

Alcances de la adecuada protección contra el despido arbitrario durante el periodo de prueba

Luis APARCANA LOZA*

En el presente artículo se analiza un reciente criterio de la Corte Suprema recaído en la Casación Laboral N° 28242-2018-Del Santa, donde se resolvió el caso de un trabajador que sufrió accidente de trabajo durante el periodo de prueba, siendo posteriormente cesado por no haber superado el referido periodo; ante lo cual la Suprema concluyó que la empresa, al poner fin de manera unilateral al vínculo laboral, habría incurrido en un despido incausado, cuando era evidente que el contrato de trabajo estaba suspendido al encontrarse el demandante con descanso médico, precisamente por el accidente laboral sufrido. Para determinar si dicho criterio es acorde al marco constitucional vigente, se hace referencia a algunas instituciones jurídicas tales como la libertad de empresa, principio de continuidad, así también a los alcances de la protección contra el despido arbitrario.

PALABRAS CLAVE: Libertad de empresa / Principio de continuidad / Periodo de prueba / Evaluación.

Recibido: 15/05/2023

Aprobado: 16/05/2023

INTRODUCCIÓN

La libertad de empresa permite al empresario (persona natural o jurídica) contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público, esa

vinculación contractual con otras personas, que no siempre poseen un patrimonio, por el contrario, solamente su fuerza de trabajo. Es decir, el empresario se vincula con personas que ponen a disposición su fuerza de trabajo a cambio de una remuneración, suscribiendo un contrato de trabajo; y a través de dicha vinculación contractual, somete y/o subordina sus servicios bajo dirección del empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente dichas labores,

* Abogado por la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica. Con estudios concluidos en la maestría del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Con especialización en Derecho Laboral Empresarial, Derecho Procesal Laboral, Estrategias de Desvinculación Laboral y Estrategias legales de reducción de Costos laborales por la Universidad ESAN. Con estudios concluidos en Gestión de las Compensaciones y Beneficios en Centrum de la Universidad Católica del Perú.

dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

La contratación laboral en el Perú se encuentra regulada por el Decreto Supremo N° 003-97-TR¹; en la cual la regla general es la contratación a plazo indeterminado, pero también se han determinado distintas modalidades por las cuales se puede pactar la relación laboral, la cual requiere de una causalidad que se extiende también en la etapa de periodo de prueba, regulado en el artículo 10 de la ley, más aún si dicha norma en el primer párrafo utiliza el término “el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario”; aunado que el artículo 16 del Reglamento de Ley de Fomento al Empleo aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR² permite la sumatoria de “(...) los periodos laborados en cada oportunidad hasta completar el periodo de prueba establecido por la Ley”, en ciertos supuestos.

El periodo de prueba tiene íntima relación con la libertad de empresa que detenta el empleador; ya que este derecho económico le faculta como titular de los medios de producción, la evaluación en la realidad del trabajador contratado. Empleamos el término “evaluación en la realidad”, en el sentido de que el empleador ya evaluó al trabajador en una etapa previa o si queremos llamarlo precontractual; un ejemplo de ello puede ser las cartas ofertas, pero ya en el terreno de los

hechos es donde el empleador desde un punto de vista técnico, e incluso moral y disciplinario, va evaluar al trabajador en el terreno de los hechos.

En el periodo de prueba el único derecho restringido “parcialmente” es la protección contra el despido arbitrario, pero no el derecho a la ocupación efectiva; y decimos que es **parcial**, porque dicha “protección adecuada” consiste en la “evaluación en la realidad” del trabajador por parte del empleador, la cual debe estar motivada de manera razonable; razonamiento que se desprende de una interpretación sistemática con el artículo 27 de la Constitución, y a la luz de principios laborales. En ese sentido, consideramos que el criterio adoptado en la Casación Laboral N° 28242-2018 Del Santa, es acertado, ya que la empresa demandada al poner fin de manera unilateral el vínculo laboral con el accionante, habría incurrido en un despido incausado, cuando era evidente que el contrato de trabajo se encontraba suspendido al encontrarse el demandante con descanso médico, precisamente por el accidente laboral sufrido, lo que en la práctica implicaría una especie de “congelación” del plazo de tres meses (período de prueba), el mismo que se completaría luego de reincorporarse el trabajador a su centro laboral, una vez concluido el referido descanso médico, conforme se desarrollará en el presente artículo.

I. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y CONTRATO DE TRABAJO

El artículo 59 de la Constitución establece que: “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de

1 En adelante la Ley.

2 En adelante el Reglamento.

trabajo y **la libertad de empresa**, comercio e industria. (...)” (resaltado nuestro).

El Tribunal Constitucional se ha encargado de determinar los alcances del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa; es así que en el Expediente N° 03075-2011-PA/TC, se precisó:

4. Que este Colegiado en reiterados pronunciamientos ha sostenido lo siguiente en materia del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de empresa, comercio e industria

cuando el artículo 59 de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (**libertad de fundación de una empresa**), y por tanto, para actuar en el mercado (**libertad de acceso al mercado**), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (**libertad de organización del empresario**) y dirigir y planificar su actividad (**libertad de dirección de la empresa**) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado.

En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial

y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa. (Cfr. STC 03116-2009-PA/TC, 00032-2010-PI/TC y 01405-2010-PA/TC, entre otras).

La libertad de empresa permite al empresario (persona natural o jurídica) contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público; vinculación contractual con otras personas, que no siempre poseen un patrimonio más que solamente su fuerza de trabajo. Es decir, el empresario se vincula con personas que ponen a disposición su fuerza de trabajo a cambio de una remuneración, suscribiendo un contrato de trabajo; y a través de dicha vinculación contractual, somete y/o subordina sus servicios bajo dirección del empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente dichas labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador, teniendo como fuente normativa la ley y los reglamentos, en estricta aplicación al principio de legalidad (tipificación de la falta).

Ahora, nuestra norma constitucional no define el contrato de trabajo, sucediendo lo mismo con la legislación ordinaria, que solamente en el artículo 4 de la Ley señala que “en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”; es decir, nos habla de los elementos esenciales del contrato de trabajo, el cual sirve de parámetro para establecer sus alcances.

En conclusión, el contrato de trabajo genera una vinculación entre empleador

y trabajador. Por un lado, el empleador va a ejercer su derecho a la libertad de empresa, y el trabajador va a ejercer sus derechos laborales y sus derechos inespecíficos; y si bien el artículo 23 de nuestra Constitución establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, también es cierto que el trabajador tampoco puede realizar un uso abusivo de sus derechos durante la vigencia de la relación laboral, dado que debe actuar dentro de la buena fe laboral, a fin de no afectar la marcha normal de la empresa, ya sea esta una persona jurídica o personal natural. En ambos casos estaría frente al ejercicio abusivo del derecho, el mismo que se encuentra prohibido por nuestra Constitución Política (último párrafo del artículo 103).

II. EL PODER DIRECTRIZ DEL EMPLEADOR Y LA CONFIANZA

El profesor Toyama (2015) indica que:

(...) a partir de la libertad de empresa –reconocida a nivel constitucional–, el empleador cuenta con facultades que le permite regular, reglamentar, dirigir, modificar, adecuar, complementar, reemplazar y extinguir condiciones de trabajo, dentro de determinados límites que suelen contraerse en derechos adquiridos por los trabajadores o prohibiciones establecidas en normas legales. (p. 239).

Ese poder de dirigir las labores del trabajador por parte del empleador debe realizarse dentro de la buena fe, lo que determina que la confianza en un contrato de trabajo resulta un elemento esencial, dado el carácter personalísimo de la vinculación del trabajador con el empleador. En consecuencia, debe actuar dentro de la buena fe:

[D]ebido a la propia naturaleza de la relación jurídico-laboral, con un fuerte compromiso personal y con claras invocaciones al principio de confianza (Vertravensgrundsatz), todo indica que las relaciones jurídicas de trabajo están imbuidas por un particular requerimiento de honradez y corrección en el actuar de los contratantes. No hay que olvidar que uno de los elementos centrales de la buena fe es el deber de no defraudar la confianza de la contraparte. (Irueta, 2011, p. 18).

