INFORME LABORAL

EL PERIODO DE PRUEBA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Dr. Enrique Guerrero González.

Abogado egresado de la U.I.G.V.; egresado de la Maestría con Mención al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la U.N.M.S.M. Gerente de Consultoría Laboral de INFOTAX PERU. Abogado Laboralista adscrito a la Procuraduría Pública del MIMDES.

1. Concepto

Conforme señala De la Cueva, "se conoce como Período de Prueba en las relaciones de trabajo, un término breve, al iniciarse la prestación de los servicios, destinado a que el trabajador pruebe su aptitud" [(1)].

Alonso García utiliza el concepto de contrato de prueba. Así, el jurista español conceptúa al contrato de prueba al "acuerdo de voluntades de trabajador y empresario en virtud del cual aquél y éste convienen durante un cierto período de tiempo, legal o voluntariamente fijado, la prestación de servicios del segundo por cuenta del primero a cambio de una remuneración, y a los efectos de la posible posterior formalización de un contrato de trabajo, la cual queda sometida a los resultados del pacto en cuestión" [(2)].

Sin embargo, el autor citado duda así mismo de su aceptación para aquellos casos en los cuales "el Período de Prueba se impone a las partes de un posible contrato de trabajo, conceptuándose la prestación de servicios como hecha con significación provisional en tanto dura el período en cuestión" [(3)].

La diferencia entre ambos conceptos radica, a nuestro modo de ver, en que en el primer concepto hablamos de un Período de Prueba intrínseco al contrato de trabajo y, para el segundo caso, de un contrato previo a la celebración del contrato definitivo, es decir, de un pre contrato de trabajo o contrato preparatorio del definitivo.

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

En tal sentido, podemos advertir las siguientes diferencias:

- El Período de Prueba forma parte del contrato de trabajo, mientras que el contrato de aprendizaje no constituye un contrato de trabajo;
- El Período de Prueba tiene un plazo fijo, a cuyo término el trabajador alcanza la protección contra el despido arbitrario, mientras que en el contrato de aprendizaje una vez concluido el aprendiz no alcanza dicha protección;

1 *De la Cueva, Mario. Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo I. Sétima Edición. Editorial Porrua S.A. México, 1963.*

2 *Alonso García, Manuel. Curso del Derecho del Trabajo. 5ª Edición. Editorial Ariel. Barcelona – España, 1975.*

3 *Alonso García, Manuel. Ob.cit.*

- En el Período de Prueba el trabajador va a demostrar ser apto para el trabajo objeto del contrato de trabajo, mientras que por el contrato de aprendizaje la empresa se compromete a proporcionarle los medios para adquirir su formación sistemática e integral;
- Durante el Período de Prueba, el trabajador va a percibir su remuneración pactada en el contrato de trabajo mas los beneficios sociales que la legislación laboral prescribe, mientras que durante el contrato de aprendizaje el aprendiz percibirá la subvención mensual convenida en el respectivo convenio.

2. Regulación Jurídica.

El Período de Prueba si bien no ha sido conceptuado en el derecho peruano, se encuentra regulado en el artículo 10º del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la cual la ha regulado de la siguiente manera:

" Artículo 10º.- El Período de Prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Las parte pueden pactar un término mayor en caso las labores requieren 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 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"

Por su parte, el Reglamento del TUO de la Ley de Fomento del Empleo aprobado por Decreto Supremo Nº 001-96-TR, modificado por Decreto Supremo Nº 011-2001-TR, regula el Período de Prueba en los siguientes términos:

" Artículo 16º.- En caso de suspensión del contrato de trabajo o reingreso del trabajador, se suman los períodos laborados en cada oportunidad hasta completar el Período de Prueba establecido por la ley. No corresponde dicha acumulación en caso que el reingreso 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.

" Artículo 17º.- El exceso del Período de Prueba que se pactara superando los seis meses o el año, en el caso de trabajadores calificados o de confianza, respectivamente, no surtirá efecto legal alguno".

3. Comentario a la norma.

Conforme ha sido establecido, la Ley prescribe como regla general que el Período de Prueba es de tres meses. Hubiera sido conveniente que la Ley faculte a las partes a pactar por escrito dicho período como sucede en la legislación española, de manera que puedan incluso pactar un plazo menor al establecido por la Ley o incluso exoneral al trabajador del período de prueba, ya sea a través del Contrato de Trabajo o por Convenio Colectivo de Trabajo. No obstante ello, la norma no prohíbe de manera expresa que las partes puedan establecer un plazo inferior al previsto por la ley, por lo que será facultad de las partes establecer un plazo menor ya sea a través del Contrato individual de Trabajo o a través de un Convenio Colectivo de Trabajo.

Resulta irónico que el único supuesto permitido por la Ley sea el incremento de dicho período cuando se requiera de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. Sin embargo, tanto la Ley como su Reglamento no establecen los "supuestos" que permitan "justificar" su "prolongación" por lo que podría fácilmente podría ser mal utilizada esta figura a fin de incrementar innecesaria y abusivamente el Período de Prueba.

