

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE ESTUDIO DE DERECHO**



TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

**“LA FINALIDAD DEL PERIODO DE PRUEBA EN EL PERÚ Y LA NULIDAD DE
DESPIDO DE LA TRABAJADORA MOTIVADO EN EL EMBARAZO, EL NACIMIENTO
Y SUS CONSECUENCIAS O LA LACTANCIA DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA”**

Área de Investigación:

Derecho laboral

Autora:

Br. Villavicencio Acuña, Yessenia

Jurado Evaluador:

Presidente: Lozano Peralta, Raúl Yvan

Secretario: Sosaya Rodríguez, Liliana Regina

Vocal: Rojas Guanilo, María Cecilia

Asesor:

Espinola Otiniano, Diómedes Hernando

Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8962-5351>

TRUJILLO – PERÚ 2022

Fecha de sustentación: 2023/05/24

LA FINALIDAD DEL PERIODO DE PRUEBA EN EL PERÚ Y LA NULIDAD DE DESPIDO DE LA TRABAJADORA MOTIVADO EN EL EMBARAZO, EL NACIMIENTO Y SUS CONSECUENCIAS O LA LACTANCIA DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

INFORME DE ORIGINALIDAD

20%

INDICE DE SIMILITUD

22%

FUENTES DE INTERNET

4%

PUBLICACIONES

17%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	9%
2	tesis.pucp.edu.pe Fuente de Internet	5%
3	repositorio.ucv.edu.pe Fuente de Internet	2%
4	repositorio.unp.edu.pe Fuente de Internet	2%
5	cybertesis.unmsm.edu.pe Fuente de Internet	1%
6	vsip.info Fuente de Internet	1%
7	repositorio.upagu.edu.pe Fuente de Internet	1%

Excluir citas Activo

Excluir coincidencias < 1%

Excluir bibliografía Activo

Declaración de originalidad

Yo, Diómedes Hernando Espinola Otiniano, docente del Programa de Estudio de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego, asesor de la tesis de investigación titulada " **LA FINALIDAD DEL PERIODO DE PRUEBA EN EL PERÚ Y LA NULIDAD DE DESPIDO DE LA TRABAJADORA MOTIVADO EN EL EMBARAZO, EL NACIMIENTO Y SUS CONSECUENCIAS O LA LACTANCIA DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA**, autor **Br. Yessenia Villavicencio Acuña** , dejo constancia de lo siguiente: El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 20 %. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 10 de enero de 2023. He revisado con detalle dicho reporte y la tesis, y no se advierte indicios de plagio. Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las normas establecidas por la Universidad.

Trujillo, 07 de julio de 2023



Espinola Otiniano, Diómedes Hernando

DNI: 17917896

<https://orcid.org/0000-0002-8962-5351>



Villavicencio Acuña, Yessenia

DNI: 71768703

DEDICATORIA

La presente tesis está dedicada con amor, en primer lugar, a Dios, quien con su bendita luz y misericordia guio mi camino y me brindo las fuerzas para seguir adelante.

A mis padres Yolanda y Rosas, con quienes tengo una deuda de vida pendiente; y a mis hermanos, por celebrar cada logro mío como suyos.

A mi asesor, familiares y amigos, porque fueron ese engranaje necesario que me llevo hasta este Momento.

A mi hija Jhaely Caetana, porque ella es mi mayor ejemplo de lucha y valentía. Mi amor, siempre diré que fuiste tú quien me salvo de la vida.

Yessenia Villavicencio Acuña

AGRADECIMIENTO

Un especial agradecimiento a mi madre Yolanda y mi Hija Jhaely Caetana, a la primera por creer siempre en mí, y a la segunda por enseñarme el verdadero significado del amor.

RESUMEN

La presente investigación tuvo como objetivo general, determinar la desnaturalización de la finalidad del periodo de prueba en el Perú al haberse establecido la nulidad de despido de la trabajadora motivado en el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia durante el periodo de prueba. La investigación es de tipo cualitativo, enfocado en la descripción y análisis de los fundamentos por lo que se promulgó la Ley N° 31152. Para la presente investigación se utilizó el método inductivo, deductivo, analítico, sintético, y hermenéutico; como se señaló en líneas arriba, al estar enfocado de forma cualitativa, se ha tomado en cuenta la dogmática jurídica, y se realiza bajo el enfoque cualitativo.

En ese sentido, a través del análisis de la doctrina nacional y extranjera, aunado a la jurisprudencia nacional, se ha llegado a determinar que esta modificatoria al inciso e) del artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral, no resulta vulneratoria de los derechos del empleador, no contraviene a los derechos del empleador, ni vulnera la libertad contractual constitucionalmente protegida, sino por el contrario, coadyuva a la mejoría de las condiciones laborales de la mujer gestante, post parto y en periodo de lactancia, toda vez que le brinda la protección necesaria ante un despido nulo, proveniente de un acto discriminatorio.

Estando a lo expuesto, esta investigación desarrolla los fundamentos bajo los cuales no se está desnaturalizando el periodo de prueba por la modificatoria del inciso e) del artículo 29 la Ley de Productividad y Competitividad laboral, analizando la doctrina y la jurisprudencia actual y relevante para arribar a la respuesta del problema planteado.

Palabras claves: periodo de prueba, nulidad de despido, el despido.

ABSTRACT

The present investigation had as a general objective, to determine the denaturation of the purpose of the trial period in Peru, having established the nullity of dismissal of the worker motivated by pregnancy, birth and its consequences or lactation during the trial period. The research is of a qualitative type, focused on the description and analysis of the foundations for which Law No. 31152 was promulgated. For the present investigation, the inductive, deductive, analytical, synthetic, and hermeneutical method was used; As indicated in the lines above, since it is qualitatively focused, legal dogmatics have been taken into account, and it is carried out under a qualitative approach.

In that sense, through the analysis of national and foreign doctrine, together with national jurisprudence, it has been determined that this amendment to subparagraph e) of article 29 of the Single Ordered Text of Legislative Decree No. 728 - Productivity Law and Labor Competitiveness, it does not violate the rights of the employer, it does not contravene the rights of the employer, nor does it violate the constitutionally protected contractual freedom, but on the contrary, it contributes to the improvement of the working conditions of pregnant women, postpartum and in the lactation period, since it provides the necessary protection against a null dismissal, stemming from a discriminatory act.

Being exposed, this investigation develops the foundations under which the trial period is not being denatured by the amendment of subsection e) of article 29 of the Labor Productivity and Competitiveness Law, analyzing the current and relevant doctrine and jurisprudence to arrive to the answer to the problem.