Pero la confianza no es un concepto específico en materia laboral, sino que es más profundo en las relaciones interpersonales; es así que de acuerdo con Stephen Robbins (citado por Lockward, 2011) la confianza es “la esperanza positiva de que otra persona no se conducirá de forma oportunista, por medio de palabras, obras o decisiones” (p. 4). Por lo tanto, la confianza tiene una connotación subjetiva, es así que:

[L]a confianza ha sido un término polisémico, aunque se piense que todos entendemos lo mismo por ella, cada autor la define de manera distinta, por ejemplo, para algunos autores es una creencia u opinión sobre una persona o grupo social; otros, piensan que es una hipótesis o probabilidad subjetiva de comportamiento futuro de alguien; y algunos, la ven como seguridad, esperanza o fe puesta en los demás. (Vives, s.f., p. 1)

De esta forma, el comportamiento de una persona de manera correcta, leal y honesta puede propiciar y propicia muchas veces la confianza en el medio en que se desenvuelve, generando en él un prestigio.

«(...) podemos afirmar que la **confianza**, de manera consustancial, es parte del **derecho de la libertad de empresa del empleador en su modalidad de contratar a los trabajadores**».

La doctrina nacional no ha sido ajena al respecto, al indicar que:

(...) es evidente que los contratos de trabajo se sustentan en la buena fe y la confianza, la cual en el caso de los trabajadores referidos en el artículo 43 de la LPCL adquiere mayor relevancia ya que el vínculo laboral principalmente se origina y sustenta en ella, así como en la naturaleza de las funciones que se ejecutan en tales puestos de trabajo; un trabajador podrá acceder a un puesto de trabajo calificado como de dirección o confianza, tanto al inicio de la relación laboral, como también durante el desarrollo de la misma a través de un cargo, una promoción o ascenso. (Monzón, 2017, p. 178)

Evidentemente, confiar importa poner al cuidado de uno algún negocio u otra cosa. Pero, la idea central de nuestro idioma es agrupar las palabras y las frases para encontrarles un verdadero significado semántico que nos permita comunicarnos de manera sincronizada. En este escenario, podemos adelantar que lexicográficamente un personal o trabajador de confianza es alguien que ha recibido de su empleador el encargo de efectuar labores delicadas que por su capacidad estará en aptitud de desarrollar en pro de su

comitente (Zevallos, 2019). Por eso, todas las personas que suscriben un contrato de trabajo con un empleador es porque este último confía en ellos; ya que, conforme lo indica el maestro De Buen (2000): “Ha sido motivo de comentarios poco serios la expresión ‘de confianza’ asumiendo que los que no tengan ese carácter no son confiables, por lo que serían trabajadores ‘de desconfianza’” (p. 15).

Por tanto, el elemento de confianza siempre va a existir de manera consustancial en toda relación contractual, más aún en una relación laboral dado el carácter personalísimo con el que se vincula el trabajador con el empleador, el cual constituye un elemento implícito de la manifestación del poder de dirección, ya que dicho atributo se manifiesta de manera específica en la posibilidad de contratar a los trabajadores que estime adecuado e idóneo para un determinado puesto en su estructura organizacional. Es decir, el empleador va a contratar de manera directa o a través de un trabajador de dirección al trabajador que le generó una confianza natural en un primer nivel; sin embargo, en mérito a dicho atributo empresarial, que tiene respaldo constitucional, el empleador tiene la necesidad de contar con un grupo especial de trabajadores a quienes les permitirá tener acceso a información confidencial, valiosa y privilegiada, lo cual exige una confianza especial, más allá de la ordinaria, que no siempre es eterna o duradera. Por el contrario, es temporal, ya que pueden existir elementos externos que la pueden alterar y propiciar su pérdida. En conclusión, quien otorga y retira dicha “confianza especial” es el empleador y no el trabajador, por lo tanto, podemos afirmar que la confianza, de manera consustancial, es parte del derecho de la libertad de empresa del empleador en su modalidad de contratar a los trabajadores.

III. EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL CONTRATO DE TRABAJO

El artículo 22 de la Constitución establece: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”. El principio de respeto de la dignidad del trabajador en tanto persona humana partícipe de una relación laboral ha sido recogido por el artículo 23 (tercer párrafo) de nuestra Constitución, cuando prescribe: “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

Sobre el particular, el artículo 4 de la ley establece que:

En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece.

Sobre el principio de continuidad el maestro Plá (1998) precisa que: “(...) continuidad tiene una connotación sumamente apropiada: alude a lo que dura, a lo que se prolonga, a lo que se mantiene en el tiempo, a lo que continúa. (...)” (pp. 218 y 219); cuyo alcance es “(...) 1) preferencia por los contratos de duración indefinida” (pp. 223); conforme se puede apreciar, en el primer párrafo del artículo transcrito se consagra una de las proyecciones del principio de continuidad, que es la “duración indefinida”, pero como resultado de la

aplicación de otro principio, como es el principio de primacía de la realidad.

El primer párrafo de la norma transcrita consagra de manera el principio de la primacía de la realidad; toda vez que, acreditada la prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume que la relación laboral es a “plazo indeterminado”; sobre ello, la Casación Laboral N° 15243-2015-Arequipa en el sexto considerando indica lo siguiente:

Sexto: El primer párrafo del artículo 4 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, señala lo siguiente: “**En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado**”, es decir, recoge la presunción de laboralidad por la cual se presume la existencia de un vínculo laboral sin sujeción de plazo fijo cuando concurren tres elementos en forma copulativa: prestación personal de servicios, remuneración y subordinación, de ser así, se presupone una relación laboral continua y permanente entre empleador y trabajador, y por tanto, la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. (Resaltado nuestro)

Es decir, cuando existan contratos de naturaleza civil o comercial, que encubren una relación laboral, opera en un primer momento el principio de la primacía de la realidad; y determinada, que se da en la realidad los elementos de la misma, se presumirá que es a “plazo indeterminado”. Por lo tanto, nuestra legislación laboral toma como regla general ese plazo, en aplicación del principio de

continuidad, pero a su vez, el segundo párrafo de la misma norma indica que el contrato individual de trabajo establece la excepción de la misma, al emplear “tiempo indeterminado o sujeto a modalidad”.

La regla general es que en todo contrato de trabajo se presume que es plazo indeterminado, siendo la excepción a “plazo determinado” o “sujeto a modalidad”, pero la diferencia más importante entre ellas es que la excepción no puede deducirse ni presumirse, consagrando en el fondo la “causalidad de la contratación” por parte del empleador. *Contrario sensu*, la regla excluye la causalidad, lo cual no afecta el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales; es decir, el empleador no está en la obligación de exponer los motivos de por qué contrata a un trabajador a plazo indeterminado, más aún si ello es más protector con relación al trabajador; sin embargo, sí está obligado a exponer las razones de por qué lo contrata a plazo determinado o sujeto a modalidad; por ende, la celebración de un contrato de trabajo a plazo indeterminado ya sea verbal o por escrito, no podría ser desconocida por el empleador, porque afecta la irrenunciabilidad de los derechos laborales como es el derecho a la protección contra un despido arbitrario; tampoco podría el trabajador disponer hasta su supresión, ya que ello sí afectaría al principio de irrenunciabilidad de derechos laborales.

El principio de continuidad constituye un límite implícito a la contratación laboral por tiempo determinado, ya que exige en su contenido esencial “la causalidad de todo contrato modal”; y para ello, la ley establece formalidades, requisitos, condiciones y plazos especiales para este tipo de contratos, y ante su incumplimiento genera sanciones, como la

desnaturalización cuando exista simulación o fraude; lo cual significa que la causalidad debe operar en la realidad, para proceder dicha forma de contratación excepcional, ya que la presunción a plazo indeterminado no se elimina, sino que se encuentra en estado aparentemente de inactividad, que puede manifestarse cuando se advierta que no se cumple con la causalidad debida.

IV. EL CONTRATO DE TRABAJO Y LA SUSPENSIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

El artículo 2 de la Constitución política del Estado establece que toda persona tiene derecho: “14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público” y “15. A trabajar libremente, con sujeción a ley”; asimismo, el artículo 23 de nuestra Constitución establece que “(...) ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (...)”.

