la que presta servicios bajo el régimen de tiempo parcial de cuatro o menos horas diarias, dispuesto en el artículo 4.

Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa” (la negrita es mía).

Esta modificación legislativa se publicó el 01 de abril de 2021, con la finalidad de regular y desarrollar expresamente el supuesto de la trabajadora gestante dentro del periodo de prueba como una protección adicional, indicando que se presume como despido nulo si el empleador no acredita la existencia de una causa justa de despido, incluso dentro del periodo de prueba. Opino, que la mencionada modificación era realmente necesaria por las constantes vulneraciones a los derechos de trabajadoras gestantes. Esto, se podía verificar en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 02456-2012-AA/TC Piura, donde la demandante solicitó la reposición a su puesto de trabajo por haber sido objeto de despido nulo, puesto que tenía la condición de gestante. Para lo cual, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda, ya que la trabajadora se encontraba dentro del periodo de prueba – y por ende carecía de protección- sin siquiera analizar si realmente existió una afectación a sus derechos, conforme se puede observar a continuación:

3.3.2 Previamente este Colegiado considera que es necesario determinar si la actora superó el periodo de prueba pactado y sí, por ende, alcanzó la protección contra el despido arbitrario, pues obviamente carecería de sentido analizar si se produjo el alegado despido si antes la actora no tenía protección contra el despido arbitrario.

(...)

3.3.6 En consecuencia, habiéndose acreditado que la actora no superó el periodo de prueba convencional, no tenía protección contra el despido arbitrario, razón por la cual la demanda debe ser desestimada, pues no se acredita la vulneración de los derechos constitucionales alegados.

Al respecto, ninguna extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba puede tener por causa o motivo una circunstancia vulneradora de derecho fundamental, no sólo aquellos supuestos en que expresamente así sea alegada por el empleador, lo que es naturalmente improbable por lo que supondría de burdo ataque a un derecho constitucionalmente reconocido, sino también cuando es alegada una causa aparentemente “neutral”, donde se esconde una verdadera vulneración de un derecho fundamental, presentándose en este caso un problema de prueba<sup>68</sup>.

Sin embargo, pese a ello, se puede verificar que la mencionada modificación legislativa sólo se realizó en el caso del despido por razón de embarazo, entonces, ¿en los demás supuestos de afectación de derechos fundamentales dentro del periodo de prueba, los trabajadores no tendrían protección? Interrogante que será desarrollada en el siguiente acápite.

<sup>68</sup> María del Carmen Piqueras Piqueras, La extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba como despido (Madrid: Ibidem Ediciones, 1995), 38.

### 3.2.3 *Afectación constitucional dentro del periodo de prueba*

En primer lugar, debemos tener en cuenta cuál es la finalidad y el objetivo del periodo de prueba. La finalidad del periodo de prueba consiste en probar las cualidades del trabajador, por lo que sólo debería extinguirse la relación laboral en el supuesto que tales cualidades no se ajusten a las exigencias del empleador para determinado puesto de trabajo o cuando el trabajador no ha superado las pruebas de este,<sup>69</sup>.

A partir de ello, se puede concluir que los trabajadores pueden ser cesados válidamente dentro del periodo de prueba, pero al no existir la obligación del empleador de expresar una causa y al no tener parámetros establecidos en la ley para la extinción, podría justificarse en alguna causa diferente y contraria al objeto del periodo de prueba, desnaturalizando esta figura.

En la actualidad, este periodo es utilizado muchas veces por el empleador, vulnerando derechos fundamentales por el simple hecho que el trabajador no ha superado el periodo de prueba y además que, con la modificación legislativa, sólo se protege expresamente a la trabajadora gestante dentro del periodo de prueba.

Frecuentemente el empleador en el país -público y privado- que mantienen trabajadores sujetos al régimen laboral privado, amparándose en esta regulación, vienen afectando derechos constitucionales en estos primeros meses de la relación contractual<sup>70</sup>.

En este contexto, se percibe que los empleadores aplican el periodo de prueba de forma indebida, desnaturalizando su objeto, afectando incluso derechos constitucionales del trabajador, situación que no ha sido prevista por el ordenamiento jurídico, impidiendo una adecuada tutela de los mismos<sup>71</sup>.

Considero que, si bien es cierto, la LPCL no estipula de forma literal que los trabajadores tienen protección contra el despido nulo dentro del periodo de prueba, esto no puede representar una facultad por parte del empleador de afectación constitucional dentro del mencionado periodo.

De ningún modo se puede legitimar la afectación de derechos constitucionales del trabajador durante el periodo de prueba, con el pretexto de que todavía no alcanza protección contra el despido. De este modo al no existir un marco legal que permita una óptima actuación de Sunafil y Poder Judicial, los esfuerzos que puedan hacer se tornan insuficientes<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> Casación Laboral N.º 16361-2016 Lima, fundamento 11.

<sup>70</sup> José Luis Jara Bautista, "El periodo de prueba laboral en el Perú y la adecuada protección de derechos constitucionales", *Dominio de las Ciencias*, Vol.7 (mayo 2021): 401.

<sup>71</sup> *Ibíd.*

<sup>72</sup> *Ibíd.*, 417.

El TUO de la Ley de Productividad y Competividad Laboral, en su artículo 10, establece los plazos y condiciones que definen al periodo de prueba en las relaciones laborales en el régimen laboral de la actividad privada, durante el cual los trabajadores no tienen protección contra el despido arbitrario; ello no debería significar la facultad de los empleadores de vulnerar indiscriminadamente el derecho fundamental al trabajo cuando la extinción de la relación laboral este sustentado en causas discriminatorias de derechos fundamentales, sobre todo cuando estas implican desconocer la “atención prioritaria” de un sector vulnerable de la población como el caso de las mujeres gestantes y madres en periodo de lactancia, así como de aquellos que el Estado tiene el deber de promover: libertad sindical<sup>73</sup>.

Ello es así, además, por el propio artículo 23 de nuestra Constitución, el cual establece que: (...) ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad de los trabajadores (...). Sobre la base de este dispositivo constitucional, en el desenvolvimiento de la relación laboral no se podría permitir lugares de vulneración de los derechos fundamentales, tal como lo sería el periodo de prueba en el que se inicia el vínculo de trabajo<sup>74</sup>.

Por lo expuesto, en mi opinión, si bien la LPCL no lo regula expresamente, la protección de los trabajadores contra la vulneración de derechos tiene un fundamento constitucional regulado en el artículo 23, el cual establece que, ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador y esto, no lo limita a una determinada etapa de la relación laboral, como en el caso del periodo de prueba. Es decir, que el trabajador incluso dentro del periodo de prueba, estaría protegido contra la vulneración de derechos fundamentales y por ende, contra el despido nulo.

Esta necesaria protección es indispensable debido al marcado desequilibrio de facultades en las relaciones laborales, por cuanto el empleador en uso de su posición de dominio dentro de la relación laboral, como en el periodo previo al perfeccionamiento de la contratación, vulnera en ocasiones los derechos fundamentales de los trabajadores<sup>75</sup>.

### **3.3 Desprotección dentro del periodo de prueba**

El periodo de prueba, es una etapa de inestabilidad laboral con una finalidad específica, que es -entre otras- que el empleador pueda comprobar la idoneidad del trabajador en el puesto de trabajo. Asimismo, por parte del trabajador, tiene la finalidad de verificar si el puesto asignado cumple con sus expectativas laborales y profesionales.

<sup>73</sup> Gonzales Ramírez, “Periodo de prueba y discriminación”, 38.

<sup>74</sup> Cáceres Paredes, “La ampliación del periodo de Prueba”, 15.

<sup>75</sup> Gonzales Ramírez, “Periodo de prueba y discriminación”, 38.

Empero, en la práctica existe un desequilibrio de posiciones y vulneraciones por parte del empleador dentro de este periodo, desnaturalizando la figura del periodo de prueba.

Con respecto al desequilibrio de posiciones, puede verificarse que este periodo es mucho más beneficio para el empleador que para el trabajador, pese a que se trata de un periodo de acondicionamiento y evaluación mutua entre ambos. Esto se evidencia en la práctica, que si bien el trabajador tiene el derecho de desvincularse dentro del periodo de prueba, la LPCL no establece nada respecto a ello. Por lo tanto, al no haber regulado ninguna forma de desvinculación dentro de este periodo, el trabajador no tiene otra opción que utilizar la figura de la renuncia para extinguir su vínculo laboral. Caso totalmente contrario al empleador, ya que cuando este quiere cesar a un trabajador dentro del periodo de prueba, no tiene obligación de cumplir formalidad alguna, tanto es así, que con la simple comunicación verbal, puede extinguir el vínculo laboral sin seguir, por ejemplo, el procedimiento de despido.

En el caso del trabajador, este si tiene que seguir todas las formalidades de la renuncia que establece la LPCL, entre ellas, dar un preaviso por escrito con treinta días de anticipación, y en caso el empleador no autorice la exoneración de este plazo, el trabajador debe permanecer en su puesto de labores, sino se configuraría un abandono de trabajo, teniendo el empleador la posibilidad de despedir al trabajador por falta grave.