Keywords: trial period, nullity of dismissal, dismissal

PRESENTACIÓN

Señores miembros del Jurado Evaluador de Tesis de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPAO

De mi grata consideración:

Yessenia Villavicencio Acuña, Bachiller en Derecho, dando cumplimiento a lo establecido en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego, tengo el honor de dirigirme a ustedes y poner a su disposición la tesis titulada: **«LA FINALIDAD DEL PERIODO DE PRUEBA EN EL PERÚ Y LA NULIDAD DE DESPIDO DE LA TRABAJADORA MOTIVADO EN EL EMBARAZO, EL NACIMIENTO Y SUS CONSECUENCIAS O LA LACTANCIA DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA»**.

En ese sentido, dejo a su total criterio la correspondiente evaluación del presente trabajo de investigación, esperando que el mismo reúna los requisitos necesarios para su oportuna aprobación y sustentación.

Es propicio expresarles mi estima y consideración, agradeciendo por anticipado su atención.

Trujillo, enero del 2023.

YESSENIA VILLAVICENCIO ACUÑA

Bachiller en Derecho

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
RESUMEN	iv
ABSTRACT	v
PRESENTACIÓN	vi
TABLA DE CONTENIDOS	vii
CAPÍTULO I	1
INTRODUCCIÓN	1
1.1. Problema de investigación:	1
1.2. Objetivos:	3
1.3. Justificación del estudio	3
CAPÍTULO II	5
MARCO DE REFERENCIA	5
2.1. Antecedentes del estudio	5
2.2. Marco teórico	14
SUBCAPÍTULO I	14
EL PERIODO DE PRUEBA	14
SUBCAPÍTULO II	24
EL DESPIDO	24
2.3. Marco conceptual	39
Despido nulo:	39
Despido arbitrario:	39
Despido incausado:	40
Periodo de prueba:	40
2.4. Sistema de hipótesis	40
CAPÍTULO III	42
METODOLOGÍA EMPLEADA	42

3.1. Tipo y nivel de investigación	42
3.2. Población y muestra de estudio.....	42
3.3. Diseño de investigación	42
3.4. Técnicas e instrumentos de investigación	42
3.5. Procesamiento y análisis de datos	43
CAPÍTULO IV.....	44
PRESENTACIÓN DE RESULTADOS.....	44
4.1. Análisis e interpretación de resultados	44
CAPÍTULO V:	59
DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	59
CONCLUSIONES.....	68
RECOMENDACIONES.....	70
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	72
ANEXOS.....	75

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1.1. Problema de investigación:

Tanto hombres como mujeres para la satisfacción de sus necesidades realizan actividades que les permitan obtener los ingresos para satisfacer las mismas. La realización de dichas actividades, muchas veces involucra un contrato de trabajo, los sujetos que intervienen el mismo son el empleador y el trabajador.

Con el discurrir del tiempo, la mujer se ha ido incorporando al mercado laboral y las normas jurídicas han acompañado este proceso, otorgándole una protección especial, esto queda en evidencia, toda vez que el artículo 23° de la Constitución Política del Perú, prescribe que la mujer que trabaja, integra el grupo especialmente protegido por el Estado. (Congreso, 1993)

La protección que se otorga a la mujer se sustenta en que ella gesta, alumbra y lacta, por lo que nuestra legislación le reconoce derechos como son el descanso pre y post natal, el permiso por lactancia, entre otros.

Teniendo en cuenta que el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) precisa que 7'209 000 mujeres son parte de la a Población Económicamente Activa (PEA), aunado a los resultados obtenidos en la Encuesta Nacional de Hogares, los que precisan que el número de mujeres que trabajan, ha aumentado en más del 23% en los últimos diez años; esto es, actualmente trabajan 6 millones 947 mil mujeres, mientras que en el año 2005 eran 5 637 000. Es este incremento de mujeres inmersas en el mundo laboral lo que nos impulsa a investigar cómo es que se desnaturaliza la finalidad del periodo de prueba, toda vez que con el fin de otorgarles protección especial durante el embarazo, el alumbramiento o la lactancia; no puede ser despedida durante el periodo de prueba, lo que conlleva a no observar la finalidad del periodo de prueba.

El periodo de prueba se encuentra regulado en el referido TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, específicamente en su artículo 10°, el cual prescribe tan solo el tiempo de duración del mismo, así como las prórrogas

máximas acorde a la tipología de trabajadores. Es la doctrina, la que desarrolla la finalidad del mismo, en ese sentido Guillermo Cabanellas precisa que el periodo de prueba “es común para las partes contratantes, asumiéndola como la condición expresa en el contrato de trabajo por la cual cada uno de los contratantes puede disolver el vínculo contractual sino está satisfecho, durante dicho lapso, con las prestaciones del otro contratante” (Cabanellas, 1963)

En este orden de ideas, la parte empleadora puede verificar las cualidades requeridas al trabajador, tanto cualitativa como cuantitativamente. De igual manera el trabajador puede verificar, las condiciones de trabajo y el clima laboral en el cual desarrollará la prestación personal del servicio, lo cual constituye la finalidad del periodo de prueba, lo que a decir de Cabanellas son las ventajas del periodo de prueba. (Cabanellas, 1963)

En abril del año 2021, se modificó el inciso e) del artículo 29 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, estableciéndose la nulidad del despido de la trabajadora, motivado en el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, incorporándose que dicha nulidad es aplicable también a la trabajadora durante el periodo de prueba.

De esta forma, lo que nos conduce a la realización de la presente investigación, es el hecho que si el empleador despide a una trabajadora (embarazada, que haya alumbrado o esté lactando), y ésta se encuentra en periodo de prueba, y el despido es nulo, siempre que no haya acreditado que tuvo causal distinta para el despido, lo que no permitiría cumplir la finalidad del periodo de prueba, siendo una suerte de obligación para el empleador, conservar una trabajadora que, de ser el caso, no se encuentra calificada y/o calificada para la prestación personal del servicio, forzando uno de los efectos del periodo de prueba, que es convertir el contrato de trabajo en definitivo. (Alonso, 1981), sin obviar que el contrato de trabajo en el cual se pacta el periodo de prueba, obedece a la autonomía de la voluntad de las partes, la cual resulta claramente vulnerada.

Cuando el legislador prevé la nulidad del despido durante el periodo de prueba, ha desconocido los supuestos acotados, lo cual motiva a realizar la presente investigación dogmática jurídica.

1.1.1. Enunciado del problema:

¿Se desnaturaliza el periodo de prueba en el Perú con la ley N° 31152 que establece la nulidad del despido de la trabajadora, motivado en el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia durante el periodo de prueba?