Sobre la base de este último dispositivo constitucional, debemos afirmar que, desde el inicio de una relación laboral, el trabajador es titular de una serie de derechos fundamentales (derechos laborales y los derechos fundamentales conocidos como inespecíficos) que no pueden ser desconocidos por el empleador; y ello es así, dado que uno de los elementos de todo contrato de trabajo es la prestación de servicios de carácter personal que realiza el trabajador a favor del empleador, en la cual se convierte en un deudor dentro de toda relación laboral; que dimana de lo expresado en el artículo 5 de la Ley que establece que: “los servicios para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa solo por el trabajador como persona natural. No invalida esta condición que el

trabajador pueda ser ayudado por familiares directos que dependan de él, siempre que ello sea usual dada la naturaleza de las labores”.

Conforme se puede apreciar, el contrato de trabajo también se regula de manera supletoria por las normas del Código Civil siempre que no trastoque su esencia, del cual surgen obligaciones tanto para el trabajador como para el empleador, siendo la obligación esencial del trabajador la de prestar un servicio a favor del empleador, y este último la de pagar una retribución pecuniaria, que puede ser semanal, quincenal o mensual; todo ello dentro del marco de la buena fe por ambas partes, cuya vinculación del trabajador no puede limitar el ejercicio de sus derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar su dignidad.

La suspensión el contrato de trabajo se encuentra regulada en el artículo 11 de la Ley, indicando:

Se suspende el contrato de trabajo cuando cesa temporalmente la obligación del trabajador de prestar el servicio y la del empleador de pagar la remuneración respectiva, sin que desaparezca el vínculo laboral. Se suspende, también, de modo imperfecto, cuando el empleador debe abonar remuneración sin contraprestación efectiva de labores.

Conforme se podrá apreciar del enunciado normativo del artículo mencionado, existen dos párrafos que nos hablan de la suspensión, y si bien el primer párrafo no indica a qué tipo de suspensión se refiere, el segundo párrafo hace referencia a la suspensión imperfecta, *a contrario sensu*, el primer párrafo nos habla de la suspensión perfecta; lo cual es relevante esclarecer para determinar sus alcances, ya que el artículo 12 nos precisa diversas causas

de la suspensión del contrato de trabajo, entre ellas: i) La invalidez temporal; ii) la enfermedad y el accidente comprobados; entre otras.

«(...) desde el inicio de una **relación laboral**, el trabajador es titular de una serie de **derechos fundamentales** (derechos laborales y los derechos fundamentales conocidos como inespecíficos) que no pueden ser **desconocidos por el empleador (...)**».

Es necesario precisar, en esencia, qué se suspende; es decir, si es el contrato de trabajo mismo o sus obligaciones derivadas de ella, para ello es necesario recurrir a la doctrina laboral más autorizada al respecto:

Como lo ha hecho notar Vásquez Viard, la relación laboral está sometida a suspensiones que no son conocidas en el Derecho Civil o Comercial. Durante esas situaciones de emergencia el contrato se mantiene con todas sus virtualidades en ciertos aspectos, pero algunos de sus efectos, en especial los principales –poner la capacidad de trabajo a disposición de la otra parte, retribuir el trabajo–, no son exigibles en forma momentánea. (Plá Rodríguez, 1998, p. 257)

Conforme se pueda advertir, la suspensión del contrato de trabajo tiene su esencia en el principio de continuidad, que procura evitar en todo momento la extinción del vínculo, otorgando vitalidad al

máximo, permitiendo en diversas etapas del *iter* contractual que las obligaciones fundamentales, ya sea del trabajador como del empleador, se suspendan permitiendo en todo momento su conservación. Debe dejarse en claro que lo que se suspende no es el contrato de trabajo, sino sus obligaciones, ya que dicha normatividad emplea el término “cesa temporalmente la obligación”, siendo uno de sus elementos objetivos la temporalidad y la causalidad, ya que debe existir una razón que impida o dificulte que se mantengan de manera infinita las obligaciones tanto del trabajador como del empleador; pudiendo incluso sostenerse que es necesario que la misma se ejecute dentro de la relación laboral para proteger otros derechos que surgen de la misma, como el derecho a la jornada de trabajo y el descanso en sus diversas modalidades. En consecuencia, podemos establecer que la suspensión del contrato de trabajo es el cese de las obligaciones de ambas partes contractuales, que puede darse de manera simultánea (suspensión perfecta), y en algunos casos solamente del trabajador (suspensión imperfecta); lo cual tiene una razón o motivo, que durante la vigencia de la relación laboral permite la protección de otros derechos que surgen de la misma.

V. EL PERIODO DE PRUEBA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

La ley en el artículo 10 regula la figura del periodo de prueba, indicando que:

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

Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o

adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección. (Resaltado nuestro)

Un primer análisis de la norma es que no define el periodo de prueba, pero sí establece tres plazos: **el primero** de “tres meses”; **el segundo** de “6 meses”; y **el tercero** de “1 año”; además, el primer párrafo utiliza el término “el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario”; y en el segundo párrafo empieza la redacción con la expresión “Las partes pueden pactar un término mayor”, pero en ella no se hace referencia al derecho a la protección contra el despido arbitrario; sin embargo, ello no significa que dichos trabajadores (confianza y dirección) no estén protegidos contra el derecho a la protección contra el despido arbitrario; además, la citada norma de manera implícita impone un requisito adicional para gozar del derecho a la protección contra el despido arbitrario que es la vigencia de la relación laboral después de los referidos plazos, ya que emplea el término “a cuyo término”; ya que, si la relación laboral no se encuentra vigente luego de culminados dichos plazos el trabajador no ha logrado incorporar a su patrimonio dicho derecho.

El periodo de prueba tiene íntima relación con la libertad de empresa que detenta el empleador, ya que este derecho económico le faculta como titular de los medios de producción, la evaluación en la realidad del trabajador contratado. Empleamos el término “evaluación en la realidad”, en el sentido de que el empleador ya

evaluó al trabajador en una etapa previa o si queremos llamarlo precontractual, un ejemplo de ello puede ser las cartas ofertas; pero, ya en el terreno de los hechos es donde el empleador, desde un punto de vista técnico, e incluso moral y disciplinario, va a evaluar al trabajador en el terreno de los hechos; en efecto, durante el periodo de “prueba” el trabajador está sometido a una evaluación permanente y continua de su empleador, y se entiende bajo ciertos parámetros de medición de sus labores, para decidir ulteriormente si este supera o no dicho periodo con resultados objetivos que en la práctica evite decisiones arbitrarias.

En el periodo de prueba el único derecho restringido “parcialmente” es la protección contra el despido arbitrario, pero no el derecho a la ocupación efectiva; y decimos que es **parcial**, porque dicha “protección adecuada” consiste en la “evaluación en la realidad” del trabajador por parte del empleador, la cual como decíamos, debe estar motivada de manera razonable; *a contrario sensu*, si esa evaluación no es razonable, basada en hechos objetivos dados en la realidad, no gozaría de una “presunción implícita”³ de validez; por lo tanto, el periodo de prueba es un derecho del empleador, del cual emerge otro derecho del trabajador de manera específica, como es la prestación efectiva de labores, ya que es a través de ella como será evaluado. Reprimir al trabajador de ello constituye, como aludía en los párrafos precedentes, un abuso del derecho que está proscrito por la Constitución.

Cualquier figura jurídica, no solo el periodo de prueba, puede ser tergiversada, desnaturalizada o utilizada para

vulnerar derechos fundamentales. De allí la necesidad del ordenamiento jurídico de establecer garantías frente al ejercicio ilícito de un derecho o frente a una legislación arbitraria o de regular el fraude a la ley o el abuso del derecho. Por ello, cuando existen dudas con respecto a si el legislador, abusando de sus facultades, desnaturaliza o tergiversa una figura jurídica vulnerando con ello derechos fundamentales, el análisis sobre su naturaleza y fines no es en absoluto intrascendente, “por el contrario adquiere una relevancia significativa con el objeto de determinar si la institución jurídica se desarrolla y utiliza con un fin constitucional o no y si sus efectos no producen una lesión de los derechos fundamentales a quienes la norma les es aplicable” (Aparicio, 2016, p. 11).

«(...) podemos establecer que la **suspensión del contrato de trabajo** es el cese de las **obligaciones** de ambas partes **contractuales**, que puede darse de manera simultánea (suspensión perfecta), y en algunos casos **solamente del trabajador** (suspensión imperfecta)».