En mi opinión, la legislación laboral para equilibrar las posiciones, debería establecer que, dentro de este periodo, el trabajador tampoco debería tener una formalidad para desvincularse, introduciendo como causal de extinción del vínculo laboral, el cese dentro del periodo de prueba sin necesidad de utilizar la figura de la renuncia.

De la revisión legal se advierte, que a diferencia de la legislación de otros países<sup>76</sup>, en el Perú no se han desarrollado los aspectos esenciales del periodo de prueba para que se aplique correctamente, existiendo vacíos que desvirtúan su naturaleza. Ello genera que los empleadores que buscan reducir costos laborales, actúen revestidos de aparente legalidad<sup>77</sup>.

Adicionalmente a ello, respecto a las vulneraciones al trabajador, en el caso del despido arbitrario, la LCPL establece expresamente en el artículo 10 que no tiene protección contra el

---

<sup>76</sup> Tales como en España, por ejemplo. En el Real Decreto Legislativo 2/105, por el cual se aprueba el texto de la Ley del Estatuto de Trabajadores, Artículo 14, se detallan los elementos característicos – como no sucede en la legislación peruana- del periodo de prueba, como el hecho de que, el empleador y trabajador están obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba. Además, que, durante el periodo de prueba, los trabajadores tendrán los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo. En el Perú, no existe un desarrollo normativo sobre el periodo de prueba, sin embargo, hay características que pueden concluirse – como el hecho de que los trabajadores tienen los mismos derechos y obligaciones dentro del periodo de prueba- pese a que no se encuentran expresamente regulados como en la normativa española, no obstante, en mi opinión, deberían establecerse.

<sup>77</sup> Jara Bautista, “El periodo de prueba laboral en el Perú”, 400.

despido arbitrario dentro del periodo de prueba, el cual es usado por el empleador para cesarlos sin expresión de causa y muchas veces por una causal diferente a no haber superado el periodo de prueba como, por ejemplo, haber superado sus costos empresariales. Los trabajadores realmente dentro de este periodo están desprotegidos porque incluso el Tribunal Constitucional en los procesos constitucionales, muchas veces ni siquiera analiza si existió afectación al trabajador, puesto que se encuentran dentro del periodo de prueba y, por ende, no tienen protección contra el despido arbitrario.

Sin embargo, el hecho de que el trabajador se encuentre dentro de este periodo, no le da la facultad al empleador de cesarlo sin respetar la finalidad del mismo.

Nuestro sistema no puede aceptar la arbitrariedad, toda vez que en un Estado Democrático de Derecho, como postula nuestra Constitución, la vigencia de los derechos, sobre todo fundamentales, no puede estar sujeta a la voluntad caprichosa de terceros. A tal efecto, no puede confundirse la discrecionalidad como libre ejercicio de una potestad con la arbitrariedad, esto es la actuación caprichosa desprovista de toda razón objetiva<sup>78</sup>.

Por lo expuesto, en mi opinión, la ley no otorga una adecuada protección contra el despido arbitrario dentro del periodo de prueba – e incluso la LPCL lo establece expresamente- debido a que esta etapa se utiliza para cesar a trabajadores sin respetar el objetivo para el que fue creado el periodo de prueba. Considero, que la extinción del vínculo debe realizarse con el límite del objeto de este periodo, por ejemplo, porque el trabajador no cumplió con el perfil de puesto asignado o con las aptitudes requeridas para este y que el cese no tenga el único sustento que el trabajador se encontraba dentro del periodo de prueba.

Pese a que se cuenta con un marco normativo que habilita el despido sin expresión de causa durante un determinado periodo desde el inicio de la relación laboral (periodo de prueba), ello no debería ser admitido en aquellos casos que se acrediten – y/o, al menos, se brinden indicios razonables- de la existencia de un despido vulneratorio de derechos fundamentales<sup>79</sup>.

Por otro lado, tenemos al despido nulo. La legislación laboral no tiene – como si sucede en el caso del despido arbitrario- un artículo donde haya establecido que el trabajador tenga protección contra el despido nulo dentro del periodo de prueba, con la excepción de la modificación legislativa del despido por razón de embarazo. Sin embargo, en la práctica los trabajadores tienen mayores mecanismos de protección cuando existe un despido nulo dentro del periodo de prueba que el despido arbitrario, toda vez que no está establecido expresamente que el trabajador dentro de este periodo no tendrá protección contra el despido nulo. Esto, se

---

<sup>78</sup> Hugo Carrasco Mendoza, “Indemnización por despido durante el periodo de prueba”, 109.

<sup>79</sup> Gonzales Ramírez, “Periodo de prueba y discriminación”, 39.

debe a que en el despido nulo existen afectaciones de derechos fundamentales, lo cual tiene protección constitucional.

Asimismo, como claro ejemplo de que el periodo de prueba es usado para cesar a los trabajadores sin respetar la finalidad del mismo, es que durante el estado de emergencia peruano por el brote del covid-19, el Ministerio de Trabajo aclaró mediante el Boletín Mensual<sup>80</sup> covid-19 N° 99 del año 2020 que el periodo de prueba se seguía regulando por sus propias normas, teniendo por objeto que el empleador pueda evaluar los conocimientos y aptitudes del trabajador al inicio del contrato. Y, además que no podrá ser usado para cesar al trabajador por causa del estado de emergencia nacional. Esto, se debió a que cuando se inició el estado de emergencia, los trabajadores eran cesados indiscriminadamente por “no haber superado el periodo de prueba”, cuando en la realidad no era así. Es por ello, el Ministerio de Trabajo aclaró cual es el objeto del periodo de prueba para que el empleador no lo utilice vulnerándola, dado que si sucedía en la realidad de los hechos.

En el caso del despido nulo existe una afectación de derechos fundamentales – y generalmente es más evidente y comprobable- que la normativa peruana no puede dejar de amparar. Por lo que, cuando en el cese dentro del periodo de prueba se vulneran derechos, existe una mayor protección que cuando se cesa a un trabajador arbitrariamente, puesto que la afectación en el despido nulo tiene un fundamento constitucional, que no puede desprotegerse.

Por esta razón, resulta contrario al Estado Constitucional de Derecho que sea admitida una etapa de la relación laboral (durante el periodo de prueba) que prevalezca de forma absoluta la voluntad del empleador donde incluso, se puedan afectar derechos humanos de la otra parte como el de conservar el empleo o el de libertad sindical<sup>81</sup>.

Ello nos lleva a rechazar el despido, durante el periodo de prueba, cuya causa no sea la omisión imputable al trabajador de su deber de acreditar su idoneidad para desempeñar el puesto de trabajo para el cual ha sido contratado<sup>82</sup>.

Por lo que, si bien existen múltiples vulneraciones al trabajador dentro del periodo de prueba, puede concluirse, que el periodo de prueba es una figura jurídica útil e importante en el ordenamiento jurídico peruano, tanto para la parte empleadora como para el trabajador, debido a que en este periodo ambas partes pueden verificar si el puesto de trabajo es acorde a sus

---

<sup>80</sup> Boletín Mensual: Covid-19: Preguntas frecuentes laborales, Ministerio de Trabajo, marzo 2020 <http://www.mimp.gob.pe/sinavol/MTPE-Boletin-99-Preguntas-y-respuestas-marzo2020.pdf>.

Este boletín fue publicado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en el contexto del estado de emergencia por el Covid-19, ante las preguntas laborales frecuentes relacionadas a este.

<sup>81</sup> Hugo Carrasco Mendoza, “Indemnización por despido durante el periodo de prueba”, 109

<sup>82</sup> *Ibid.*

expectativas – por la parte del trabajador- y si el trabajador cumple con el perfil de puesto y con las aptitudes y actitudes esperadas, sin embargo, en muchas ocasiones es mal empleado. Opino que, en el Perú, esto se debe a que el periodo de prueba no tiene mayor desarrollo legislativo y puede ser usado por parte del empleador aprovechándose de esa desventaja de posiciones con el trabajador, desnaturalizando su finalidad sin necesidad de tener una consecuencia jurídica. Esto, ya que en cualquier momento de esta etapa el trabajador puede ser cesado sin un procedimiento o formalidad previa, sin expresión de causa y, además, la misma ley explícitamente establece que no tiene protección contra el despido arbitrario, lo cual, si necesita, ocasionalmente.

En el Perú se requiere reformar la legislación laboral, específicamente el extremo referido al periodo de prueba toda vez que en la actualidad “no existe la definición ni finalidad, ni límites mínimos del periodo de prueba”, cuestiones que han repercutido negativamente en la mentalidad del empleador, autoridad administrativa de trabajo y los órganos jurisdiccionales en virtud a que únicamente se limitan a comprobar si el trabajador ha superado o no el periodo de prueba, como presupuesto para una eventual evaluación de lesión de otros derechos constitucionales del trabajador presentes incluso durante el periodo de prueba<sup>83</sup>.

Conforme hemos detallado, no existe compatibilidad entre el periodo de prueba y la adecuada protección de derechos constitucionales, de ello se desprende la necesidad de una reforma en la legislación laboral, que evite conductas abusivas de parte de los empleadores, toda vez que su previsión implícita, sumado a la falta de objetividad de evaluación de aptitudes del trabajador durante el periodo de prueba viene distorsionando la naturaleza y finalidad de la misma<sup>84</sup>.