1.2. Objetivos:

1.2.1. Objetivo general:

Determinar si se desnaturaliza el periodo de prueba en el Perú con la ley N° 31152 que establece la nulidad del despido de la trabajadora, motivado en el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia durante el periodo de prueba.

1.2.2. Objetivos específicos:

- 1º. Determinar las ventajas e inconvenientes del periodo de prueba para los sujetos de la relación laboral.
- 2º. Explicar los fundamentos que prescribe la ley N° 31152 para establecer la nulidad del despido de la trabajadora motivado en el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia durante el periodo de prueba en el Perú.
- 3º. Precisar si se vulneran derechos del empleador al regular la nulidad de despido de la trabajadora motivado en el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia durante el periodo de prueba en el Perú.

1.3. Justificación del estudio

La presente investigación tiene por objetivo determinar si se desnaturaliza el periodo de prueba al haberse establecido la nulidad de despido de la trabajadora motivado en el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia durante el periodo de prueba., encontrando sustento en:

- Valor teórico, al constituir un aporte al desarrollo doctrinario sobre la naturaleza del periodo de prueba en el Perú toda vez que el legislador ha regulado la nulidad de despido de la trabajadora motivado en el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia durante el periodo de prueba, y de ser el caso determinar la vulneración a los beneficios que este irroga a los sujetos de la relación laboral al otorgarse esta temporalidad antes del perfeccionamiento del contrato de trabajo.
- Implicancia práctica, puesto que las conclusiones de la investigación aportarán en la formación de criterios de los operadores del derecho cuando intervengan en cuestiones vinculadas a la nulidad del despido de la trabajadora motivado en el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia en periodo de prueba, toda vez que la finalidad del periodo de prueba, otorga ventajas a los sujetos de la relación laboral.
- Relevancia social, toda vez que las conclusiones a las que se arribe, favorecerán a los sujetos de la relación laboral, permitiendo conocer la naturaleza del periodo de prueba de manera amplia y de ser el caso elaborar propuestas para evitar la vulneración de la naturaleza del periodo de prueba en el contrato de trabajo.

CAPÍTULO II

MARCO DE REFERENCIA

2.1. Antecedentes del estudio

2.1.1. Antecedentes nacionales

1. Tesis El perfeccionamiento de la regulación del periodo de prueba para la obtención de la estabilidad laboral en el Perú. Universidad César Vallejo. Perú, tesis para optar el título profesional de abogada. (Carrasco, 2020)

La investigadora arribó a las siguientes conclusiones:

- Se colige que el empleador puede extinguir la relación laboral en cualquier momento, sin tener la necesidad de acreditar las causas y sin ninguna responsabilidad, a los trabajadores que están dentro del período de prueba, quitándole la posibilidad de poder llegar a obtener una estabilidad laboral. En este sentido, la institución del periodo de prueba permite al empleador encontrar al colaborador más idóneo para su empresa, evitándole la onerosidad de una mala elección, no obstante, ello no implica que pueda desnaturalizar su objetivo tornándolo como un mecanismo de despido a voluntad. Por tanto, urge una modificación por adición del artículo 10 del Decreto Supremo. 003-97-TR, con la finalidad de que el período de prueba no se aplique a los trabajadores que ingresan a laborar mediante concurso público y que se encuentren inmersos estrictamente en el régimen laboral de la actividad privada, a fin de poder garantizar su derecho a la estabilidad laboral de entrada y de esa forma puedan contar con la seguridad jurídica de poder acceder y conservar un puesto de trabajo.

- Ha concluido verificando que los trabajadores que se encuentran dentro del período de prueba son vulnerables ante un despido arbitrario, sin ninguna protección por nuestro Marco Legal, donde queda evidenciado que se trasgreden derechos laborales, como es el derecho ante un despido arbitrario, que es lo que sucede en la mayor parte de los casos al iniciarse la relación laboral. En este sentido, ante una realidad que tiene como factor

común, la ausencia de una real y efectiva evaluación de la capacidad y adaptación al puesto de trabajo, se debería requerir al empleador justifique la razón del despido en período de prueba a través de test de evaluación. Por tanto, los empleadores deberán registrar al trabajador el periodo de prueba ante la autoridad administrativa de trabajo, además deberán implementar fichas de evaluación de acuerdo al cargo y puesto a desempeñar, que serán presentadas de ser requeridas por la autoridad.

- Según los resultados obtenidos en la aplicación del cuestionario dirigido a los abogados especialistas en derecho Laboral, se concluye que el hecho de que en nuestra legislación nacional no se establezca una definición clara ni formalidades para su aplicación hace que el período de prueba en la realidad sea entendido como una licencia para despedir donde incluso se vulneren derechos fundamentales del trabajador. En este sentido, se hace necesario establecer límites a la aplicación del período de prueba legal en los contratos sujetos a esta modalidad, con el fin de evitar excesos o fraude de la ley por parte del empleador, para lograr que más trabajadores puedan superar este período y obtener el derecho a la estabilidad laboral. De esta manera, se busca conseguir que exista una evaluación objetiva de las capacidades, habilidades, destrezas, así como de la experiencia del trabajador a fin de verificar si cumple o no con las exigencias que demanda un puesto de trabajo; y, que implícitamente motivaron su contratación (Carrasco, 2020).

2. Tesis El despido de una trabajadora gestante durante el periodo de prueba y la afectación de sus Derechos Constitucionales al Trabajo, a la Protección contra el Despido, a la Igualdad de Trato y a la no Discriminación, en el Perú. Universidad Nacional de Trujillo. Perú. Tesis para optar el título profesional de abogado. (Llanos, 2019)

El investigador arribó a las siguientes conclusiones:

- El despido de una trabajadora embarazada durante el periodo de prueba se puede advertir como una figura legal, siempre que se encuentre ligada a la existencia de una causa justa relacionada a la capacidad o conducta de la trabajadora, además debe ser probada mediante un debido procedimiento e

inmerso en un análisis fáctico (aplicación del principio de primacía de la realidad). Denotando que la decisión del empleador de desvincular a la trabajadora gestante obedeció a un criterio objetivo y legal.

- En el Perú, la norma constitucional deja abierta el criterio interpretativo para el órgano constitucional a fin de determinar el marco límite de protección en cuanto a la constitucionalidad a fin de determinar el marco límite de protección en cuanto a los derechos fundamentales relacionados al derecho a igualdad de trato y a la no discriminación por la condición de gestante de la trabajadora que atraviesa un periodo de prueba. Toda vez que no existe una norma taxativa.