Compartimos lo anotado por la jurista Pacheco (2008) al indicar:

El plazo del período de prueba hace directa referencia al momento en que se adquiere la protección contra el

3 Término acuñado por Aparicio (2016).

despido arbitrario. De acuerdo al texto constitucional corresponde a la ley establecer la “adecuada protección” para los trabajadores en caso de despido arbitrario. La Constitución no distingue entre tipos de trabajadores: ofrece esa protección conforme al principio de no discriminación. Por eso, el desarrollo legislativo de este derecho fundamental debería haber otorgado una cobertura universal, sin distinción de trabajadores. (pp. 3 y 5)

Asimismo, indica:

Y, a mayor abundamiento, el TC ha recordado en diversos pronunciamientos que los actos arbitrarios en los que no se aprecie “el principio de razonabilidad, implícitamente derivado del principio de igualdad, y expresamente formulado en el art. 200 de la Constitución” no pueden ser amparados por el Ordenamiento. El principio-derecho a la igualdad debe respetarse en todas las etapas de la relación jurídicolaboral, también durante el período de prueba.

En esa línea, previamente a la consolidación del derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario en toda relación laboral, el empleador evaluará en la realidad al trabajador teniendo en cuenta los perfiles de puesto, ya que contienen información estructurada respecto de la ubicación de un puesto dentro de la estructura orgánica, misión, funciones, así como también los requisitos y exigencias para que el trabajador pueda conducirse y desempeñarse adecuadamente en un puesto; lo cual podría equipararse por ejemplo al CAP - Cuadro de Asignación de Personal, ROF – Reglamento de Organización y Funciones y el MOF – Manual de Organización y Funciones u otro instrumento de gestión de la empresa.

En resumen, el periodo de prueba encuentra su fundamentación en la necesidad del empleador de conocer adecuadamente la idoneidad del trabajador. Hablar de idoneidad implica abarcar un ámbito mayor a la aptitud, llegando a cubrir el aspecto personal, siempre que tenga incidencia en el desarrollo de la relación laboral. Este conocimiento adecuado requiere transitar necesariamente por una fase de experimentación, ya que las etapas precontractuales de evaluación teórica o de entrevista no resultan del todo eficaces. A ello se aúna también la ineficacia y lentitud de una eventual impugnación de validez del contrato en la vía judicial. Hablamos entonces de la etapa inicial del vínculo laboral, que permitirá conocer en el puesto mismo tanto la aptitud como la actitud del trabajador en el desempeño de sus labores, permitiéndole este margen de tiempo, ejercer el derecho al despido unilateral sin verse envuelto en eventuales sanciones indemnizatorias (Mas Lozada, 2018).

Pero, además de dicha evaluación objetiva también existe evaluación subjetiva previa realizada por el empleador, e incluso durante la duración del periodo de prueba; es decir, cuando un empleador contrata a un trabajador, previamente ha tomado en consideración elementos externos tanto objetivos como subjetivos de un trabajador. Por ejemplo, en cuanto a los objetivos, las referencias personales como profesionales; y en relación con los subjetivos, la admisión de errores y reconocimiento de limitaciones, cumplimiento de compromisos, consistencia y persistencia en su accionar, entre otros aspectos; lo cual permite establecer que el periodo de prueba está sujeto a una causalidad. Nos explicamos.

Puede darse el caso de que un empleador contrata dos o tres trabajadores el mismo

día, y puede consolidar la protección adecuada contra el despido arbitrario de uno de ellos a los tres meses y un día, sin tener obligación alguna de exponer las motivaciones del mismo; sin embargo, sí está obligado a expresar la motivación con relación a los otros trabajadores a quienes sí extinguió la relación laboral dentro de los tres meses; y, si la misma es materia de un proceso judicial le correspondería la carga probatoria al empleador que de dichas razones sea suficiente y razonable; por ende, consideramos que sí se podría configurar un despido nulo, incausado o fraudulento en el periodo de prueba, en otras palabras podríamos decir que el periodo de prueba no es una especie de “cheque en blanco” o “patente de corso” para desvincular al trabajador de su centro laboral, sino todo lo contrario, es la vía racional y equitativa para verificar técnicamente y de manera certera su permanencia en el puesto de trabajo, para beneficio mutuo (empleador-trabajador).

“(…) el **período de prueba** no es una especie de ‘**cheque en blanco**’ o ‘**patente de corso**’ para **desvincular** al trabajador de su **centro laboral**, sino todo lo contrario, es la vía **racional y equitativa** para verificar técnicamente y de manera certera su **permanencia en el puesto de trabajo**, para beneficio mutuo (empleador-trabajador)”.

Por ende, la evaluación en la realidad de las aptitudes del trabajador por parte del empleador, a la luz de las funciones según

su perfil de puesto para el que fue contratado, impone establecer como causa la no superación del periodo de prueba; por ende, consideramos que si bien la norma no lo exige de manera expresa, los empleadores deberían implementar políticas claras de cómo evaluar en la realidad al trabajador, e incluso ponerle en su conocimiento, como manifestación del respeto del debido proceso entre particulares; práctica que consideramos saludable para mantener un “sano” clima laboral, donde primen la confianza y la transparencia, en este caso, en la conducta del empleador.

La duración del periodo de prueba en el ámbito general genera menos dificultades en cuanto al ámbito especial; ya que, en este último grupo de trabajadores, el empleador está en la obligación de cumplir con el procedimiento de calificación de trabajador de confianza establecido en el artículo 59 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, cumpliendo con las tres etapas del mismo; la primera etapa: en donde “identificará y determinará” los cargos de confianza; una segunda etapa: en donde “comunicará por escrito a los trabajadores” de dicha condición; y, una tercera etapa: en donde “consignará en el libro de planillas y boletas de pago”; la cual se aplicará para los trabajadores que accedan a un puesto de dirección o de confianza de manera directa y no por acceso por promoción; de esta manera, si un trabajador es contratado inicialmente para desarrollar una labor común u ordinaria, pero que posteriormente, debido a factores indistintos, es ascendido o promovido por el empleador; no podría llevar al cambio del plazo del periodo de prueba general a uno especial; por ejemplo, un trabajador es contratado por cinco meses, con un periodo de prueba de tres meses, y el empleador en su evaluación

a los dos meses verifica que es un buen talento, y decide considerarlo como trabajador de confianza; esa situación no debe significar la ampliación del periodo de prueba de tres meses a seis meses.

Ello es relevante, ya que hay supuestos donde el empleador de manera indebida califica como de dirección o de confianza a un determinado trabajador, por lo tanto la discusión si es o no de confianza de manera implícita encierra también un debate sobre la duración del periodo de prueba; por ello, la impugnación que establece el artículo 61 del Reglamento también encierra la discusión del plazo de duración del periodo de prueba; lo cual dota de contenido el segundo párrafo del artículo 44 de la ley que establece: “En la designación o promoción del trabajador, la Ley no ampara el abuso del derecho o la simulación”; de esta manera, así como el empleador a la luz del artículo 60 del Reglamento solicita la aplicación del principio de la primacía de la realidad para determinar que el trabajador es de confianza, aquí opera a la inversa; ya que el trabajador busca en aplicación del referido principio que ha sido indebidamente calificado y, por ende, no sería de confianza, y que el plazo de duración del periodo de prueba no sería de seis meses o de un año, sino de tres meses.

Sobre ello, la Sala Civil Permanente de Ica, en la Sentencia de vista del Expediente N° 01097-2018-0-1408-JR-LA-01, indicó:

24. Entonces, puede colegirse claramente que el demandante no es un personal de confianza, sino un trabajador común, al cual le alcanza la regulación normativa del artículo 10 del D.S. 003-97-TR, que cita: “El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza

derecho a la protección contra el despido arbitrario”. Así, computando que el inicio de su relación fue el 13/06/2018, su periodo de prueba culminó el 13/09/2018, apreciándose que la empleadora demandada no cumplió con los procedimientos exigibles para la validación del despido en contra del demandante conforme a los artículos 31 y 32 de la LPCL, a saber, no se le cursó al trabajador la carta de preaviso de despido donde precise de manera específica la causa del despido (relacionada a su conducta o capacidad), a efecto que éste pueda defenderse por escrito de los cargos formulados; sino que le expidió el documento de fecha 12/10/2018 donde le comunicó erróneamente que dada su condición de trabajador de confianza, con un periodo de prueba de seis meses, daba por cesada su relación laboral. **Por tanto, se concluye en nuestro caso que el demandante no ha sido informado debidamente sobre la causal específica que se le imputa y que –a criterio del empleador– merecía el cese de su relación de trabajo, mereciendo entonces su reposición a causa de su despido incausado.** (Resaltado nuestro)

En tal sentido, no se puede ampliar el periodo de prueba de ámbito general en donde se contrató de manera directa a trabajador que le generó una confianza natural en un primer nivel; pero sí se puede ampliar en cuanto al ámbito especial, ya que existe una justificación que consiste en una “confianza especial”; es decir, el empleador tiene la necesidad de contar con un grupo especial de trabajadores a quienes les permitirá tener acceso a información confidencial, valiosa y privilegiada, lo cual exige una confianza especial, más allá de la ordinaria, que no

siempre es eterna o duradera, por el contrario es temporal, ya que pueden existir elementos externos que la pueden alterar y propiciar su pérdida; lo cual se encuentra establecido en el artículo 43 de la Ley, referido a las situaciones especiales del personal de dirección como de los trabajadores de confianza.