Por lo tanto, para evitar afectaciones de derechos a los trabajadores, la normativa laboral debería establecer un parámetro de actuación en la extinción laboral para el empleador dentro del periodo de prueba, limitándolo al cumplimiento de la finalidad de este periodo, no teniendo la posibilidad de cesarlo por una causal contrario a esta. Y además, tipificar el supuesto de desvinculación por iniciativa del trabajador dentro de este periodo sin necesidad de utilizar la figura de la renuncia y todas sus formalidades correspondientes.

---

<sup>83</sup> Jara Bautista, “El periodo de prueba laboral en el Perú”, 415.

<sup>84</sup> *Ibíd.*

## Capítulo 4

### Protección contra el despido dentro del periodo de prueba

#### 4.1 Inestabilidad laboral dentro del periodo de prueba

La normativa peruana – la LPCL, para ser más exactos- establece que, dentro del periodo de prueba, el trabajador no tiene protección contra el despido arbitrario, por lo que se encuentran dentro de una etapa de inestabilidad laboral.

Es en función del objeto que cumple el periodo de prueba que la mayoría de ordenamientos, incluyendo el nuestro, otorga un estatus particular a las partes durante esta etapa, caracterizando fundamentalmente por la relativización de la estabilidad del empleo del trabajador. Efectivamente, la consecuencia fundamental de que un trabajador se encuentre en periodo de prueba es que su empleador puede despedirlo sin necesidad de acreditar la presencia de una causa prevista en la normativa laboral o, sin seguir el procedimiento previsto para tal propósito<sup>85</sup>.

Esta inestabilidad laboral, se puede ver reflejada en múltiples artículos de la mencionada ley, entre estos, tenemos los siguientes:

Artículo 10.- El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario (el subrayado es mío).

Artículo 38.- La indemnización por 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. Su abono procede superado el periodo de prueba (el subrayado es mío).

Artículo 76.- Si el empleador vencido el periodo de prueba resolviera arbitrariamente el contrato, deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce (12) remuneraciones (el subrayado es mío)

Artículo 79.- Los trabajadores contratados conforme al presente Título tienen derecho a percibir los mismos beneficios que por Ley, pacto o costumbre tuvieran los trabajadores vinculados a un contrato de duración indeterminado, del respectivo centro de trabajo y a la estabilidad laboral durante el tiempo que dure el contrato, una vez superado el periodo de prueba (el subrayado es mío).

---

<sup>85</sup> Hugo Carrasco Mendoza, “Indemnización por despido durante el periodo de prueba”, 108.

Como puede verificarse, el trabajador dentro del periodo de prueba no tiene derecho a la estabilidad laboral. Esto, tiene sentido por el objeto y finalidad del periodo de prueba, dado que el empleador debe primero verificar si el trabajador es adecuado para un determinado puesto de trabajo.

Sin embargo, en la actualidad, la extinción del contrato de trabajo por no haber superado el periodo de prueba se ha desnaturalizado, debido a que para dar por finalizado el vínculo laboral, la normativa no exige que sea casualizado ni que se cumpla una formalidad específica, por lo tanto, en múltiples ocasiones se puede evidenciar que el empleador cesa al trabajador sin respetar el objeto de este periodo, ya que no tiene limitación alguna en su actuación.

El artículo 27 de la Constitución Política del Perú establece que el trabajador tendrá protección frente al despido arbitrario. No se señala el grado o nivel de tutela, pero, si la hay en el nivel primario, no necesariamente será la reposición del trabajador<sup>86</sup>.

Sin embargo, esa protección frente al despido arbitrario recogida en la Constitución, dentro del periodo de prueba, muchas veces es afectada y vulnerada.

Si bien es cierto, el periodo de prueba tiene una finalidad y objeto específico, sin embargo, ocasionalmente, el empleador abusa de esta facultad para dar por finalizado el vínculo laboral por no haber superado el periodo de prueba, basándose en circunstancias subjetivas – donde pueden ser afectados derechos fundamentales-, porque el trabajador aún no ha superado este periodo, y por ende, no tiene protección contra el despido arbitrario.

El periodo de prueba al ser vislumbrado para que el empleador pueda comprobar el desempeño del trabajador para determinar su continuidad laboral, su aplicación para extinguir la relación laboral no debería fundarse en hechos ajenos a tales circunstancias; es decir, toda condición extraña al desempeño laboral no debería suponer una causal para su utilización. No obstante, en la práctica, el periodo de prueba es utilizado indistintamente, significando en muchos casos, una herramienta de validación de actos discriminatorios, por ejemplo, en aquellos casos en los que se aplica frente a trabajadoras gestantes y sindicalizados<sup>87</sup>.

Asimismo, la Corte Suprema ha establecido que el periodo de prueba “ no puede extenderse más allá y pretender comprobar determinadas circunstancias personales o privadas del trabajador, puesto que la obligación que nace del contrato de trabajo se centra en el desempeño del trabajo pactado de forma diligente y conforme a las reglas de buena fe.

Esta desprotección dentro del periodo de prueba, incluso puede verificarse cuando en el Tribunal Constitucional, se presentan demandas donde se alegan vulneraciones de derechos

---

<sup>86</sup> Toyama Miyagusku, Derecho Individual del Trabajo, 405.

<sup>87</sup> Gonzales Ramírez, “Periodo de prueba y discriminación”, 36.

fundamentales y ni siquiera analiza la parte material de la afectación de los mismos, sino que únicamente observa si el trabajador ha superado el periodo de prueba, debido a que si no lo ha superado, no procede a pronunciarse sobre la parte material, conforme se puede ver a continuación:

Exp. N° 02214-2012-PA/TC Cusco

Antes de determinar si se produjo un despido arbitrario es necesario establecer si la demandante superó el periodo de prueba y si obtuvo la protección contra el despido arbitrario. (...)

6. Consecuentemente la demandante no superó el periodo de prueba convencional, por lo que no tenía protección contra el despido arbitrario. Por lo tanto, al no haberse acreditado la vulneración del derecho constitucional al trabajo de la demandante, la demanda debe ser desestimada.

Exp. N.° 02456-2012-AA/TC Piura

3.3.2. Previamente este Colegiado considera que es necesario determinar si la actora superó el periodo de prueba pactado y sí, por ende, alcanzó la protección contra el despido arbitrario, pues obviamente carecería de sentido analizar si se produjo el alegado despido si antes la actora no tenía protección contra el despido arbitrario (lo subrayado es mío)

Exp. N ° 02982 2012-AA/TC Junín

4.3.1 Dado que la actora no superó el periodo de prueba, aún no gozaba del derecho a la protección contra el despido arbitrario, por lo que para la extinción del vínculo laboral de la demandante no se requería que previamente se le siga el procedimiento de despido regulado por el Decreto Supremo N.° 003-97-TR. En consecuencia, la demandada no vulneró el derecho al debido proceso de la actora (lo subrayado es mío).

Exp. N.° 05828-2014-PA/TC Lima

10. Por tanto, al no haber superado el demandante el periodo de prueba previsto en la ley, no adquirió la protección contra el despido arbitrario. En consecuencia, por no acreditarse la violación de los derechos al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario al haberse producido la conclusión del vínculo laboral dentro del periodo de prueba, la presente demanda debe ser desestimada (lo subrayado es mío).

El Tribunal Constitucional, antes de analizar si ha existido una real vulneración de derechos, verifica si el trabajador ha superado el periodo de prueba, lo cual, en mi opinión, no debería ser un limitante para el análisis de una posible afectación de derechos. No puede sobreponerse o “sacrificarse” un derecho por el periodo de prueba.

Consideramos que no es posible establecer el no haber superado el periodo de prueba para que no sea analizada la vulneración de derechos fundamentales. Ello, esencialmente, dado que, según el principio de concordancia práctica de la interpretación constitucional, no puede ser sacrificado de modo tajante el derecho fundamental a la igualdad (u otros derechos fundamentales – valores constitucionales) por la consideración del periodo de prueba<sup>88</sup>.

Por lo tanto, la extinción del vínculo laboral dentro del periodo de prueba debe limitarse a la finalidad y el objeto del mismo, no debe existir vulneraciones al trabajador dentro de este periodo, ni deben ser cesados por una causal diferente a no haber superado el periodo de prueba. Asimismo, el Tribunal Constitucional debe siempre hacer prevalecer los derechos fundamentales del trabajador y analizar si existe una posible vulneración de los mismos con la finalidad de hacerlos respetar plenamente, pese a que el trabajador no haya superado el periodo de prueba, ya que incluso dentro de este periodo pueden existir afectaciones a derechos humanos.

#### **4.2 Razonabilidad y proporcionalidad del despido dentro del periodo de prueba**

Dentro del periodo de prueba, el empleador tiene la discrecionalidad de decidir si el trabajador continúa o no en el centro de labores, lo cual, no siempre implica una arbitrariedad. La ley no exige determinada formalidad en el cese por no haber superado el periodo de prueba, ni obligación de expresar una causa específica para la extinción.

El artículo 10 de la LPCL estipula que dentro de este periodo el trabajador no tiene protección contra el despido arbitrario. Esto, habilita al empleador a despedirlo arbitrariamente sin protección alguna.