Por su parte, el Reglamento permite la acumulación de los períodos laborados en cada

oportunidad hasta completar el Período de Prueba en aquellos casos de suspensión del contrato de trabajo o reingreso del trabajador. Para el primer caso resulta comprensible toda vez que durante la suspensión del contrato de trabajo el trabajador no ha prestado servicios para la entidad empleadora; sin embargo, para el segundo supuesto normativo consideramos innecesario toda vez que, si bien es cierto que nos encontramos frente a un caso en el cual el contrato de trabajo se ha extinguido no habiendo sido superado el período de prueba, también lo es que el empleador nuevamente ha decidido contratar los servicios del trabajador cesado en atención a sus cualidades profesionales, de manera que sería innecesario someterlo nuevamente a un período de prueba, a no ser que el servicio a prestar haya variado sustancialmente en atención al avance de las nuevas técnicas y/o tecnologías.

Asimismo, el Reglamento prescribe que no corresponde dicha acumulación en caso que el reingreso 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. En este caso, resulta apropiada el Reglamento habida cuenta que si bien se ha producido el reingreso del trabajador, éste ha sido para realizar labores distintas y/o por haber transcurrido un tiempo razonable - tres años - que podría ocasionar dificultad en el trabajador para el desarrollo de las labores a contratar.

Respecto al exceso del Período de Prueba, el Reglamento establece que si se pactara períodos superiores a los seis meses o el año para el caso de trabajadores calificados o de confianza, respectivamente, aquellos no surtirán efecto legal alguno. Al respecto, en primer lugar el legislador fue timorato al no establecer de manera expresa las sanciones que implique la simulación de un período mayor al establecido por la Ley, limitándose a establecer que dicho pacto "no surtirá efecto legal alguno" y, en segundo lugar, solamente se ha hecho mención a los trabajadores calificados o de confianza; en tal sentido nos formulamos la siguiente interrogante: ¿Qué pasa si se pacta un período superior a los tres meses para el caso de trabajador no calificados o de confianza?, es decir, ¿sí surtiría efecto legal el exceso pactado?.

No obstante que el legislador omitió pronunciarse respecto a este caso en particular, consideramos que sería de aplicación el supuesto fáctico previsto en el inciso d) del artículo 77º de la Ley, esto es, la desnaturalización del contrato de trabajo cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude.

4. Justificación del Período de Prueba.

La celebración de un Período de Prueba, es decir, aquel plazo por el cual tanto empleador como trabajador pueden extinguir el vínculo laboral en cualquier momento sin que ello implique incurrir en responsabilidad alguna, resulta en buena cuenta beneficioso para ambos. En efecto, por un lado el Período de Prueba permitirá al empleador tener la certeza de que el trabajador que contrate resultará apto para el servicio por el cual está siendo contratado. Por otro lado, el Período de Prueba permitirá al trabajador conocer la(s) tarea(s) que deberá desempeñar, de manera que podrá advertir si se siente capaz de efectuarla y, si por el trabajo realizado le conviene la remuneración acordada.

5. Formalidad para el Período de Prueba.

A diferencia de la legislación española, nuestra normatividad laboral no exige como requisito de validez del Período de Prueba, su manifestación expresa en el contrato de trabajo, por lo que no podríamos decir que estamos frente a un acto jurídico ad solemnitatem. En tal sentido, el Período de Prueba dependerá en buena cuenta de la forma que adopte el contrato de trabajo de que forme parte, es decir, será verbal si el contrato sea verbal y será escrito si el contrato sea escrito.

Sin embargo, ello no significa que la ausencia de un Período de Prueba pactado, verbal o escrito,

implique su inexistencia, toda vez que para estos casos será de aplicación el plazo previsto por la ley. Recordemos que la Ley como norma pública debe ser de obligatoria observancia y cumplimiento por las partes celebrantes del contrato de trabajo, por lo que ante cualquier omisión que se incurriera al momento de celebrarse el contrato, será de aplicación las normas previstas por la Ley.

6. Efectos del Período de Prueba.

a) En cuanto a su forma y duración, el Período de Prueba dependerá de la asumida para la celebración del contrato de trabajo y de la acordada por las partes, respectivamente, salvo los casos de ampliación del Período de Prueba que deberá constar por escrito y no podrá superar los seis meses o el año completo. Caso contrario, se estará a lo establecido por la ley.

b) Durante el Período de Prueba, el trabajador tiene los mismos derechos y obligaciones que un trabajador cuyo Período de Prueba ha transcurrido ya con éxito, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso.

   Este es un aspecto que en la práctica viene siendo confundido. La ley no establece distinción alguna entre un trabajador sujeto a Período de Prueba que uno que ya superó el Período de Prueba; por esta razón, el Período de Prueba no podrá ser justificación alguna para que el empleador no cumpla con sus obligaciones inherentes al contrato de trabajo, es decir, registrar a su trabajador en el libro de planillas, abonar el pago de sus beneficios sociales una vez superado el mes de labor, entre otros.

c) Durante la vigencia del Período de Prueba, el contrato puede ser resuelto por cualquiera de las partes.