Conforme se ha indicado el plazo del periodo de prueba de ámbito general es de tres meses, el cual constituye un piso mínimo, pero invertido de arriba hacia abajo; es decir, si verificamos el artículo 10 de la ley, después de fijar el plazo, el legislador emplea el término “a cuyo término”, es decir, fija un límite temporal donde el empleador podrá ejercer su derecho de despedir válidamente a un trabajador después de haberlo evaluado, y que no ha cumplido con sus expectativas basadas en hechos objetivos. El ejercicio de dicho derecho por parte del empleador debe ser dentro del plazo, es decir, lo puede realizar en cualquier momento, no requiriendo esperar que se cumpla los tres meses; ya que si el empleador no evaluó al trabajador y dejó vencer el plazo, precluyó su derecho, consolidando la protección adecuada contra el despido arbitrario.

Si bien, nuestra legislación no regula la reducción del periodo de prueba, no existe norma prohibitiva al respecto; no debemos olvidar que no se trata de un derecho del trabajador, sino del empleador; por ende, el empleador sí puede renunciar total o parcialmente a dicho derecho, ya que ello no afecta el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales; sumado a que la misma no necesita de una causa expresa, es decir, el empleador no está en la obligación de exponer los motivos de por qué renuncia a dicho derecho. De esta forma, la reducción del periodo de prueba sí está

permitida por la Constitución y por la jurisprudencia de manera implícita; ya que, si verificamos la Casación Laboral N° 10712-2014- Lima que estableció la correcta interpretación del inciso 2) del artículo 26 de la Constitución Política del Perú, referente al principio de irrenunciabilidad, precisando ciertas reglas: “1) Los derechos cuya fuente de origen sea la ley o cualquier otra norma jurídica de origen estatal, sin importar su jerarquía, son de carácter irrenunciable para el trabajador individual, (...)”.

Si aplicamos esa regla al periodo de prueba, el artículo 10 de la ley establece que el trabajador al término del plazo de tres meses adquiere el derecho a la protección contra el despido arbitrario; pero, dicho plazo cuando más se reduce, más protege al trabajador; por ende, no existe impedimento alguno para que se mejore dicha protección, estableciendo un mayor beneficio mayor, como es fijando un plazo menor al fijado por la ley; por lo tanto, la reducción del periodo de prueba ya sea convencional o unilateral por parte del empleador no podría ser desconocido por este, porque afectaría la irrenunciabilidad de los derechos laborales, como es el derecho a la protección contra un despido arbitrario; tampoco podría el trabajador disponer hasta su supresión, ya que ello sí afectaría al principio de irrenunciabilidad de derechos laborales; pero ello opera solamente cuando se plasme por escrito, y no de manera implícita.

En comparación con la reducción del periodo de prueba, la acumulación sí está regulada en el artículo 16 del Reglamento, de la siguiente manera:

Artículo 16.- En caso de suspensión del contrato de trabajo o reingreso del trabajador, se suman los periodos laborados en cada oportunidad hasta

completar el período de prueba establecido por la Ley. No corresponde dicha acumulación en caso que el ingreso se haya producido a un puesto notoria y cualitativamente distinto al ocupado previamente, o que se produzca transcurridos tres (3) años de producido el cese.

«Si bien, **nuestra legislación** no regula la reducción del **periodo de prueba**, no existe norma **prohibitiva** al respecto; no debemos olvidar que **no** se trata de un **derecho del trabajador**, sino del **empleador**; por ende, el empleador sí **puede renunciar** total o parcialmente a dicho derecho, ya que ello no afecta al principio de **irrenunciabilidad** de los derechos laborales».

Sin embargo, dicha figura jurídica tiene mucho que ver con el plazo de duración del contrato de trabajo, y creemos que esta figura no se aplica en supuestos de contrato que tenga más de tres meses, pero en periodos menores a este sí. Conforme hemos indicado, el periodo de prueba está sujeto a una causalidad; y ello se debe a que el empleador evalúa en la realidad al trabajador a la luz de las funciones según el perfil de puesto para el que fue contratado; ello significa que el plazo de duración del periodo de prueba exige una prestación efectiva de trabajo del trabajador, ya que solamente en ella comienza a transcurrir el plazo

del decurso del periodo de prueba; y ello tiene relación a su naturaleza jurídica.

Por eso, cuando se habla de acumulación de periodos de prueba no se habla de contratos superiores a los tres meses sino a plazos inferiores a tres meses, o que tengan como plazo máximo de tres meses; es por eso, que el legislador ha creado esta figura jurídica para proteger al trabajador cuando el empleador pretenda defraudar el periodo de prueba, bajo el argumento de que como la ley exige tres meses y lo contrató modalmente por dos meses, no habría necesidad de evaluarlo.

También debe tenerse en consideración que la suspensión del contrato de trabajo regulado en el artículo 11 de la Ley tiene incidencia en cuanto al cómputo del plazo del periodo de prueba, ya que dicha norma emplea el término “cesa temporalmente la obligación”, siendo uno de sus elementos objetivos la temporalidad y la causalidad; por lo tanto, si el trabajador cesa de manera temporal su obligación de prestar servicios, también cesa la obligación del empleador de evaluarlo, y con ello la de comprobar su idoneidad; pero ello tampoco puede llegar a la conclusión de que el periodo evaluado sea uno de interrupción, ya que, desaparecida la causa de la suspensión de la relación laboral, el derecho del empleador de evaluar al trabajador se reanuda, y se adiciona el tiempo transcurrido anteriormente; lo cual constituye un mecanismo de una “adecuada protección contra el despido arbitrario”.

La acumulación del periodo de prueba lo que busca es que el empleador no mantenga de manera infinita al trabajador en periodos de pruebas con contratos de trabajo modales de corto plazo, siempre y cuando su reingreso se da en un puesto notoria y cualitativamente idéntico al

ocupado anteriormente, lo cual puede variar en cada caso en concreto; no debemos olvidar que la ley otorgará “adecuada protección frente al despido arbitrario”, lo cual impone efectuar una interpretación que no vacíe el contenido el núcleo duro del derecho al trabajo; aceptar una interpretación distinta no solamente vaciaría dicho derecho, sino además la finalidad del periodo de prueba, que es evaluar la idoneidad del trabajador. Ello impone de manera implícita al empleador que la supuesta suscripción de un contrato modal por un periodo menor de tres meses no significa que no exista el derecho del empleador de evaluar al trabajador, que como correlato permita exigir su derecho a la ocupación efectiva al trabajo; por el contrario, estos plazos cortos en este tipo de contrato de trabajo modales generan una especie de derecho expectatio del trabajador, que está latente pero no perfeccionado, basados en la esperanza o posibilidad de conseguir un beneficio en lo sucesivo, como es la protección contra un despido arbitrario de manera total, si es que cumple con la condición de superar más de tres meses de ocupación efectiva de trabajo; lo cual determina que la extinción de un contrato de trabajo por un periodo menor de tres mantiene subsistente la obligación del empleador de evaluar al trabajador, ya que si lo contrata nuevamente por el imperio del principio de legalidad podrá sumar “(...) los periodos laborados en cada oportunidad hasta completar el periodo de prueba (...)”; y, no realizar dicha evaluación en un primer récord laboral por parte del empleador equivale a la renuncia al mismo.