Sin embargo, no debemos confundir el despedir arbitrariamente a un trabajador afectando sus derechos, con el hecho que el empleador no tenga obligación de expresar la causa del cese por no haber superado el periodo de prueba, lo cual, no siempre significa que realmente no exista justificación. Debemos diferenciar propiamente el despido arbitrario y despido nulo dentro de este periodo, en el que existe una afectación al trabajador – por ejemplo, despido nulo cuando hay afectación de derechos fundamentales- y el cese dentro del periodo de prueba, donde se extingue la relación laboral porque el trabajador no cumplió con el perfil de puesto asignado o con las actitudes y aptitudes requeridas.

Por lo tanto, para que el cese sea válido dentro del periodo de prueba, debe ser a la luz de la finalidad y objeto del periodo de prueba – por ejemplo, cuando el trabajador no es idóneo para el puesto de trabajo. Es por ello, que el cese con pleno respeto al objeto de este periodo si

---

<sup>88</sup> Cáceres Paredes, “La ampliación del periodo de Prueba”, 15.

sería válido, no obstante, el despido arbitrario o nulo no, ya que no pueden validarse actos contrarios a la Constitución Política del Perú.

Al respecto, es necesario hacer un análisis de la razonabilidad y proporcionalidad que debe tener el cese dentro del periodo de prueba para que sea válido.

Cuando se habla de proporcionalidad o razonabilidad se refiere principalmente de evitar la actuación arbitraria del poder, en particular, cuando se refiere de su actuación respecto de los derechos constitucionales o fundamentales<sup>89</sup>.

Determinar el límite de lo racional y proporcional nos permitirá determinar cuando el cese dentro del periodo de prueba será inválido y contrario a las normas peruanas.

El principio de razonabilidad, implícitamente derivado del principio de igualdad, y expresamente regulado en el artículo 200 de la Constitución, no tolera ni protege que se realicen o expidan actos o normas arbitrarias. Razonabilidad, en su sentido mínimo, es lo opuesto a la arbitrariedad y a un elemental sentido de justicia<sup>90</sup>.

Por lo tanto, puede entenderse el principio de razonabilidad y proporcionalidad como aquello contrario a la arbitrariedad.

Es por ello, que el cese dentro del periodo de prueba debe realizarse de conformidad con los límites de la razonabilidad y proporcionalidad, sin afectación alguna al trabajador; caso contrario estaríamos desnaturalizando esta figura.

Para determinar si un acto es proporcional o arbitrario, debemos evaluarlo según el test de proporcionalidad. Este test a su vez, está conformado por tres subprincipios: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Para superar este test, la acción analizada debe cumplir con todos estos subprincipios.

El juicio de idoneidad tiene una doble exigencia. En primer lugar, requiere que la medida o acto de limitación del derecho constitucional tenga un fin constitucionalmente permitido y socialmente relevante; y en segundo lugar exige que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin. Debe tenerse siempre en cuenta que lo que exige este primer juicio o subprincipio de idoneidad es que la medida elegida como medio para alcanzar el fin no resulte desde todo punto de vista absolutamente incapaz para conseguir la finalidad que se persigue<sup>91</sup>.

Asimismo, el subprincipio de necesidad significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista,

---

<sup>89</sup> Luis Castillo Córdova, "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano", *Repositorio Institucional de la Universidad de Piura PIRHUA* (diciembre 2005): 10.

<sup>90</sup> Exp. N.º 0090-2004-AA/TC Lima, fundamento 38.

<sup>91</sup> Exp. N.º 0048-2004-PI/TC, fundamento 65.

por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental<sup>92</sup>.

Finalmente, subprincipio de proporcionalidad strictu sensu. Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental<sup>93</sup>.

Habiendo desarrollado cada uno de los subprincipios del test de proporcionalidad, analizaré cuando el cese dentro del periodo de prueba cumple con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En relación a la idoneidad, el cese dentro del periodo de prueba cumpliría este subprincipio, toda vez que es una facultad del empleador de dar por finalizado el vínculo laboral al ser una etapa de inestabilidad laboral siempre que esta desvinculación sea cumpliendo con la finalidad del periodo de prueba, por ejemplo, cuando el trabajador no cumplió con el perfil requerido en un determinado puesto de trabajo. Sin embargo, caso contrario, cuando el cese se debió por ejemplo a causales ajenas a la finalidad del periodo de prueba, como discriminación por sexo o raza, entonces no cumpliría el subprincipio de idoneidad, debido a que no existe justificación válida para la afectación de derechos.

Por otro lado, con respecto al subprincipio de necesidad, el término de la relación laboral por no haber superado el periodo de prueba si cumple con esto, porque no existe otro medio alternativo para alcanzar el objetivo. Esto, ya que el empleador al extinguir la relación laboral, lo realiza porque el trabajador no se adecuó en el puesto de trabajo, o no cumplió con sus expectativas, por lo tanto, no podría existir otra alternativa más que el cese.

Caso contrario, si este cese es fundado en actos arbitrarios contrarios a derecho, no superaría el subprincipio, debido a que el derecho no puede amparar acciones arbitrarias y vulneradoras de derechos fundamentales.

Finalmente, en el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, el derecho del empleador de cesar al trabajador dentro del periodo de prueba es proporcional a la inestabilidad de esta etapa, siempre que ese cese se realice en estricto cumplimiento de su objeto.

---

<sup>92</sup> Ibíd.

<sup>93</sup> Ibíd.

No obstante, cuando en esta desvinculación existe una afectación al trabajador, no superaría este subprincipio, ya que el empleador no puede sobreponer su derecho de extinguir el vínculo laboral sobre la grave afectación de los derechos del trabajador.

Por lo tanto, tras el análisis realizado del test de proporcionalidad en relación al cese del periodo de prueba, puede concluirse que cuando se cumple con su finalidad - en los supuestos que el trabajador es cesado por no cumplir con las aptitudes o el perfil de puesto requerido por el empleador - es razonable y proporcional extinguir el vínculo de la relación laboral.

Contrario sensu, cuando este cese sea por causas ajenas a esta finalidad, por motivo de discriminación o en general por afectación de derechos humanos, no superaría el test de proporcionalidad, toda vez que el derecho no puede amparar conductas inconstitucionales.

Asimismo, si se trata de un despido nulo o arbitrario dentro del periodo de prueba, tampoco superaría este test, puesto que el derecho no puede validar actos arbitrarios y afectaciones al trabajador.

### **4.3 Posibilidad de cesar a un trabajador dentro del periodo de prueba. Casos en que procede despedir válidamente a un trabajador dentro del periodo de prueba**

El periodo de prueba es una institución importante del Derecho del Trabajo pues posibilita que el empleador y trabajador se conozcan mutuamente y, sobre todo, evalúen las condiciones generales – personales, profesionales y las propias del medio en que debe realizarse el servicio – antes de que la mencionada relación tenga un grado de mayor permanencia y seguridad<sup>94</sup>.

Es por ello que, no puede dejar de resaltarse la importancia del periodo de prueba porque ambas partes tienen la posibilidad de evaluar – en el caso del empleador- la adecuación a un determinado perfil de puesto y la idoneidad del trabajador. Por lo tanto, el cese dentro del periodo de prueba, debe estar directamente relacionado al incumplimiento e inadecuación del trabajador al puesto de trabajo.

La finalidad del periodo de prueba consiste en probar las cualidades del trabajador, por lo cual, la extinción del contrato sólo debería tener como fundamento el supuesto de que tales cualidades no se adecuen a las exigencias que el empleador tiene establecidas para el puesto de trabajo o que las pruebas propuestas por la empresa no hayan sido superadas por el trabajador<sup>95</sup>.

Asimismo, por la parte del trabajador, para que evalúe si el puesto de trabajo asignado cumple con sus expectativas y aspiraciones personales o si se encuentra, por ejemplo, en el trabajo que estaba buscando.

<sup>94</sup> Piqueras Piqueras, La extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba, 40.

<sup>95</sup> Casación 7095-2014 Lima, fundamento octavo.

En el caso del empleador, puede cesar a un trabajador válidamente sin expresión de causa ni formalidad específica. Sin embargo, en mi opinión, existe un desequilibrio entre las partes, toda vez que en el caso del trabajador no está prevista la forma de desvinculación dentro del periodo de prueba. Cuando el trabajador quiere concluir el vínculo dentro del periodo de prueba, debe utilizar la figura de la renuncia, debiendo seguir todas las formalidades de esta. Por ello, opino, que – al igual que el empleador- el trabajador debería tener la posibilidad de dar por finalizada la relación laboral dentro del periodo de prueba sin la renuncia y por ende, sin necesidad de dar preaviso alguno, lo cual, no sucede en la práctica. Por lo tanto, considero que la LPCL debería introducir como forma de extinción de la relación laboral, el cese por iniciativa del trabajador dentro del periodo de prueba como un supuesto nuevo.

Adicionalmente a ello, el cese dentro del periodo de prueba es totalmente válido y razonable siempre que se realice con respeto a su finalidad y objeto. Las críticas realizadas en la presente tesis son por la desnaturalización de esta figura y las afectaciones que pueden existir en el cese. Lo que no podría validarse es extinguir la relación laboral por motivos que no se condicen con el objeto del periodo de prueba, como el hecho de cesar a una trabajadora, por ejemplo, por su estado gestacional o por tener VIH o porque el contratar a un determinado trabajador superó sus costos empresariales.