   Conforme hemos señalado precedentemente, el Período de Prueba permitirá al empleador tener la certeza de que el trabajador que contrate resultará apto para el servicio por el cual está siendo contratado y viceversa, permitirá al trabajador conocer la(s) tarea(s) que deberá desempeñar, de manera que podrá advertir si se siente capaz de efectuarla y, si por el trabajo realizado le conviene la remuneración acordada.

   En este orden, tanto empleador como trabajador podrán resolver el contrato de trabajo mientras dure la vigencia del Período de Prueba.

d) Como consecuencia de la resolución del contrato de trabajo durante la vigencia del Período de Prueba, las partes no se deben entre sí indemnización alguna.

   Ello es una consecuencia intrínseca del Período de Prueba toda vez que las partes han considerado la inconveniencia de la relación de trabajo.

e) Si bien el Período de Prueba es característico del contrato de trabajo a plazo indefinido, cabe también fijarlo en los contratos a plazo fijo; incluso puede ocurrir que la vigencia del contrato de trabajo consuma todo el Período de Prueba.

   Esta es una práctica muy usual en nuestro medio. En efecto, muchas veces optamos por celebrar contratos de trabajo cuya vigencia es idéntica al Período de Prueba, esto es, tres meses, o seis o un año dependiendo del tipo de trabajador. Ello no es ilícito ni inválido.

f) Como consecuencia de lo anterior, el vencimiento del Período de Prueba sin que se haya formulado su denuncia por parte del empleador, no implica que el trabajador haya adquirido la condición de trabajador a plazo indeterminado.

g) Si bien la norma no establece sanción de nulidad frente a los casos de fraude o

simulación del Período de Prueba, el Reglamento establece que la los períodos superiores a los establecidos en la ley no surtirán efecto legal alguno.

h) Es posible la acumulación del período de prueba, salvo los casos establecidos por la Ley y el Reglamento.

7. Protección contra el Despido Arbitrario.

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral prescribe que al término del Período de Prueba el trabajador alcanza protección contra el despido arbitrario. Ello significa que, superado el período de prueba el trabajador no podrá ser despedido por causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada, la cual puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador, la cual deberá corresponder a la entidad empleadora dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar el despido.

Sin embargo, ello no impediría que la entidad empleadora pueda hacer uso del despido ad nutum ingresado de "contrabando" a nuestra normatividad laboral conforme así ha quedado establecido en el segundo párrafo del artículo 34º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. No obstante ello, es necesario recordar que ya el Tribunal Constitucional ha establecido de manera uniforme y reiterada que el despido aludido deviene en inconstitucional por cuanto vacía el contenido constitucional previsto en el artículo 27º de la Constitución Política de 1993, de manera que el Despido arbitrario o incluso el despido fraudulento constituyen actos inconstitucionales.

8. La antigüedad para efectos del récord de servicios.

Si bien este tema constituye un efecto del Período de Prueba, consideramos necesario citarlo de manera aparte debido a su importancia. Debido a que el Período de Prueba se encuentra dentro del contrato de trabajo, una vez vencido aquel sin que haya sido resuelto el contrato, el tiempo que el trabajador hubiese servido en calidad de prueba le será computado a su récord de servicios para todo efecto legal, no pudiendo ser excluido del récord de servicios del trabajador.

9. La extinción del Período de Prueba.

Respecto a la extinción del período de prueba, la doctrina sostiene que aquella está sujeta a un régimen excepcional. En efecto y conforme se ha señalado anteriormente, las partes en cualquier momento del Período de Prueba pueden resolver el contrato de trabajo, sin incurrir en responsabilidad; de manera que no será necesario esperar el vencimiento del plazo pactado para el Período de Prueba.

Ahora bien, la doctrina es unánime al señalar que los vínculos que se establecen entre el trabajador y su empleador durante el Período de Prueba son extremadamente frágiles. De esta manera, el empleador podrá dar término al contrato de trabajo durante la vigencia del Período de Prueba incluso por motivos extraños a ésta.

Sin embargo, como señala De Ferrari, "esto parece no estar conforme a las bases del orden jurídico, porque los derechos que derivan de los contratos deben ser respetados y el trabajador, por eso mismo, tiene el derecho a disfrutar de la totalidad del plazo que en cada profesión se considera necesario para demostrar si se tiene o no la eficiencia aducida" [4] .

En todo caso, quedará a criterio de las partes - trabajador y empleador - decidir la extinción del contrato de trabajo durante la vigencia del Período de trabajo para que se pronuncie dentro de los 10 días siguientes a la adopción de la medida.

Atentamente,
Enrique Guerrero González.

---

4. Ferrari, Francisco de. Derecho del Trabajo. Volumen II. 2ª Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires - Argentina, 1969.