- El Perú ha suscrito y ratificado la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de Derechos Humanos. Tratados protectores con rango supraconstitucional e internacional que forman parte de nuestro ordenamiento y son lineamientos de protección ante el despido de la trabajadora gestante, así como el Convenio 183 referido a la protección de la maternidad, por lo cual en el supuesto fáctico que un empleador logre desvincular laboralmente a una trabajadora gestante en periodo de prueba deberá probar la causa justa por la cual se propicia el despido, sin condicionar a la trabajadora que demuestre la comunicación de su embarazo a su empleador.

- El criterio de aplicación en los países de Colombia, Argentina, Costa Rica y España en los casos de despido contra una trabajadora gestante durante el periodo de prueba es la protección a la maternidad y se encuentra evidenciado a través de fallos judiciales de los países citados, donde se realiza un desarrollo promenorizado y holístico de todo el contexto en el que se logra producir el despido, logrando además establecer criterios y teorías contundentes que sirven para el reforzamiento del análisis e interpretación de la norma y amplía la jurisprudencia sobre el tema.

- Por el contrario, en nuestro país, el Tribunal Constitucional ha omitido su atención sobre el fondo interpretativo del despido de una trabajadora gestante que se encuentra en periodo de prueba (Llanos, 2019).

3. Tesis La regulación del periodo de prueba laboral y su influencia en el derecho a la estabilidad laboral en el Perú. Universidad Nacional de Piura. Tesis para optar el título profesional de abogado. (Valdiviezo, 2019)

El investigador arribó a las siguientes conclusiones:

- El periodo de prueba es un lapso de tiempo dentro del contrato de trabajo cuya finalidad principal es evaluar las aptitudes y capacidades profesionales y personales del trabajador en el puesto de trabajo.

- El derecho a la estabilidad laboral se sustenta en el principio de continuidad que a su vez proviene del derecho al trabajo protegido en nuestra constitución en los artículos 22° y 27°.

- La regulación actual del artículo 10° del D.S 003-97-TR, presenta graves insuficiencias que deben ser superadas para brindar una protección adecuada de los derechos laborales.

- El hecho de que en nuestra legislación nacional no se establezca una definición clara ni formalidades para su aplicación hace que el periodo de prueba en la realidad sea entendido como una licencia para despedir donde incluso se vulneren derechos fundamentales del trabajador.

- Resulta irrazonable que se pacten contratos modales cuya duración coincida con el periodo de prueba puesto que superar esto sería un triunfo pírrico.

- Se hace necesario establecer límites a la aplicación del periodo de prueba legal en los contratos sujetos a modalidad con el fin de evitar excesos o fraude de la ley por parte del empleador, para lograr que más trabajadores puedan superar este periodo y obtener el derecho a la estabilidad laboral.

- Ante una realidad que tiene como factor común, la ausencia de una real y efectiva evaluación de la capacidad y adaptación al puesto de trabajo, se

debería requerir al empleador justifique la razón del despido en periodo de prueba a través de test de evaluación.

- Se hace necesario que se reforme el actual tratamiento del periodo de prueba en nuestro país, pues se ha desnaturalizado su finalidad.

- La nueva tipología esbozada por el tribunal constitucional abona a la causalidad del despido en el periodo de prueba.

- La institución del periodo de prueba permite al empleador encontrar al colaborador más idóneo para su empresa, evitándole la onerosidad de una mala elección, no obstante, ello no implica que pueda desnaturalizar su objetivo tornándolo como un mecanismo de despido a voluntad. (Valdiviezo, 2019)

4. Tesis El periodo de prueba en el derecho laboral peruano: alcances, límites y consecuencias de su aplicación irregular. Pontificia Universidad Católica del Perú. Tesis para optar el grado académico de magister en derecho del trabajo y de la seguridad social. (Mas, 2018)

El investigador arribó a las siguientes conclusiones:

- El periodo de prueba es una institución del derecho laboral de notable trascendencia, a partir de su directa relación con la extinción de la relación laboral. Es aquella etapa inicial de la relación laboral con fines netamente evaluativos, que nace por iniciativa del empleador, quien reclamaba tener la posibilidad de reexaminar nuevamente si le convenía o no, continuar con la relación laboral que había iniciado. Lo que pretendía era saber si mas allá de ser un candidato con buena evaluación de conocimientos y solvente en una entrevista personal, podría reeditar en el terreno de los hechos sus aptitudes profesionales, su capacidad de adaptación y sus condiciones personales relacionadas con los objetivos y aspectos disciplinarios que persigue la empresa. En resumen, como lo refiere Pacheco Zerga, “la eficiencia de un trabajador no se mide por lo que dice que es, sino por lo que hace”

- Esta institución, como lo refrendan autores como Cabanellas o Rafael Caldera es una fase preliminar, de especial inestabilidad e índole experimental, donde las partes tienen tiempo para conocerse y ver si les conviene consolidar el contrato en forma definitiva, o alcanzar el objetivo de una mayor estabilidad (Montenegro Baca). Sino porque además como lo ratifica Litala, el empleador tiene la necesidad de una válvula de seguridad, que le permita obviar las consecuencias que se pueden derivar de una incauta contratación definitiva del prestador de servicios. Por ello, la prueba le resulta de gran utilidad, no sólo para poder apreciar al evaluado desde el punto de vista técnico, sino también moral y disciplinario.

- Las posiciones encontradas entre la doctrina y la jurisprudencia laboral del país, además de las diversas distorsiones sufridas a lo largo de nueve décadas de vigencia de esta institución, pasan por haberse apartado de la senda originaria de la institución. La de entender que nos encontramos frente a una institución de naturaleza evaluativa, que además se fundamenta jurídicamente en la necesidad que tuvo el empleador de conocer adecuadamente la idoneidad del trabajador antes de ingresarlo como trabajador permanente. Y en correlato con ese fundamento, la finalidad u objeto de la institución siempre fue que esa necesidad de conocimiento de la idoneidad se produzca a través de la prestación efectiva de servicios, en el terreno mismo de la relación laboral, lo que la doctrina española llama “la realización de las experiencias”.