Pongamos algunos ejemplos en los que sería válido concluir el vínculo laboral durante el periodo de prueba. El caso de un trabajador discapacitado que ha ingresado a laborar a una empresa hace 2 meses y el empleador después de haberlo evaluado durante el mencionado periodo, visualiza que no tiene un buen desempeño laboral, entrega los pendientes diarios de forma tardía, llega tarde al centro de labores y no ha demostrado ser una persona productiva ni proactiva. Por lo tanto, el empleador decide enviarle una carta comunicándole no haber superado el periodo de prueba. En este caso, el cese se debió a la falta de adecuación y esfuerzo del trabajador para cumplir con los requerimientos y las expectativas del empleador, y no por la discapacidad. Caso totalmente contrario, sería que el trabajador demuestre que tiene capacidad para cumplir con los requerimientos, puntualidad y las aptitudes suficientes para el puesto, y que, pese a ello, el empleador resuelva el contrato por el simple hecho de ser una persona con discapacidad.

En ambos casos, el empleador podría enviar una carta comunicando no haber superado el periodo de prueba sin la necesidad de alegar causa alguna, no obstante, en el primer caso, se trataría de una extinción del vínculo laboral fundamentada en la falta de adecuación al puesto de trabajo y en el incumplimiento de las expectativas del empleador, es decir, que estaríamos frente a un cese justificado y respetando la naturaleza del periodo de prueba. Sin embargo, en

el segundo caso, estaríamos ante un despido nulo debido a que la resolución del contrato se debió a la discapacidad, ya que el trabajador demostró su idoneidad para el puesto de trabajo y la correcta realización de las labores encomendadas.

Es por lo antes expuesto, que tenemos que delimitar aquellas acciones que están proscritas a realizar por el empleador dentro del periodo de prueba. El empleador debería respetar el derecho al trabajo, el de no discriminación y en general todos los derechos del trabajador porque no puede afectar derechos fundamentales durante la relación laboral, incluyendo el periodo de prueba. Asimismo, el empleador no debería cesar a los trabajadores dentro del periodo de prueba por una causa diferente a la finalidad del periodo de prueba, es por ello que, no debería tratarse ni interpretarse – como sucede en la actualidad- como una etapa habilitadora de despidos nulos, arbitrarios y en general de afectación de derechos fundamentales.

Es por ello, que el cese dentro del periodo de prueba tendría que limitarse únicamente a aquellos casos en que las aptitudes y actitudes del trabajador no se adecuen a lo requerido por el empleador, o que no supere las pruebas objetivas propuestas por este – es decir, que el límite, sea la finalidad de esta figura-.

Por lo tanto, en mi opinión el cese dentro del periodo de prueba es totalmente válido siempre que se respete su objeto y su finalidad, lo que no sería válido es la arbitrariedad en la ruptura del vínculo o afectación de derechos fundamentales y ante esto, se le debe dar la posibilidad al trabajador de defenderse y hacer respetar y prevalecer sus derechos mediante mecanismos procesales que serán desarrollados en el siguiente acápite.

#### **4.4 Mecanismos de tutela procesal contra el despido dentro del periodo de prueba**

Existen diferentes mecanismos de tutela procesal con los cuales, el trabajador podrá ejercer su derecho de defensa en contra de los mencionados despido arbitrario y nulo. Sin embargo, el trabajador que se encuentra dentro del periodo de prueba no tendrá derecho a esta protección cuando se trate de despido arbitrario – con lo que no estoy de acuerdo-, puesto que la LPCL establece expresamente en el artículo 10 que el trabajador recién tiene protección superado este periodo y, por ende, no podrá invocar estos mecanismos para su defensa. Asimismo, respecto del despido nulo, haré un análisis y concluiré que, pese a que no se encuentra establecido expresamente que el trabajador tendrá protección contra este despido dentro del periodo de prueba, si tendrá tutela procesal.

Si bien dentro del periodo de prueba el trabajador no tiene protección contra el despido arbitrario, en mi opinión, si debería tenerlo y, además, debería establecerse una limitación para la actuación del empleador en la desvinculación dentro de este periodo, de tal forma que

únicamente el empleador pueda extinguir el vínculo laboral cuando no superó el periodo de prueba – respetando el objeto de este periodo-. Es por ello, que el trabajador cuando ha sido despedido arbitrariamente dentro de este periodo, debería tener los mecanismos de defensa idóneos para su defensa procesal que analizaremos a continuación.

Los mecanismos de tutela procesal podrán ser usados por el trabajador cuando existe un despido nulo incluso dentro del periodo de prueba, cuando el cese ha sido vulnerando derechos fundamentales; o cuando existe despido arbitrario, cuando se desvinculó al trabajador sin establecer una causa específica o sin seguir el procedimiento legal correspondiente. Respecto a ello, el trabajador dentro del periodo de prueba en mi opinión, deberá también estar protegido y utilizar estos mecanismos de defensa cuando, por ejemplo, se demostró que, si cumplía con el perfil del puesto de trabajo, así como las aptitudes y actitudes requeridas por el empleador y aun así, fue despedido.

En general, los trabajadores podrán recurrir a un proceso judicial – proceso ordinario o abreviado laboral- o a un proceso constitucional – amparo- de forma excluyente cuando han sido objeto de despido nulo y arbitrario. Es por ello, que analizaré cuando recurrir a una vía u otra según el tipo de despido y derechos que tiene el trabajador como consecuencia de esto.

En el caso del poder judicial, el trabajador puede recurrir a un proceso ordinario laboral o abreviado laboral. Respecto al primero, según el artículo 2 de la Nueva Ley Procesal de Trabajo el trabajador puede iniciar un proceso ordinario laboral cuando existieron actos de discriminación en el acceso, ejecución y extinción de la relación laboral, y en general cuando la pretensión se relaciona al nacimiento, desarrollo y extinción de la prestación personal de servicios. Asimismo, podrá iniciar un proceso abreviado laboral, cuando el trabajador tiene como pretensión única la reposición a su puesto de trabajo.

Adicionalmente, en el caso del proceso de amparo según el artículo 44 del Nuevo Código Procesal Constitucional procede en defensa de derechos tales como la igualdad y no discriminación por razón de sexo, origen, raza, religión, o de cualquier otra índole; además, del derecho a la sindicación, negociación colectiva y huelga, y al derecho al trabajo, entre otros.

La acción de amparo se interpone contra los actos que amanecen derechos constitucionales, teniendo por objeto el regreso a la situación anterior de la vulneración del derecho constitucional. Con la acción de amparo, el afectado busca tutela de su derecho lesionado y, si la demanda es estimada por el órgano jurisdiccional, se declara la nulidad del

acto que es considerado inconstitucional<sup>96</sup>. Sin embargo, no en todos los casos es procedente la acción de amparo.

Según el Nuevo Código Procesal Constitucional<sup>97</sup>, no procede cuando – entre otras causales- existen vías procedimentales específicas o igualmente satisfactorias para el derecho constitucional vulnerado; como en este caso. Por un lado, tenemos el proceso ordinario y abreviado laboral que podría ser considerado como la vía específica para la protección de los derechos de los trabajadores.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que la vía ordinaria será igualmente satisfactoria si se demuestra que la estructura del proceso es idónea para la protección de los derechos de los trabajadores, además, que la resolución que se pueda emitir brinde una adecuada tutela. Asimismo, que no exista un riesgo para el trabajador de irreparabilidad y que exista necesidad de tutela urgente.<sup>98</sup>

Por lo tanto, en caso no se cumplan con los elementos antes mencionados, no se podría considerar que el proceso ordinario es la vía idónea de protección de los derechos de trabajadores.

Estos derechos bien pudieron ser protegidos sólo a través de los procesos judiciales generales u ordinarios previstos para garantizar la vigencia de todo tipo de derecho subjetivo, sin embargo, se ha preferido la creación de un proceso diferente. La exigencia de razonabilidad en esta creación adicional requiere reconocer una justificación suficiente para ello. Una tal justificación tiene que ver con el valor del objeto protegido por el amparo. Es decir, si es posible justificar un especial valor en los derechos fundamentales y, por tanto, en su esencia, será posible también justificar la creación de mecanismos de protección especiales y distintos a los generales y ordinarios<sup>99</sup>.

Por lo que, en este primer punto, puedo concluir que existen dos vías para la protección de los derechos de los trabajadores: mediante el proceso ordinario o abreviado laboral -hablando del proceso judicial- y por una acción de amparo – un proceso constitucional-. Ambos, tienen la misma finalidad; la defensa de los derechos fundamentales como el derecho al trabajo, los cuales deberían poder ser usadas incluso dentro del periodo de prueba.

Según la normativa laboral y constitucional, el proceso de amparo procederá cuando al interponer una demanda ante el poder judicial, no tendrá un resultado igualmente satisfactorio

---

<sup>96</sup> Toyama Miyagusuku, *Los contratos de trabajo*, 481.