Si bien el artículo 16 del reglamento alude a la suma de los periodos laborados en cada oportunidad de reingreso hasta completar el periodo de prueba

establecido por ley, ello no significa que cada empleador tenga que fijar en cada uno de ellos el plazo de tres meses; es decir, si en un primer contrato de trabajo el plazo es de tres meses, bastaría que el trabajador en un segundo periodo labore un día y con ello completar el periodo de prueba exigido por ley, por ejemplo, en el segundo periodo por más que diga el contrato que está sujeto a prueba, de manera automática opera la exoneración del mismo, y así para los demás periodos de reingreso en el mismo puesto.

Como toda regla, la acumulación del periodo de prueba tiene sus excepciones, las cuales son dos:

- Cuando el reingreso se produce tres años después de producido el cese.
- Cuando el reingreso se da en un puesto notoria y cualitativamente distinto al ocupado anteriormente.

Conforme lo indica el artículo 16 del reglamento, las excepciones no son aplicable en casos de suspensión de la relación laboral sino en casos de reingreso; y eso se debe a que, en la suspensión la relación laboral se mantiene intacta, mientras que en el reingreso no, ya que en ella se extinguió en periodos cortos que no superaban los tres meses.

Del primer supuesto, podemos inferir que si un trabajador reingresante después de tres años genera dudas más que razonables al empleador si la evaluación de la idoneidad del trabajador se mantenga en el tiempo, o por el contrario el decurso del tiempo haya mermado posiblemente en la capacidad o en otros aspectos; pero ello no impide que el empleador pueda reducir el nuevo periodo de prueba conforme ya se ha explicado. Por otro lado, dicha excepción

impone como requisito que el reingreso a los tres años y un día, y no a los tres años, ya que emplea el término “transcurrido tres años de producido el cese”; por ende, si un trabajador por ejemplo fue cesado el día 1 de marzo de 2018, los tres años se cumplirían el 1 de marzo de 2021, y si es contratado el referido día 1 de marzo, creemos que sí opera la referida excepción; y para determinar ello, debemos recurrir al Código Civil, de manera específica las reglas de cómputo del plazo del artículo 183:

2. El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de éste correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.
3. El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2.
4. El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.

La otra excepción no está vinculada al tiempo entre un reingreso y otro, sino que tiene que ver más con las funciones y las labores que va a realizar en el nuevo puesto de trabajo, que deben ser “notoria y cualitativamente distintas”; y sobre este aspecto la Casación Laboral 20577-2017-Tacna en el décimo considerando precisa que:

Sobre este punto, debemos decir que cuando la norma hace referencia a que los cargos deben ser notoria y cualitativamente iguales, se refiere a la naturaleza de las funciones y al cargo ocupado, los cuales deben ser evidentemente los mismos a efectos de poder acumular ambos períodos de prueba, de lo contrario, de presentarse el supuesto donde ambos puestos sean disímiles, no procederá tal acumulación.

VI. ANÁLISIS DE LA CASACIÓN LABORAL N° 28242-2018 DEL SANTA

De la sentencia casatoria materia de análisis, se aprecia que una trabajadora de iniciales K.S.P.C interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista contenida en la Resolución N° 06, de fecha 17 de setiembre del 2018, que revoca la sentencia apelada contenida en la resolución N° 03, de fecha 26 de julio del 2018, que declara fundada la demanda; y reformándola la declara improcedente, sobre reposición por despido incausado; asimismo, se aprecia que por resolución de fecha 3 de marzo del 2021, se declaró procedente el recurso interpuesto por la parte demandante, por las causales de infracción normativa del artículo 21 de la Ley Procesal del Trabajo y artículo 10, inciso b) del artículo 23; inciso b) del artículo 25 del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Como antecedentes, en la sentencia casatoria se indica que:

- De la demanda se aprecia que la demandante solicitó su reposición en el cargo de técnico en telecomunicaciones por haberse configurado un despido incausado; manifestando que ingresó a laborar para la demandada el 8 de enero del 2018 hasta el 30 de abril del 2018; y que el día 17 de marzo del 2018, al efectuar su trabajo de tendido de redes inalámbricas, sufrió un accidente que le ocasionó daños en la columna dorsal y la columna cervical, situación que generó que se le otorgara descanso médico, sin embargo, su empleadora aprovechándose que su descanso médico no vencía, el 5 de mayo del 2018, le hace llamar para firmar unos documentos que supuestamente eran del seguro Mapfre, sin embargo, se entera

que le querían hacer firmar un documento de despido, un documento de liquidación y una carta de trabajo, optando el demandante por no firmar e iniciar los trámites respectivos ante Sunafil.

- De la sentencia de primera instancia, el órgano jurisdiccional declaró fundada la demanda sobre reposición por despido incausado, estableciendo la existencia de una relación laboral indeterminada bajo los alcances del Decreto Legislativo N° 728 desde el 8 de enero de 2018, ordenando en consecuencia notificar a la demandada para que cumpla con reponer al demandante en su puesto de trabajo y con el mismo nivel remunerativo que ocupara antes de su cese, esto es, en el cargo de técnico en telecomunicaciones de la empresa demandada, u otro de similar nivel y categoría, al considerar que el demandante ostentaba una relación laboral de naturaleza indeterminada desde su fecha de ingreso ocurrida el 8 de enero de 2018 hasta el 31 de enero del 2018, mediante la existencia de un contrato verbal, para luego firmar sucesivos contratos de trabajo hasta el 30 de abril de 2018, desempeñándose como técnico en telecomunicaciones que resulta ser una labor propia y permanente de la empresa demandada; por lo demás, se establece que el hecho de no haber realizado labores efectivas desde el 18 de marzo de 2018, producto del accidente de trabajo, no enerva la relación laboral del demandante con la empresa demandada, dado que el vínculo labor existió y no se interrumpió hasta el 30 de abril de 2018, por tanto, se configura la existencia de una relación laboral continua desde el 8 de enero de 2018 al 30 de abril de 2018, habiendo el

actor superado el periodo de prueba de 3 meses, por lo que la demandada al haber decidido dar por extinguida unilateralmente la relación laboral con el accionante, ha vulnerado su derecho al trabajo, encontrándose afectado de nulidad el despido laboral del demandante al ser un acto arbitrario.

- La Sala Laboral Transitoria de la Corte Superior de Justicia del Santa revoca la sentencia apelada que declara fundada la demanda de reposición por despido incausado y reformándola declara improcedente la citada demanda, al considerar que el actor no había logrado superar el periodo de prueba, pues si bien ingresó a laborar para la demandada en el mes de enero de 2018, recién en el mes de febrero se suscribió el contrato de trabajo en el cargo de técnico de telecomunicaciones, contándose desde este periodo contractual, su protección contra el despido arbitrario una vez superado el periodo de prueba, lo que no se logró superar, en razón del accidente de trabajo sufrido por el actor en fecha 17 de marzo de 2018, que en los hechos significó que se apartara de sus labores efectivas de servicio, tanto más cuando el fin del periodo de prueba es evaluar el rendimiento y capacidad del trabajador, lo que no ha sucedido en el presente caso; concluyendo la sala superior que el actor no ha logrado superar el periodo de prueba.
- Ahora, conforme se aprecia del noveno considerando de la sentencia casatoria se realiza un análisis del artículo 10 de la Ley; y en el considerando décimo segundo se expone el razonamiento que ha dilucidado la controversia, y para ello realiza una línea de tiempo sobre los periodos de trabajo en que el demandante fue contratado por la

empresa demandada, precisado de la siguiente manera:

- Del 8 de enero hasta el 31 de enero de 2018, existió una labor sin suscripción de contrato escrito, sin embargo, del Recibo de Pago de Haberes N° 001-2018, se determinó la existencia de un contrato verbal a tenor de lo dispuesto en el artículo 4 de la ley, y la demandada durante el decurso del proceso no ha negado en modo alguno dicho periodo de trabajo laborado, además de encontrarse en situación procesal de rebeldía.
- Del 1 de febrero hasta el 31 de marzo de 2018, se advierte que las partes suscribieron un contrato de trabajo de naturaleza temporal por inicio de actividades; lo cual se encuentra corroborado con recibos de pago.
- Del 2 de abril hasta el 30 de abril de 2018, se advierte que las partes suscribieron un contrato de trabajo de naturaleza temporal por inicio de actividades.