- Al poner de relieve lo que es la verdadera esencia y finalidad de la institución del periodo de prueba, las diversas teorías, cada cual mas ingeniosa que la otra, pierden total consistencia. Aludir que el periodo de prueba puede extinguirse sin evaluación alguna porque hay aspectos subjetivos que no pueden medirse es uno de los argumentos que hoy sirven de apoyo para el abuso de derecho y el fraude. Frente a ello, existe autorizada doctrina (Martín Valverde) que descarta de plano esta posición señalando que todo aspecto a evaluar en el periodo de prueba es mensurable y que además, tampoco es un tema de relación fiduciaria (o de confianza), de ser así bastaría con adquirir los servicios de una persona que el empleador conoce por muchos años y al cual tiene suma confianza; sin

embargo, esto no le garantizaría su aptitud y adaptación en el puesto asignado. Se señaló también que el despido en periodo de prueba no es ad nutum, si no causalizado en el resultado negativo de las capacidades y por ello, debía presumirse implícitamente que todo acto extintivo en el periodo de prueba tenía esta causa. Posición que compartimos parcialmente, porque el despido en este periodo debe ser causalizado en la no superación de la evaluación respectiva, pero la presunción implícita de que todo acto extintivo siempre tendrá este móvil, no resiste el más mínimo contraste con la realidad.

- Estas posiciones disímiles en la doctrina y la jurisprudencia, generan consecuencias en el tratamiento regular de la institución en estudio, pero sobre todo generan grave perjuicio a las partes de la relación laboral. El trabajador que se ve perjudicado en la correcta aplicación de este periodo evaluativo que le genera una natural expectativa de acceder a un puesto de trabajo de manera permanente, con los consecuentes perjuicios en el ámbito personal y familiar. El empleador, quien frente a esta arraigada concepción de omnipotencia sin límites que considera tener en este periodo, termina cometiendo graves irregularidades en perjuicio de su contraparte y asumiendo sanciones de orden resarcitorio y también restitutorio.

- A partir del conocimiento de los verdaderos alcances que tiene esta institución, se hace necesario, frenar los excesos que se vienen generando a partir de su irregular aplicación. El primer límite de naturaleza general, acorde con lo estudiado, es que el periodo de prueba se extinga de modo regular, únicamente, a partir de una evaluación con resultado negativo. Que la causa para prescindir del trabajador a prueba, sea el resultado de su falta de aptitud y capacidad para adaptarse al puesto o la muestra de conductas de diverso orden, relacionados con el puesto de trabajo que no le generen convicción al empleador, en la búsqueda de un trabajador alineado con los objetivos que persigue la empresa. Este límite general de aplicación obligatoria y estricta, con intervención del Ministerio de Trabajo, permitirá erradicar el despido incausado en el periodo de prueba y atenuar los graves excesos de fraude a la ley y abuso de derecho que actualmente se ven facilitados por la ausencia de este requisito evaluativo. A eso se orienta este

límite general de causalizar el despido en el periodo de prueba. Pero causalizar en una sola dirección válida: la evaluación objetiva de la idoneidad del trabajador. Esta exigencia que solo aparece cuando se acusa al empleador de trato discriminatorio y vulnerador de derechos fundamentales se debe convertir en la regla. En una regla formal, y debidamente realizada, más no para escapar de las acusaciones graves que se le atribuyan eventualmente.

- Los demás límites de naturaleza más específica que pueden derivarse en la aplicación del periodo de prueba, serán precisamente, el trato discriminatorio y la vulneración de los derechos fundamentales, el fraude a la ley y el abuso de derecho, el despido incausado y el despido fraudulento. Límites que, al igual como venía ocurriendo con el trato discriminatorio y la vulneración de DDFF, también permitirán exigir al empleador que desvirtúe su inexistencia y acredite que la decisión extintiva fue el resultado de una evaluación negativa.

- Al margen de los límites señalados, que servirán para aplicar correctivos de diverso orden, todo empleador tendrá como regla general, (aun sin ser pasible de una queja o demanda), llevar a cabo de manera efectiva la evaluación del trabajador a prueba, con el formato respectivo que incluya los tres aspectos: aptitud, adaptación al puesto, aspecto personal relacionado con el trabajo (incluyendo el aspecto disciplinario) y la previsión del puntaje mínimo asignado. Esta información con los respectivos informes del jefe directo o de área, que respalde la medición, deberán ser conservados por el empleador y remitir una copia al Ministerio de trabajo, con un listado de todos los trabajadores en prueba durante el mes. Ello permitirá, incluso sin la presencia de alguna queja o demanda, que la autoridad administrativa de trabajo fiscalice este cumplimiento con la eventual asignación de la sanción pecuniaria respectiva sino cumple con emitir los formatos mensuales de evaluación del trabajador a prueba.

- Nuestra propuesta de causalizar el periodo de prueba, vía la emisión del formato de evaluación respectivo, nace del propio ordenamiento jurídico, a partir de la tipología de despido del TC, que proscribe por inconstitucional,

todo despido incausado. Dicha exigencia por su gravedad, se aplica a lo largo de toda la relación laboral, y el periodo de prueba, forma parte inicial de la misma. Se apoya también en la doctrina autorizada (Martín Valverde) que establece de forma sustentada, que el acto extintivo en el periodo de prueba es un despido, como modalidad específica de la facultad de desistimiento que tiene el empleador, pero como tal, tiene que ser causalizado en la evaluación negativa del trabajador. Nos respalda también los primeros atisbos en la jurisprudencia laboral y la incipiente doctrina nacional, que empiezan a tomar partido por la naturaleza evaluativa del periodo de prueba, que como señalamos, es la esencia de la institución y la premisa básica para exigir la causalización del despido en este periodo de evaluación. Por tanto, nuestra propuesta en este punto, no demanda una modificación legislativa, si no adecuada interpretación de la normativa vigente, el retorno a la esencia y finalidad de la institución y el apoyo complementario en el ordenamiento jurídico, aunado a una exigencia administrativa de la autoridad administrativa del trabajo.

- Nuestra propuesta de causalizar el despido en periodo de prueba, no pasa por imponer los mismos rigores formales de la etapa regular (post prueba) que ingrese a cuestionar la evaluación misma ni el modo de asignación de los puntajes. Nuestro objetivo es imponer un piso mínimo de procedibilidad a la decisión extintiva en el periodo de prueba. Un requisito sine quanon que frene las conductas irregulares que se sostienen precisamente en esta falta de una real exigencia evaluativa. A partir de ello, el empleador debe seguir conservando su margen de discrecionalidad en la evaluación, por ser el legítimo destinatario del elemento humano que habrá de elegir y responsable del destino funcional que habrá de tener su empresa. Ponerle cortapisas de todo orden a este mecanismo evaluativo, sería desnaturalizar la institución (etapa inestable, experimental, con fines evaluativos y de exención temporal de las formalidades y exigencias de un despido en la etapa regular) y convertirla en la etapa regular (post prueba) de la cual pidió ser exonerado temporalmente para hacer una adecuada verificación de capacidades y aptitudes del trabajador. Pero aclaramos de manera enfática, que ello no significa que quede exento del mecanismo sancionatorio si no cumple con

evaluar objetivamente como premisa básica, o si usa esa facultad de forma desviada cometiendo fraude, abuso de derecho y demás conductas irregulares que hemos revisado.