<sup>97</sup> Artículo 7 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

<sup>98</sup> Expediente N° 02383- 2013-PA/TC Junín, fundamento 15.

<sup>99</sup> Luis Castillo Córdova, “Sobre lo que es y no es esencial al proceso de amparo”, *Repositorio Institucional de la Universidad de Piura PIRHUA* (junio 2013): 5.

que el proceso constitucional o si no existe una vía específica para la defensa el derecho a proteger.

Entonces, para el TC<sup>100</sup>, cuando existe una vía laboral ordinaria no es procedente una acción de amparo para la tutela de los derechos fundamentales, a excepción de los casos donde se evidencie la urgencia de protección, o cuando se trata de hechos controvertidos que se cuestionan en sede laboral o existen dudas sobre tales hechos o requieren de una etapa<sup>101</sup>.

La acción de amparo únicamente procede cuando no existe una vía idónea que tutele de manera rápida y eficaz un derecho constitucional vulnerado<sup>102</sup>.

Como ejemplo, puedo poner el caso de que a una mujer en estado de gestación se le ha despedido por causa de discriminación, por el hecho de ser mujer. La trabajadora tendría la posibilidad de iniciar un proceso ordinario laboral o una acción de amparo, y evaluar en este caso concreto cuál sería la vía idónea. Considero que, en este caso, podría interponer una demanda de amparo porque el proceso ordinario no sería una vía igualmente satisfactoria, al tratarse de un proceso con plazos más largos, mayor duración y en este caso, hay una necesidad urgente de protección y tutela de una mujer embarazada.

En el caso concreto, existe una necesidad de tutela urgente derivada de la relevancia del derecho, pues conforme se ha señalado en los antecedentes, se ha denunciado la presunta vulneración del principio de no discriminación de la madre que trabaja, por tanto, el Tribunal Constitucional estima que, en la medida que el artículo 3 de la Constitución establece una especial protección por parte del Estado a la madre trabajadora el proceso de amparo es el idóneo para resolver la controversia<sup>103</sup>.

Cuando se interpongan demandas fundadas en causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente<sup>104</sup>.

Por lo tanto, habiendo desarrollado las vías procedimentales específicas para la defensa de los derechos del trabajador, expondré los mecanismos y derechos según el tipo de despido, ya sea arbitrario o nulo.

---

<sup>100</sup> El Tribunal Constitucional lo ha establecido en múltiples sentencias tales como la recaída en el EXP. N° 0206-2005-PAJTC HUAURA y EXP. N° 02383-2013-PA/TC JUNÍN.

<sup>101</sup> Toyama Miyagusuku, *Los contratos de trabajo*, 486.

<sup>102</sup> *Ibíd.*, 474.

<sup>103</sup> Exp. N° 02139-2018-PA/TC- Tacna, fundamento 4.

<sup>104</sup> Dolorier Torres, *Tratado Práctico de Derecho Laboral*, 370.

En el caso del despido nulo, el trabajador tendrá el derecho a la reposición al puesto de trabajo. El artículo 29 de la LPCL establece los supuestos en los cuales se configura este tipo de despido (tales como despido por razón del estado de gestación, discriminación por raza, sexo, etc.) – supuestos que ya fueron desarrollados en el capítulo III-, en los que se verifica una afectación de derechos fundamentales. Es por ello, que la acción de nulidad sólo procede cuando se tienen los supuestos establecidos en la legislación laboral o cuando existe una manifiesta vulneración de derechos fundamentales protegidos por la Constitución Política del Perú.

Durante el proceso de nulidad de despido, el juez puede, si se lo pide el trabajador, ordenar el pago de una asignación provisional, siempre que existan indicios razonables de que el despido obedeció a un acto discriminatorio. Esta asignación se abona mensualmente y su monto no puede ser superior a la última remuneración ordinaria percibida por el trabajador<sup>105</sup>.

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda, tiene como consecuencia inmediata la reposición del trabajador al puesto de trabajo, sin embargo, a pedido de este, puede optar por la indemnización por despido arbitrario<sup>106</sup>.

Adicionalmente, en caso se declare fundada la demanda – según la LPCL<sup>107</sup>- el juez ordenará la reposición del trabajador a su puesto de trabajo y, además, deberá pagar las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha del cese, deduciendo el periodo de inactividad procesal no imputable a las partes – tales como las vacaciones del poder judicial-.

Lo expuesto, es aplicable incluso dentro del periodo de prueba, ya que durante toda la relación laboral el trabajador está protegido contra el despido nulo y, por ende, la afectación de derechos fundamentales. El hecho que el trabajador se encuentre en esta etapa de la relación contractual, no significa que el empleador pueda vulnerar derechos e incumplir deberes como de la buena fe. Pese a ello, el trabajador tendrá la obligación de probar los hechos alegados toda vez que ni el despido, ni el motivo alegado se deduce o se presume. Lo antes mencionado, con la excepción del supuesto de la gestante en el caso del despido nulo, en el cual, el empleador deberá demostrar que el despido se llevó a cabo por una causa justa de despido y no por la discriminación.

Por otro lado, en el supuesto del despido arbitrario, la normativa ha estipulado que el trabajador tendrá derecho a la indemnización por despido arbitrario, que será equivalente a una remuneración y media por año de servicios en el caso de contratos indeterminados y en el

---

<sup>105</sup> *Ibíd.*, 373.

<sup>106</sup> Toyama y Vinatea, *Guía Laboral*, 2015, 391.

<sup>107</sup> Artículo 40 de la LPCL.

supuesto de contratos temporales, será una remuneración y media por cada mes dejado de laborar hasta la fecha de finalización del contrato de trabajo hasta un límite de doce remuneraciones.

Sin embargo, -conforme se expuso en el capítulo I- el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 1124-2001-AA/TC Lima ya se ha pronunciado al respecto y consideró la inconstitucionalidad al considerar como única consecuencia en el caso del despido arbitrario, la indemnización y no por ejemplo, la reposición al puesto de labores.

Tienen derecho a la indemnización por despido arbitrario, todos los trabajadores que hayan superado el periodo de prueba o, que laboren una jornada laboral de la menos cuatro horas diarias para el mismo empleador<sup>108</sup>.

Adicionalmente a ello, según la normativa, el plazo para accionar judicialmente en los casos de despido nulo y arbitrario será de treinta días naturales desde el cese. En ambos casos, tendrá la obligación de acreditar las afectaciones, vulneraciones y en general los hechos invocados por el trabajador en caso de ambos despidos.

En el supuesto del despido arbitrario, el trabajador según el artículo 10 de la LPCL no podrá recurrir a los mecanismos de protección establecidos, debido a que, dentro del periodo de prueba, no tiene protección contra el mencionado despido.

Sin embargo, considero que esto es errado, porque el trabajador debería estar protegido incluso dentro de esta etapa si demuestra que el cese se produjo por causas externas y diferentes a la finalidad y objeto del periodo de prueba, alegando la existencia de despido nulo o arbitrario, utilizando el mecanismo idóneo según la afectación.

Como ya hemos podido observar, el Tribunal Constitucional en múltiples sentencias -expuestas en el capítulo IV-, no se pronuncia sobre la pretensión del demandante cuando alega que existió un despido arbitrario, puesto que el trabajador no ha superado el periodo de prueba. Lo más sorprendente, es que la misma ley establece que el trabajador deberá probar el motivo y hechos del despido – demostrar que realmente ha sido un despido arbitrario- sin embargo, muchas resoluciones caen en simplismos e interpretaciones literales en las cuales, únicamente establecen que no ha superado el periodo de prueba y por ende no cabe la protección. Por lo tanto, en mi opinión, estos mecanismos de defensa y, por ende, la protección contra el despido arbitrario debería poder ser invocados por el trabajador incluso dentro del periodo de prueba.

Finalmente, jurisprudencialmente hemos observado que, si bien no se admite la indemnización por despido arbitrario dentro del periodo de prueba, si se ha admitido la

---

<sup>108</sup> Dolorier Torres, Tratado Práctico de Derecho Laboral, 367.

indemnización por daños y perjuicios. Tenemos la Casación 7095-2014 Lima de la Corte Suprema de Justicia, como precedente en el cual la demandante alega haber sido despedida de forma injustificada vulnerando el principio de buena fe contractual, toda vez que su ex empleador la motivó a renunciar a su trabajo anterior – en el cual tenía una relación laboral de seis años- con la promesa de recibir mejoras salariales y profesionales, sin embargo, tres meses después fue cesada por presuntamente no haber superado el periodo de prueba.

La pretensión de la demandante es que se le abone una indemnización por daños y perjuicios – no de despido arbitrario-, la cual tiene sustento en la extinción del contrato laboral por parte del empleador sin respetar la experiencia y capacidad profesional para el cargo de gerente de tienda para la cual fue contratada , toda vez que había laborado más de seis (06) años para Tiendas Ripley, ocupando el cargo de Supervisor Integral, lo cual fue comprobado con correos y tomas fotográficas que acreditan que cumplió con habilitar e implementar una nueva tienda, lo que demostraría su capacidad y conocimiento en las labores asignadas<sup>109</sup>.