En mérito a ello, el Colegiado supremo precisa que:

(...) el accionante ha laborado para la empresa demandada desde el 08 de enero del 2018 al 30 de abril del 2018, sin solución de continuidad, ejerciendo labores de naturaleza permanente y continua como Técnico en Telecomunicaciones, labores que por lo demás resultan ser propias e inherentes a la demandada, cumpliendo funciones de manera subordinada, personal y remunerada (...)

Asimismo, indica:

(...) los contratos de trabajo entre las partes (verbal y modales) se han

desnaturalizado desde la fecha de ingreso del accionante, verificándose de esta manera la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado, habiéndose configurado una verdadera relación laboral dentro del marco del régimen laboral de la actividad privada (...).

En el décimo tercer considerando indica que:

(...) se verifica de autos que en fecha 17 de marzo del 2018, el accionante, periodo de prueba, fue víctima de un accidente de trabajo, el mismo que se acredita con los siguientes medios probatorios: receta médica de fojas 11, tomografías de fojas 12 a 14, receta médica expedida por la Clínica Robles de fojas 14 a 15, descanso medico de fojas 16, certificado médico de fojas 20, documentos de la Sunafil de fojas 21, además, de los sucesivos descansos médicos que van: del 17.03.18 al 19.03.18, del 20.03.18 al 27.03.18, del 28.03.18 al 06.04.18, del 07.04.18 al 11.04.18, del 12.04.18 al 18.04.18 y del 19.04.18 al 08.05.18, conforme, en efecto, se verifica del Informe Médico que obra de fojas 22 a 23, medios probatorios que por lo demás no han sido materia de contradicción ni cuestionamiento por la demandada, manteniendo su calidad de prueba plena.

De los hechos que se indicó en la demanda, según la sentencia casatoria, se aprecia que existe un periodo cuando el demandante ingresó a trabajar sin contrato alguno, que abarca del 8 de enero hasta el 31 de enero de 2018, ello en aplicación del principio de la primacía de la realidad; y que a partir del 1 de febrero hasta el 31 de marzo de 2018, se advierte que las partes suscribieron un contrato de trabajo de naturaleza temporal por inicio

de actividades; y del 2 de abril hasta el 30 de abril del 2018, se advierte que las partes suscribieron un contrato de trabajo de naturaleza temporal por inicio de actividades.

Si bien el Colegiado Supremo no lo indica, pero se desprende de la sentencia casatoria, que la fecha de ingreso del demandante ya no sería el 1 de febrero de 2018, sino el 8 de enero de 2018, y los contratos de trabajo de naturaleza temporal por inicio de actividades suscritos con el demandante serían fraudulentos, por tratar de novar una relación laboral a plazo indeterminado a uno determinado; por lo tanto, la empresa demandada no habría tenido en cuenta que el Título II de la Ley regula “De los contratos de trabajo sujetos a modalidad”, en donde en el artículo 53 se indica:

Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes.

A su vez, en el capítulo V del título II, donde se regulan los “Requisitos formales para la validez de los contratos”, en el artículo 72 se precisa:

Los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, **debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación**, así como las demás condiciones de la relación laboral. (Resaltado nuestro)

De esta forma, las referidas citas normativas nos permiten establecer que la regla general es que todo contrato de trabajo se presume a plazo indeterminado, siendo la excepción a “plazo determinado” o “sujeto a modalidad”, cuya naturaleza es “temporal”, por ende, exige la “causalidad de la contratación” por parte del empleador; en ese sentido, siendo la regla la preferencia por la relación laboral a plazo indeterminado, y la excepción a la misma serían los contratos modales, su aplicación repercute en los alcances del artículo 27 de la Constitución, que indica: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”; es decir, dicho precepto constitucional si bien no consagra el derecho a la estabilidad laboral absoluta, es decir, el derecho “a no ser despedido arbitrariamente”, pero sí reconoce el derecho del trabajador a la “protección adecuada” contra el despido arbitrario, y ello tiene un efecto directo, a nuestro entender, sobre la contratación modal, ya sea de un mes de duración como en periodos mayores, lo cual tiene íntima relación con el periodo de prueba.

Dicha posición parte de lo establecido en el tercer párrafo del fundamento jurídico 10 de la sentencia del Expediente N° 976-2001-AA/TC, que indica:

(...) Evidentemente, el que la Constitución no indique los términos de esa protección adecuada, no quiere decir que exista prima facie una convalidación tácita de cualquier posible desarrollo legislativo que se haga en tomo al derecho reconocido en su artículo 27 o, acaso, que se entienda que el legislador se encuentre absolutamente desvinculado de la Norma Suprema. **Si bien el texto constitucional no ha establecido cómo puede entenderse dicha protección contra**

el despido arbitrario, ella exige que, cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, éstas deban satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad o, como dice expresamente el texto constitucional, se trate de medidas “adecuadas” (resaltado nuestro)

Se refuerza, cuando en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC-Lima, caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel, sobre el artículo 27 de la Constitución, se precisa:

Debe considerarse que el artículo 27 de la Constitución contiene un **“mandato al legislador”** para establecer protección **“frente al despido arbitrario”**. Tres aspectos deben resaltarse de esta disposición constitucional:

- a) Se trata de un “mandato al legislador”
- b) Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección.
- c) No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley.

Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser **“adecuado”**, se está resaltando –aunque innecesariamente– que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. **En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo.** Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27 como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una “facultad de despido arbitrario” hacia el empleador. Por

este motivo, cuando el artículo 27 de la Constitución establece que la ley otorgará “adecuada protección frente al despido arbitrario”, **debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional.** Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles.

El efecto protector de dicho enunciado jurisprudencial varía, si se trata de un contrato de trabajo sujeto a plazo indeterminado (regla general) o a plazo fijo (excepción); ya que, conforme lo hemos precisado, el empleador no está en la obligación de exponer los motivos de por qué contrata a un trabajador a plazo indeterminado, pero sí está obligado a exponer las razones de por qué contrata a plazo determinado o sujeto a modalidad; por lo tanto, la protección contra el despido arbitrario va a variar en cada forma de contratación, siendo más exigente y adecuada cuando se trate de una contratación modal, en donde un primera medida de protección es verificar la “causalidad de la contratación”; ello tiene coherencia con el fundamento jurídico 14 de Expediente N° 976-2001-AA/TC, al indicar que:

(...) el régimen de protección adecuada enunciado en el artículo 27 de la Constitución y que se confió diseñarlo al legislador ordinario, no puede entenderse, para el caso de los trabajadores sometidos al régimen privado, únicamente circunscrito al Decreto Legislativo N° 728, sino de cara a todo el ordenamiento jurídico, pues éste (el ordenamiento) no es una agregación caótica de disposiciones legales, sino uno basado en las características de coherencia y completud.

“(...) como existió un **periodo de suspensión del contrato de trabajo**, ello ha incidido en cuanto al **cómputo del plazo del periodo de prueba**, al haber cesado temporalmente la obligación de la **prestación efectiva** de labores por parte del trabajador, como también la obligación de **evaluar la idoneidad** por parte del **empleador** (...).”

Esta interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional nos permite establecer con firmeza que el mandato constitucional al legislador del artículo 27 de la Constitución sí es de aplicación al periodo de prueba, pero no en toda su amplitud, ya que está restringido “parcialmente”, donde el “derecho del trabajador a la ocupación efectiva” cobra una especial relevancia como una forma de materialización de la protección adecuada contra el despido arbitrario.

Sin embargo, resulta relevante lo razonado por el Colegiado Supremo en el décimo cuarto considerando, donde indica lo siguiente:

No obstante lo expuesto, esta Suprema Sala, a diferencia de lo señalado por el juez de la causa, considera que lo que en realidad se ha producido, en el presente caso, no es propiamente el cumplimiento del periodo de prueba, sino una suspensión imperfecta de labores a tenor de lo dispuesto en la parte in fine del artículo 11 del Decreto Supremo N° 003-98-TR, Reglamento de Ley de Fomento del Empleo. (...) presente caso. En el presente caso, la empresa demandada, al poner fin de manera unilateral el vínculo laboral con el accionante ha incurrido en un despido incausado, cuando era evidente que el contrato de trabajo se encontraba suspendido al encontrarse el demandante con descanso médico, precisamente por el accidente laboral sufrido el 17 de marzo del 2018.