- Si los límites, general y específicos que se proponen son trasgredidos, deberán aplicarse las consecuencias que correspondan a dicho acto irregular. Dichas medidas pasan por las de orden restitutorio (reposición) y resarcitorio (indemnización por daños y perjuicios), dependiendo del tipo de irregularidad y la gravedad que alcance, en perjuicio de los intereses de la parte más vulnerable: el trabajador en prueba. Se contempla como parte de estas medidas, (que nacen de nuestra propuesta antes que de la jurisprudencia, donde es muy exiguo su tratamiento), el dar por superado, en determinado casos, el periodo de prueba y proseguir con el desarrollo de la relación laboral hasta su culminación si es un contrato temporal o de manera permanente si es una vinculación indeterminada, acorde con el tipo de contrato que voluntariamente firmaron las partes. Reiteramos que la vía de la sanción a las conductas irregulares, no puede servir para dar ventajas que no le corresponden al trabajador, como decretar su pase a indeterminado si ese vínculo laboral jamás fue acordado. Tampoco se podrá dar por superado la etapa evaluativa, si esta no fue cumplida objetivamente. Ello va en coherencia con los fines de defensa del periodo de prueba como instrumento de depuración y clasificación del elemento idóneo para la empresa. (Mas, 2018)

2.2. Marco teórico

SUBCAPÍTULO I EL PERIODO DE PRUEBA

1. Naturaleza jurídica

En cuanto a la naturaleza jurídica del periodo de prueba, desde el punto de vista de Haro Carranza, esta institución, en sus inicios se le entendió como un precontrato. Sin embargo, en el ámbito laboral, no se puede hablar de un

contrato previo al contrato definitivo de trabajo, ya que desde que se da por iniciado el vínculo laboral, todos los elementos sustanciales del contrato de trabajo se manifiestan plenamente, es por esta razón que el trabajador adquiere desde ese mismo instante la protección legal que la ley le confiere. Además, sostiene que esta institución es un contrato sujeto a condición, pues en este se suscribe de manera bilateral las condiciones en las que se llevará a cabo la ejecución del contrato de trabajo. La condición más importante es ejecutar la prestación, de manera que se oriente a los lineamientos en que se ejecutará el contrato definitivo. Se afirma que este plazo del periodo, es el mismo reservado a una condición resolutoria, una vez superado el periodo de prueba el trabajador adquiere automáticamente la protección de la ley.

La suscripción del contrato de trabajo tiene la vocación de permanencia, por lo tanto, se le otorga tal protección. En caso de que alguna de las partes considera que hay elementos suficientes para dar por terminado el contrato, la protección de la ley no lo alcanza, ya que este se extingue ipso facto. Pues el empleador es el único que puede decidir en reconducir o rescindir el contrato de trabajo durante el periodo de trabajo. En ese sentido, la tesis de la condición resolutoria para definir el carácter de dicho período, no sería aceptable en nuestra legislación.

Se considera a este periodo como el de consolidación sucesiva, pues tanto el empleador como el trabajador se han habituado al trabajo propuesto, esperando ambas partes poder perfeccionarlo en el plazo estipulado bilateralmente o el señalado por la Ley. Sin embargo, esto no es absolutamente cierto, pues la ley le otorga libertad absoluta al empleador, no solamente para emplear a un trabajador sino también para despedirlo dentro de dicho periodo, de donde resulta difícil poder otorgar validez a la referida tesis. (Haro, 2005)

2. Concepto

El periodo de prueba consiste en otorgar un tiempo determinado para que el empleador compruebe la idoneidad del trabajador, el que a su vez evaluará

si el trabajo satisface sus aspiraciones personales, se puede afirmar que este viene a constituir una convivencia en la que el trabajador y el empleador prueban y ensayan en la práctica, si la relación responde a sus expectativas o si satisface o no sus intereses.

En esa dirección Blancas Bustamante, sostiene que el periodo de prueba es una institución que hace posible que las partes que conforman la relación laboral se conozcan mutuamente, pero, sobre todo, valoren las condiciones generales, personales, profesionales en las que va a realizar el servicio, mucho antes de otorgar a la relación un grado de permanencia y seguridad. Si se presentara el caso, en que tanto el empleador como el trabajador no estén de acuerdo con los parámetros laborales de la otra, podrán dar por concluido el vínculo laboral sin considerar las formalidades señaladas en la normativa laboral. La característica particular y la consecuencia del periodo de prueba, es que, durante dicho periodo, las partes pueden culminar la relación de trabajo sin otra obligación adicional de la que normalmente se establece a los sujetos de la relación laboral para extinguir el vínculo contractual. Sin embargo, es importante señalar que, la forma escrita, junto con el cargo de recepción por parte de quien recibe la decisión, es el medio idóneo para que se demuestre la legalidad de término de la relación contractual, es decir, que la misma se produjo durante el periodo de prueba.

Por otro lado, la Dra. Luz Pacheco – Zerga señala que este tipo de relación laboral es una etapa de comprobación en ambas partes, porque por un lado tenemos al empleador, quien durante el periodo de prueba conocerá las aptitudes y actitudes con las que el trabajador se desenvuelve en el puesto para el que fue contratado; y por otro lado está el trabajador, quien evaluará si el trabajo en efecto va a satisfacer sus necesidades y si coincide con sus proyectos personales. Se hace hincapié en que durante este periodo ya se está comenzando la relación laboral, en donde el vínculo jurídico que se inició no se ve afectado o desvirtuado, esto porque durante el periodo de prueba, si bien ambas partes pueden resolver su vínculo contractual de manera libre, el trabajador tiene acceso a derechos desde el día uno en que inicia sus labores en el puesto de trabajo.

Esta etapa importa una transición hacia el perfeccionamiento del Contrato de Trabajo, ya que cuando finaliza este periodo de prueba, el trabajador recibe protección respecto del despido arbitrario o injustificado. Superada la etapa del periodo de prueba, en el supuesto de que el trabajador quiera renunciar, debe preavisar su decisión con treinta días de anticipación, y en el supuesto que el empleador resuelve despedir al trabajador, debe pagar indemnización, de lo contrario deberá acreditar las causas suficientes y necesarias que justifican su decisión, así como también cumplir el procedimiento que la ley contempla, entre otras cargas laborales que deberá cumplir, esto dependerá de la clase de despido. Recordemos que ninguna de estas obligaciones es exigible cuando decidan extinguir el periodo laboral dentro del período de prueba. Estas exigencias concuerdan con lo expresado por Oxal Avalos, cuando menciona que este es un periodo de inestabilidad laboral, donde el trabajador puede ser despedido en cualquier momento o renunciar al empleo, ante estos hechos el empleador no se encuentra obligado al pago de una indemnización por no haber motivado la decisión de cesarlo, por otra parte, el trabajador no se encuentra obligado a cumplir el plazo antes de desvincularse definitivamente del empleo.