Por lo que, si bien es cierto, la normativa peruana no contempla la posibilidad de indemnizar por despido arbitrario dentro del periodo de prueba, el Tribunal Constitucional si admite la indemnización por daños y perjuicios cuando el cese se produce por razones diferentes a no superar el periodo de prueba, como en este caso que la ex trabajadora manifiesta la frustración de su proyecto de vida laboral por la extinción inmotivada del vínculo, por el incumplimiento de los deberes de buena fe por parte del empleador, dado que existieron indicios para demostrar las aptitudes y actitudes de la trabajador y su adecuación al puesto de trabajo, sin embargo, pese a ello, se le cesó.

En ciertos casos (no en todos obviamente) el periodo de prueba podrá ser una herramienta eficaz que permita encubrir un incumplimiento de las normas basadas en las reglas del principio de la buena fe – que también rige tutelarmente las normas y comportamiento de las partes en el Derecho del Trabajo- en tanto que su libre ejercicio permitirá que una de las partes, como las descritas en el presente caso, pueda incumplir los términos contractuales al solamente alegar que – en base al periodo de prueba- la trabajadora (o trabajador) no contaba con los requisitos exigidos (por la política empresarial) para ocupar el puesto de trabajo asignado, generando un evidente estancamiento de las expectativas y proyectos de desarrollo por parte de aquellos trabajadores que prefieren brindar sus servicios a ofertas de empresas que

---

<sup>109</sup> Casación N° 7095-2014, Lima, fundamento 9.

brinden mayores condiciones de desarrollo (incremento de remuneraciones) y un mejor estatus profesional<sup>110</sup>.

Por lo tanto, puedo concluir que el cese dentro del periodo de prueba es válido siempre que no sea por causales externas al objeto de este y que en caso se desnaturalice esta figura, se le debe otorgar al trabajador la posibilidad de acudir a los mecanismos para la defensa de sus derechos tales como solicitar la indemnización por despido arbitrario, o la reposición según sea el caso, toda vez que este periodo no puede ser una etapa donde se validen actos que afecten o vulneren los derechos de los trabajadores.

#### **4.5 Propuesta de Interpretación del artículo 10 de la LPCL y modificación legislativa**

El artículo 10 de la LPCL establece expresamente, que el periodo de prueba es de tres meses – el cual puede ser ampliado-, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Al respecto, no estoy de acuerdo con este artículo, debido a que regula que el trabajador durante este periodo no tendrá protección, lo cual es inconstitucional.

Debemos tener en cuenta, que en la Constitución Política del Perú – artículo 27- se establece que la ley otorga una adecuada protección al trabajador contra el despido arbitrario, sin embargo, en la práctica esto no sucede, ya que la LPCL no otorga esta protección en el periodo de prueba. Es por ello que, en mi opinión, actos arbitrarios no pueden ser válidos en ninguna etapa de la relación laboral, incluyendo el periodo de prueba.

Asimismo, no estoy de acuerdo con el término establecido en la ley como “despido arbitrario”, dado que, si bien en la extinción de la relación laboral dentro del periodo de prueba el empleador no tiene obligación de expresar causa alguna para justificar el cese, esto no quiere decir que realmente no exista una motivación para la extinción. Cuando el empleador extingue válidamente el vínculo laboral dentro del periodo de prueba, si existe justificación – la cual siempre debe estar relacionada al objeto de esta figura- por ejemplo, que el trabajador no cumplió con las labores encomendadas o no se adecua al puesto de trabajo. Es por ello, que considero que el término “arbitrario” está mal empleado; el cese – siempre que sea en concordancia con la finalidad del periodo de prueba- no sería arbitrario, sino que se trataría de una desvinculación que sí tiene una justificación específica, pero no es invocada expresamente por el empleador.

---

<sup>110</sup> Luis Jesús Baldeón Bedón, “¿Existe la posibilidad de indemnizar a un trabajador por daños y perjuicios dentro del periodo de prueba? Análisis sistemático de la Casación N° 7095-2014-Lima”, *Actualidad Empresarial*, N° 337 (octubre 2015): VI-9.

El cese dentro del periodo de prueba no es inválido, siempre que se realice en estricta observancia de la finalidad y objeto de este, sin embargo, esto no sucede en la práctica.

Por otro lado, debemos tener en cuenta el principio general del derecho invocado en múltiples sentencias por el Tribunal Constitucional<sup>111</sup> el cual establece que las normas que restringen derechos deben interpretarse restrictivamente y las normas que reconocen derechos deben interpretarse extensivamente. Esto, en concordancia con el principio pro homine.

El principio pro homine, es un criterio hermenéutico que tiene prevalencia en materia de derechos humanos, que permite hacer una interpretación amplia y no restrictiva de mejor protección a la persona humana y puede activarse su aplicación ante una pluralidad de normas aplicables, y optarse por aquella norma ius fundamental que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos<sup>112</sup>.

Implica que los preceptos normativos se interpreten del modo que optimice el derecho constitucional, y reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales. Y del modo inverso, implica que debe prevalecer la norma o interpretación más restringida cuando se trate de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean estas de carácter permanente o extraordinaria. Tal directriz, de preferencia de normas o de interpretación alcanza su aplicación, incluso en los casos de duda, sobre si se presenta una situación en que se encuentran en juego derechos fundamentales u otros derechos<sup>113</sup>.

Por lo tanto, el artículo 10 de la LPCL restringe el derecho al trabajador a tener una adecuada protección contra el despido arbitrario, por lo cual, debería ser interpretado de forma restrictiva e incluso, el término “despido arbitrario” no debería poder aplicarse por analogía a otros tipos de despidos como el nulo, por lo que, contrario sensu, el trabajador debería tener protección contra el despido nulo dentro del periodo de prueba.

Es por ello, que mi propuesta de interpretación del artículo 10 de la LPCL es que el término “despido arbitrario” se realice restrictivamente de conformidad con el principio pro homine debido a que es una norma que restringe derechos. Asimismo, limitar su aplicación al objeto del periodo de prueba y al respeto de los derechos fundamentales del trabajador, lo cual implicaría una modificación legislativa del artículo 10, conforme detallo a continuación:

Artículo 10.- El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.

---

<sup>111</sup> Tales como las sentencias recaídas en los Exp. N° 0 04084-2009-PA/TC Arequipa y Exp. N° 01385-2010-PA/TC La Libertad.

<sup>112</sup> Casación N° 333-2019- Ica, fundamento 8.

<sup>113</sup> Casación N° 333-2019- Ica, fundamento 9.

El periodo de prueba tendrá la finalidad de comprobar la idoneidad, las actitudes y aptitudes del trabajador relacionadas al puesto de trabajo, por lo que su desvinculación deberá estar estrictamente relacionado de ello. Asimismo, el trabajador evaluará si este cumple con sus expectativas personales.

Por otro lado, en relación a la desvinculación por decisión del trabajador dentro del periodo de prueba, opino que al igual que en el caso del empleador, no debería seguirse una formalidad específica para la extinción, toda vez que en la actualidad cuando el trabajador quiere extinguir el vínculo dentro de este periodo, debe utilizar necesariamente la figura de la renuncia y por ende, sus formalidades como el hecho de dar un preaviso por escrito de treinta días, lo cual si no es respetado por el trabajador y no asiste al centro de labores, se configuraría un abandono de trabajo y el empleador tendría la facultad de despedirlo. Esto, se debe a que en la normativa laboral no existe disposición alguna que regule la desvinculación por iniciativa del trabajador.

Es por ello, que este supuesto de renuncia dentro del periodo de prueba debería incluirse como un supuesto nuevo, en el que el trabajador no tenga la obligación de esperar treinta días para poder desvincularse. Es por ello, que propongo que el cese se comunique por escrito y sin necesidad de dar un preaviso, puesto que el periodo de prueba es una etapa de inestabilidad laboral y por ende, la introducción en la LPCL del “Artículo 10-A” donde se establezcan las formalidades del periodo de prueba:

Artículo 10-A.- Formalidades de la extinción dentro periodo de prueba:

Para la extinción del vínculo laboral dentro del periodo de prueba, el trabajador o empleador debe comunicar por escrito su desvinculación sin necesidad de dar un preaviso, lo cual, tendrá como límite el objeto y finalidad del periodo de prueba.

Finalmente, propongo incluir dentro del artículo 16 de la LPCL el literal i) como causa de extinción del contrato de trabajo al cese dentro del periodo de prueba, ya que no se encuentra regulado como tal, conforme detallo a continuación:

Artículo 16.- Son causas de extinción del contrato de trabajo:

a) El fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural;

b) (...)

*i) Cese dentro del periodo de prueba*

Por lo tanto, mi propuesta de modificación legislativa es introducir la finalidad del periodo de prueba dentro del artículo 10 de la LPCL como una limitación a la actuación del empleador en la desvinculación del trabajador dentro de este periodo, donde únicamente será válido el cese en los casos que esto sea respetado. Asimismo, que el término “despido

arbitrario” se interprete restrictivamente por su objeto, en virtud del principio pro *homine* y no se aplique, por ejemplo, analógicamente al despido nulo.

Adicionalmente, introducir el Artículo 10-A donde se establezca, que para la extinción del vínculo laboral, el trabajador o empleador – y no únicamente empleador- deben comunicarlo por escrito sin dar preaviso alguno, agregando, además – una vez más- que el cese tendrá como límite el objeto y finalidad del periodo de prueba para evitar posibles vulneraciones por parte del empleador y que todo cese sea con el pleno respeto de esta figura.