Sobre el particular, Aparicio (2016) indica:

(...) en sentido estricto, en el periodo de prueba no existe un despido ad nutum, sino que el resultado negativo de la prueba del empleador sobre las capacidades del trabajador, actuaría como causa legal el despido durante este plazo. Con el periodo de prueba, entonces, **no es que se admita un despido sin causa, la causa existe y es exigible para justificar su aplicación**; sólo que el legislador opera con una especie de presunción implícita, según la cual toda extinción producida durante esta fase inicial del contrato obedece a una causa legítima, la constatación de la ineptitud del trabajador. (...). (p. 149). (Resaltado nuestro)

En dicha línea argumentativa, considero que el análisis realizado por el Colegiado Supremo es correcto, ya que desde el 8 de enero hasta el 17 de marzo de 2018 (fecha que fue víctima de un accidente de trabajo) el trabajador ya tenía 2 meses y 9 días de prestación efectiva de servicios; y, en la sentencia casatoria no indica que la demandada ejerció su derecho de evaluación de idoneidad del trabajador, por ende habría renunciado a ello de manera tácita; por el contrario, existió una suspensión de la relación laboral al amparo del artículo 12 de la ley, ya que la receta médica, tomografías, receta médica expedida por la Clínica Robles, descanso médico, certificado médico, y de los descansos médicos que van: del 17.03.18 al 19.03.18, del 20.03.18 al 27.03.18, del 28.03.18 al 06.04.18, del 07.04.18 al 11.04.18, del 12.04.18 al 18.04.18 y del 19.04.18 al 08.05.18, acreditaron la existencia de un accidente de trabajo; por ende, no podría invocar la empresa emplazada el día 5 de mayo de 2018, que no había superado el periodo de prueba, cuando tenía 49 días de suspensión de labores, siendo imposible que el empleador verifique la idoneidad del trabajador, y conforme se ha indicado, en el periodo de prueba el único derecho restringido “parcialmente” es la protección contra el despido arbitrario, pero no el derecho a la ocupación efectiva.

En conclusión, el colegiado supremo en la sentencia casatoria ha realizado una interpretación sistemática del artículo 10 de la Ley con el artículo 27 de la Constitución, que indica: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”; por lo tanto, dicha “protección adecuada” consiste en la “evaluación en la realidad” del trabajador por parte del empleador durante el periodo de prueba, la cual debe estar

motivada de manera razonable, lo cual nunca probó la demandada; y, como existió un periodo de suspensión del contrato de trabajo, ello ha incidido en cuanto al cómputo del plazo del periodo de prueba, al haber cesado temporalmente la obligación de la prestación efectiva de labores por parte del trabajador, como también la obligación de evaluar la idoneidad por parte del empleador; y, no habiendo la demandada iniciado procedimiento de despido establecido en los artículos 31 y 32 de la ley, no ha comprobado objetivamente ninguna falta grave, incurriendo en un despido incausado, cuya modalidad de despido fue establecida en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de julio de 2002 (Caso Telefónica, expediente N° 1124-2002-AAITC), la cual se produce cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique.

CONCLUSIONES

- La regla general es que todo contrato de trabajo se presume a plazo indeterminado, siendo la excepción a “plazo determinado” exigiendo la “causalidad de la contratación” por parte del empleador, el cual constituye una primera medida de protección que dimana de los alcances del artículo 27 de la Constitución, que indica: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
- El periodo de prueba tiene íntima relación con la libertad de empresa que detenta el empleador; ya que este derecho económico le faculta como titular de los medios de producción, la evaluación en la realidad del trabajador contratado.

- En el periodo de prueba el único derecho restringido “parcialmente” es la protección contra el despido arbitrario, pero no el derecho a la ocupación efectiva; y decimos que es parcial, porque dicha “protección adecuada” consiste en la “evaluación en la realidad” del trabajador por parte del empleador, la cual debe estar motivada de manera razonable; *a contrario sensu*, si esa evaluación no es razonable, basada en hechos objetivos dados en la realidad, no gozaría de validez.
- En el periodo de prueba lo que se consolida es el derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario, donde se evalúa objetivamente al trabajador teniendo en cuenta los perfiles de puesto; lo cual no exime de la existencia de una evaluación subjetiva previa realizada por el empleador, e incluso durante el mismo periodo de prueba, como son las referencias personales como profesionales; la admisión de errores y reconocimiento de limitaciones; cumplimiento de compromisos; consistencia y persistencia en su accionar; entre otros aspectos.
- La consolidación de la protección adecuada contra el despido arbitrario durante el periodo de prueba no obliga al empleador a expresar sus razones; pero, sí obliga a contar con razones o motivación de por qué extinguió la relación laboral de un trabajador por no superar el periodo de prueba; correspondiéndole, la carga probatoria sobre el mismo, y con ello acreditar, si es el caso, que no existió un despido nulo, incausado o fraudulento en el periodo de prueba.
- El periodo de prueba, teniendo en cuenta el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, impone

plazos que constituye un **piso mínimo, pero invertido de arriba hacia abajo**; no necesitando el empleador de causa o razones para renunciar total o parcialmente a dicho derecho, lo cual es más protector para el trabajador,

- La suspensión el contrato de trabajo, regulado en el artículo 11 de la ley, tiene incidencia en cuanto al cómputo del plazo del periodo de prueba; ya que dicha norma emplea el término “cesa temporalmente la obligación”; por lo tanto, si el trabajador cesa de manera temporal su obligación de prestar servicios, también cesa la obligación del empleador de evaluarlo, y con ello la de comprobar su idoneidad; lo cual constituye un mecanismo de una “adecuada protección contra el despido arbitrario”.
- Considero acertado el criterio adoptado por la Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en la Casación Laboral N° 28242-2018-Del Santa, ya que la empresa demandada puso fin de manera unilateral el vínculo laboral del trabajador incurrido en un despido incausado, cuando era evidente que el contrato de trabajo se encontraba suspendido al encontrarse el demandante con descanso médico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aparicio Aldana, R. (2016). *Una revisión del concepto de periodo de prueba frente a la nueva doctrina del Tribunal Constitucional*. file:///C:/Users/INTEL%20CORE%20I3%20-10TH/Downloads/Dialnet-UnaRevisiónDelConceptoDePeriodoDePrueba-FrenteALaNu-5461251%20(1).pdf
- De Buen, N. (2000). *Derechos del trabajador de confianza*. México: Instituto de investigaciones jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.>

- juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/77/tc.pdf
- Irureta Uriarte, P. (2011). Vigencia del principio de la buena fe en el Derecho del Trabajo Chileno. *Ius et Praxis* 17(2) (pp. 133-188). <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v17n2/art07.pdf>
- Lockward Dargam, A. (2011). *El rol de la confianza en las organizaciones a través de los distintos enfoques o pensamientos de la administración*. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87022526005>
- Mas Lozada, A. (2018). *El periodo de prueba en el derecho laboral peruano: alcances, límites y consecuencias de su aplicación irregular*. [Tesis para optar el grado académico de magíster en derecho del trabajo y de la seguridad social]. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/14257/MAS_LOZADA_ALEXANDER.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Monzón Zevallos, W. (2017). Aspectos a tener en cuenta respecto al trabajador de confianza. La Casación Laboral N° 18450-2015-Lima y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Diálogo con la jurisprudencia*. (224).
- Pacheco Zerga, L. (2008). *El periodo de prueba: naturaleza y régimen jurídico*. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2615/periodo_prueba_naturaleza_regimen_juridico.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Plá Rodríguez, A. (1998). *Los principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Toyama Miyagusuku, J. (2015). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico – práctico*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Vives, M. (s.f.). *Aproximaciones a la conceptualización de la confianza y sus aportes a la educación*. <https://fh.mdp.edu.ar/encuentros/index.php/jie/3jie/paper/download/1331/740>
- Zevallos Roncagliolo, J. (2019). *La amistad termina donde la desconfianza empieza. Una reflexión sobre el despido del personal de confianza basado en la justificación del “retiro de confianza del empleador” a la luz de la STC 02296-2015-PA/TC*. <https://lpderecho.pe/reflexion-despidopersonal-confianza-justificacion-retiroconfianza-empleador-02296-2015-pa-tc/>