Para Víctor Ferro Delgado, el periodo de prueba se considera principalmente como un derecho otorgado al empleador, para comprobar las capacidades, aptitudes y actitudes del trabajador que suscribe el contrato, de manera que pueda cumplir con las funciones que el contrato de trabajo estipule o crea conveniente. El objeto de este es que las partes se conozcan entre sí, de manera que, durante este lapso, el empleador evalúe que la persona contratada resulte ser idónea, antes de establecer el vínculo laboral con vocación de permanencia en el tiempo. El periodo de prueba que se contempla de forma general es de tres meses, e inicia el primer día de prestación de los servicios por parte del trabajador, Ferro, V. (2019). Si el empleador estima que el trabajador no cumple con las expectativas o no reúne las cualidades requeridas, puede prescindir de los servicios del trabajador.

En el supuesto, de superar el periodo de prueba, el trabajador recibe todos los derechos y la protección de las leyes contra el despido injustificado, es decir que la extinción del vínculo laboral requerirá de causa justa susceptible de ser demostrada con la documentación idónea, a riesgo de asumir el mandato legal de reposición o pago de una indemnización.

3. Regulación jurídica

El período de prueba encuentra su asidero legal en el artículo 10° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, estableciendo que la duración para el periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza la protección contra el despido arbitrario. Se infiere entonces que, en nuestra legislación laboral peruana, este lapso de tiempo no se puede considerar como un pacto de prueba, es decir, como un acuerdo que las partes puedan consensuar; ésta tiene plena validez sin importar si se ha estipulado de manera expresa, o si las partes han dejado constancia por escrito. Por tal razón, se puede invocar el periodo de prueba cuando se quiere terminar el vínculo laboral, sin esperar para ello alguna formalidad legal, es decir, el pago de indemnizaciones y preavisos. (Cáceres, 2012)

El plazo del periodo de prueba se relaciona directamente con su objeto. Podemos deducir que la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se permite ampliar el plazo, en atención a los posibles “periodos de adaptación”, el mismo que se amplía cuando:

- a) Las labores que se realizaran demandan de una mayor preparación.
- b) Cuando el periodo mínimo establecido por ley es insuficiente para calificar la adaptación al trabajo designado.
- c) Las labores a desarrollarse, dada su naturaleza necesita de mayor tiempo para evaluar al trabajador.
- d) El grado de responsabilidad a desempeñar exige una selección más cuidadosa.

La ampliación del plazo requiere de pacto expreso que debe constar por escrito, que se califica como ad solemnitatem, teniendo en cuenta que el derecho del trabajo tiene carácter tuitivo y la posición débil del trabajador para poder negociar las estipulaciones del contrato. El reglamento ha establecido que, en caso de pactar un periodo mayor al establecido, el exceso no surtirá efecto legal, dejando así evidenciado que los derechos laborales tienen naturaleza de irrenunciables, y que están debidamente respaldados por ley. El amparo contra el despido tiene como inicio el término del plazo máximo que ha establecido la ley, siendo estos:

- De seis meses para trabajadores calificados o de confianza.

- De un año para el personal de dirección.

Caso contrario, el plazo no se debe ampliar cuando se trata de personal que no tenga las cualidades o que no es de confianza o dirección, sin embargo, para cualquiera de los casos, se tiene en cuenta el plazo contando los periodos continuos como los intermitentes, aquellos que son cesados por suspensión o término del contrato y posterior reinserción del trabajador.

En el caso de los contratos modales, el lapso del periodo de prueba puede coincidir con el del contrato de trabajo, esto es, puede durar de tres meses a un año según la justificación del aumento del periodo de prueba. Debemos señalar que esta coincidencia de plazos no es ilegal ni contraria al derecho. Es importante señalar, que el término de la relación contractual ha de realizarse mientras el periodo de prueba mantenga su vigencia y no cuando se haya concluido el plazo. Si el empleador toma la decisión de despedir al trabajador y no tiene una razón o motivo debidamente justificado, y se haya vencido el periodo de prueba, éste se considerará como arbitrario.

Recordemos que el periodo de prueba fue instituido durante la presidencia del General Juan Velasco Alvarado, mediante el D.L 18471, que prescribió el derecho irrestricto a la estabilidad laboral, siempre que haya transcurrido

3 meses de iniciado la relación contractual. Posteriormente el D.L 22126 recogió lo indicado por el D.L 18471 mientras estuvo en vigencia y no alteró significativamente las faltas graves prescritas en él. Aportó en gran medida a las normas laborales, y amplió el tiempo a tres años y señaló que estos debían ser ininterrumpidos. Durante el gobierno de Alan García, se aprobó la Ley 24514, y limitó el periodo a tres meses, manteniendo en ésta ley las causas por las que el despido debía darse, las mismas que solo se limitaban a las que se originaban por faltas graves de conducta, pasando por alto el hecho de que la poca capacidad podría ser considerado para extinguir el vínculo laboral. Ya en los noventa, el gobierno de Fujimori, promovió la regulación más flexible del despido, mediante el Decreto Legislativo 728, que se conoció como Ley del Fomento al Empleo, que no alteró el periodo de prueba, que continuó siendo de tres meses. Además, determinó dispensas y dejó a consideración la ampliación de esta en específicas situaciones y señaló el porcentual máximo de personal que pudiera estar comprendido dentro del periodo de prueba. La LPCL, sigue manteniendo algunos de los criterios de la norma originaria, sin embargo, ha sufrido muchas modificaciones. (Pacheco-Zerga, 2008).

4. Exoneración del periodo de prueba

Las partes que suscriben el contrato de trabajo, gozan de plena libertad contractual, constituyéndose en depositarios de cuanto acontezca durante la secuela de la ejecución del contrato, incluyendo el periodo de prueba. Por esta razón se ha derogado el artículo 44° del D.L N°728, que enumeró de manera taxativa las causas de exoneración del periodo de prueba. El artículo derogado se refería a aquella que había sido estipulada expresamente por las partes contratantes. De ser el caso, las partes recuperan la iniciativa y libertad contractual para esgrimir que contrato de trabajo ha de perfeccionarse, sin tener que recurrir al trabajo probatorio legal previo, superando así la normatividad positiva, acto que es lícito y usual en los asuntos de trabajo. Es decir, es la voluntad de los otorgantes la que dispone la exoneración del periodo de prueba, que se presenta en algunos casos, por ejemplo, para contratar a personal extranjero, de los deportistas. Esta derogación ha permitido la existencia de un puente directo para la

contratación que resulta beneficiosa para el trabajador, toda vez que elimina los convencionalismos y da paso a una relación contractual directa y con protección al despido unilateral por parte del empleador.