Y finalmente, introducir en el artículo 16 el supuesto de cese dentro del periodo de prueba como causa de extinción del contrato de trabajo, debido a que en este artículo están regulados taxativamente las causales y no está incluido como tal.



## Conclusiones

**Primera.** El periodo de prueba es la etapa inicial dentro del contrato de trabajo, que tiene como finalidad verificar si el trabajador cumple con el perfil de puesto asignado, aptitudes, actitudes y expectativas que tiene el empleador. Además, en este tiempo, el trabajador también tiene la posibilidad de evaluar si el puesto cumple con sus aspiraciones personales y expectativa. Es por ello, que en caso no cumpla con lo requerido por el empleador, este tiene la discrecionalidad de cesar al trabajador por no haber superado el periodo de prueba sin expresión de causa, debido a que no tiene protección contra el despido arbitrario, evidenciándose que en el Perú no tienen una estabilidad laboral dentro de este periodo. Al respecto, la LPCL no está brindando una adecuada protección al trabajador porque se validan arbitrariedades que no pueden aceptadas por el hecho de estar en una etapa inicial de la relación laboral.

**Segunda.** El cese dentro del periodo de prueba es totalmente válido, siempre que se cumpla con el objeto de esta figura, por ejemplo, que la desvinculación sea porque el trabajador no se adecuó al perfil de puesto o no tenía las aptitudes y actitudes requeridas, o que no supere las pruebas objetivas propuestas por este. Sin embargo, contrario sensu, no debería ser válido el cese si existieron actos arbitrarios, que exista afectación derechos fundamentales o en general, que la desvinculación desnaturalice el objeto del periodo de prueba.

**Tercera.** El empleador puede dar por culminada la relación laboral durante el periodo de prueba sin un procedimiento formal, incluso sin necesidad de establecer una causa justa – como si lo requiere en el procedimiento de despido- y sin derecho a solicitar una indemnización por despido arbitrario. Sin embargo, en el caso del trabajador, la LPCL no regula disposición alguna sobre la forma de desvinculación por iniciativa del trabajador dentro del periodo de prueba, por lo que cuando este quiere extinguir su vínculo laboral debe utilizar la figura de la renuncia con sus formalidades respectivas. Por lo tanto, se requiere una modificación legislativa regulando, que en caso de que el trabajador se desvincule dentro del periodo de prueba, no necesitará dar preaviso alguno como sucede en la actualidad – que debe utilizar la figura de la renuncia-, regulándolo como un supuesto nuevo.

**Cuarta.** El artículo 10 de la LPCL debe interpretarse de forma restrictiva en concordancia con el principio pro *homine*, ya que restringe el derecho a la protección contra el despido arbitrario. Y, además, entender el término “despido arbitrario” restrictivamente y no aplicarlo analógicamente a otros tipos de despidos como el nulo. Adicionalmente, este término está mal empleado, puesto que, si el cese dentro del periodo está relacionado al objeto del mismo, no puede considerarse arbitrario ni se trataría de un despido, toda vez que el hecho de

que no exista obligatoriedad de expresar una causa en la desvinculación, no significa que no exista una justificación<sup>114</sup>.

**Quinta.** En la LPCL debería detallarse – e incluir un artículo- donde se establezca expresamente cuál es el objeto del periodo de prueba con la finalidad de que este sea el límite en las actuaciones del empleador y se eviten afectaciones dentro de este periodo, toda vez que actualmente este periodo es utilizado para extinguir la relación laboral – por razones diferentes a su objeto- valiéndose de que no tienen protección contra el despido arbitrario, en el cual incluso puede existir vulneración de derechos fundamentales.

**Sexta.** Finalmente, la LPCL debería introducir como causal de extinción del contrato laboral por iniciativa del trabajador, el cese dentro del periodo de prueba, ya que actualmente cuando este quiere desvincularse tiene que utilizar la figura de la renuncia y seguir sus formalidades correspondientes, no regula nada – como si establece por ejemplo para el empleador- respecto al cese dentro este periodo por parte del trabajador. Esto, dado que el periodo de prueba, es una etapa de acondicionamiento y evaluación mutua entre trabajador y empleador, sin embargo, existe un desequilibrio de posiciones, toda vez que la normativa laboral no establece disposición alguna respecto a la forma de cese por parte del trabajador como si lo establece del empleador. Por lo tanto, debe ser incluido en el artículo 16 de la LPCL, el cual establece literalmente las causas de extinción del contrato de trabajo, con la finalidad de que el cese dentro del periodo de prueba sea considerado y estipulado como tal.

---

<sup>114</sup> Si existe una causa, la cual está relacionada al objeto del periodo de prueba, sin embargo, el empleador no tiene obligación legal de expresarla.

## Referencias

- Alarcón Salas, Magaly, y et al. «Comentarios a la Ley de Productividad y Competividad Laboral.» *Gaceta Jurídica*, 2016.
- Alva López, Noelia. «"Las causales de despido nulo y su impugnación". En el Despido Laboral despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento.» *Gaceta Jurídica*, 2014.
- Arévalo Vela, Javier. *Derecho del Trabajo Individual*. Fondo Editorial de la Fundación Vicente Ugarte del Pino, 2012.
- Baldeón Bedon, Luis. «¿Existe la posibilidad de indemnizar a un trabajador por daños y perjuicios dentro del periodo de prueba? Análisis sistemático de la Casación N° 7095-2014-Lima.» *Actualidad Empresarial VI-8 - VI-9*, n° 337 (2015).
- Blancas Bustamante, Carlos. *El derecho de la estabilidad laboral*. Lima: Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC, 1991.
- . *El despido en el derecho laboral peruano*. Lima: Ara Editores EIRL, 2006.
- Cabanellas Cabellas, Guillermo. *Compendio de Derecho Laboral*. Argentina: Libros Científicos, 1968.
- Cáceres Paredes, Joel. «La ampliación del periodo de Prueba.» *Soluciones Laborales para el Sector Privado* (Soluciones Laborales), n° 93 (2015): 13-18.
- Carrasco Mendoza, Hugo. «Indemnización por despido durante el periodo de prueba, Comentario a la Casación N° 7095-2014-Lima.» *Soluciones Laborales para el Sector Privado* (Soluciones Laborales), n° 97 (2016): 105-110.
- Castillo Córdova, Luis. «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.» Repositorio Institucional de la Universidad de Piura PIRHUA, Universidad de Piura, 2005.
- Castillo Córdova, Luis. «Sobre lo que es y no es esencial al proceso de amparo.» Repositorio Institucional de la Universidad de Piura PIRHUA, Universidad de Piura, Piura, 2013.
- Dolorier Torres, Javier. «Tratado Práctico de Derecho Laboral.» *Gaceta Jurídica*, 2010.
- Ferro Delgado, Víctor, y Fernando García Granara. «Derecho Individual del trabajo, materiales de enseñanza.» Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993.
- Gonzales Ramírez, Luis. «Periodo de prueba y discriminación: caso especial de la madre gestante y de los trabajadores sindicalizados.» *Soluciones Laborales para el Sector Privado*, n° 89 (2015): 35-40.
- Jara Bautista, José. «El periodo de prueba laboral en el Perú y la adecuada protección de derechos constitucionales.» *Dominio de las Ciencias* 7 (2021): 398-417.

- Obregón Sevillano, Tulio. «Manual de relaciones individuales de trabajo.» *Instituto Pacífico*, 2018.
- Pacheco Zerga, Luz. «Período de Prueba: Naturaleza y Régimen Jurídico.» Repositorio Institucional de la Universidad de Piura PIRHUA, Universidad de Piura, Piura, 2008.
- Piqueras Piqueras, María. *La extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba como despido*. Madrid: Ibidem Ediciones, 1995.
- Puntriano Rosas, César, Luis Valderrama Valderrama, y Luis Gonzales Ramírez. «Los contratos de trabajo: régimen jurídico en el Perú.» *Gaceta Jurídica*, 2019.
- Quispe Chávez, Gustavo, y Federico Mesinas Montero. «El despido en la jurisprudencia judicial y constitucional.» *Gaceta Jurídica*, 2009.
- Ruiz Riquero, José. «La nulidad radical del despido de la trabajadora embarazada. En el Despido Laboral, despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento.» *Gaceta Jurídica*, 2014.
- Toyama Miyagasuku, Jorge. «El despido disciplinario en el Perú.» *IUS ET VERITAS*, n° 38 (2009): 120-154.
- Toyama Miyagusuku, Jorge. «Derecho Individual del Trabajo.» *Gaceta Jurídica*, 2011.
- Toyama Miyagusuku, Jorge. «El derecho individual del trabajo en el Perú, un enfoque teórico-práctico.» *Gaceta Jurídica*, 2015.
- Toyama Miyagusuku, Jorge, y et al. «Los contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral.» *Gaceta Jurídica*, 2008.
- Toyama Miyagusuku, Jorge, y Luis Vinatea Recoba. «Guía Laboral. Perú.» *Gaceta Jurídica*, 2015.