5. El término del periodo de prueba y sus consecuencias

En el caso de ser contrario, es decir posponer el periodo de prueba legalmente prescrito en la ley o el estipulado por las partes, significa una reconducción tácita del contrato que otorga al trabajador el derecho a obtener la protección al despido arbitrario, siempre y cuando, el contrato de trabajo sea de duración indeterminada o especial, según sea el caso. En el artículo 27° de la Constitución vigente se emplea el término adecuada protección contra el despido arbitrario, que se contrapone al derecho de la estabilidad laboral empleados por el artículo 48° de la derogada Constitución de 1979, Ley N°25514 y D.L N°728 respectivamente que estuvo vigente hasta el 29 de julio de 1995.

Con relación al trabajador, la desvinculación es inmediata, con la reserva, de que superado el periodo de prueba el trabajador debe cumplir con notificar un preaviso, con un mínimo de treinta días a su empleador, de manera que se salvaguarde la garantía de la libertad de trabajo. Aquí es necesario precisar lo siguiente: Si se produce la resolución del contrato durante el periodo de prueba, este último queda suspendido en su cómputo, y de producirse un reingreso del trabajador, éste cómputo se reiniciará; *contrario sensu*, si el trabajador reingresa a un puesto de trabajo con características distintas – siendo que estas sean evidentemente distintas – se debe computar el periodo de prueba desde el inicio, o mismo aplica para los casos en que el reingreso se da luego de 3 años de haber cesado la relación laboral. Respecto del reingreso, Víctor Ferro Delgado (2019) señala que no es razonable volver a someter al periodo de prueba a un trabajador que, antes se lo ha contratado para labores similares o con características semejantes, esto porque ya ha probado sus capacidades y aptitudes para el puesto; distinto sería si el reingreso se da en un ámbito de relación contractual donde el trabajador va a ocupar un cargo totalmente distinto o con responsabilidades mayores a las anteriores, o éste reingreso se da luego

de un periodo prolongado, tal como la ley lo estipula con un mínimo de 3 años.

Si el contrato es modal, si es de duración determinada y una vez superado el periodo de prueba se equipará a respetar el plazo de vigencia del contrato inicial estipulado por las partes que componen la relación laboral este vencerá en el plazo que han convenido las partes, ya que el periodo de prueba forma parte del contrato mismo.

Al estar el trabajador protegido contra el despido abusivo al trabajador se le brinda la oportunidad de indemnización, salvo que este sea despido nulo, en el que si es procedente la reposición del trabajador despedido y del pago de las sumas caídas.

Actualmente, vencer el periodo de prueba no es ninguna garantía para el trabajador, pues el empleador, puede extinguir de pleno derecho el contrato de trabajo en vía de ejecución. Aplazar el periodo de prueba con una legislación tan poco protectora, carece de sentido para el trabajador.

El periodo de prueba no es limitado ni carece de fronteras: si las tiene, lo que le facilita al juzgador determinar si ha existido fraude a la ley, prolongando así, por ejemplo, el periodo de prueba o haciendo aparecer suspensiones que no han ocurrido realmente, evitando que el trabajador alcance el derecho-beneficio. De presentarse este supuesto el juzgador podrá recalificar el carácter del contrato dentro de este periodo para convertirlo en un contrato de duración indeterminada. A parte de estas limitaciones, contempladas en los artículos 40 y 41 de la LPT, ni los convenios colectivos de trabajo o los internos de trabajo han limitado el poder omnímodo que el empleador mantiene en esta parte inicial del contrato para ponerle termino. Finalmente, con la terminación del periodo de prueba se perfecciona definitivamente el contrato de trabajo.

6. Prolongación del periodo de prueba

Se sabe que el plazo del periodo de prueba es de tres meses, que deben ser continuos o alternos. De ser este el caso, las partes pueden de mutuo

acuerdo suspender la ejecución del contrato laboral como producto de una contingencia de un trabajador, por ejemplo: enfermedad, accidente de trabajo, alumbramiento, etc. Este lapso de tiempo se considerará “muerto” para fines de cálculo. Contario sensu, si el contrato de trabajo no ha sufrido ruptura alguna por parte del empleador y del trabajador durante el periodo de prueba, al término de este lo que ocurrirá es que el contrato se mantendrá incólume, produciéndose así el perfeccionamiento definitivo del contrato de trabajo y su real y efectiva conclusión. (Gómez, 2000)

7. Ventajas e inconvenientes

El periodo de prueba se estima conveniente tanto para el trabajador, como para el empleador. Para el empleador, porque puede conocer con exactitud la eficacia, la capacidad técnica y la disposición laboral del trabajador. Durante este periodo el empleador está en la capacidad de emitir un juicio de idoneidad sobre la capacidad del trabajador. De esa manera, el trabajo que se efectúe en el centro laboral durante este periodo pueda tutelar las exigencias productivas y limitar el propio riesgo.

Por otra parte, el trabajador obtiene un conocimiento exacto de sus obligaciones y de sus derechos, esto determinará las condiciones de su prestación y las exigencias que se le imponen. Durante este periodo se asegura que el empleador reúna los requisitos morales y económicos necesarios para garantizar que se cumpla la contraprestación remuneratoria, además de evaluar los riesgos relacionados al desenvolvimiento del trabajo y la onerosidad de las prestaciones requeridas por el empleador en relación a su capacidad física.

Este periodo facilita la convivencia y compenetración de las partes, para consolidar definitivamente el contrato, constituyendo así una medida de seguridad para las partes.

Este periodo resulta necesario por las obligaciones que contraen las partes, de manera que conocen sus condiciones personales y profesionales. La presencia del trabajador en el lugar donde llevará a cabo su trabajo, la

convivencia con el empleador y con los trabajadores, la prestación personal del servicio, la calidad del trabajo que se ejecuta y otros aspectos, imponen lo ineludible de un conocimiento tanto de la persona como de las condiciones de trabajo, objetivos que se logran durante el periodo de prueba. Otra de las ventajas del periodo de prueba es que se evita la posibilidad de frecuentes despidos. Una ventaja para el trabajador es que puede comprobar la proporción entre los servicios exigidos y la retribución concedida, en un supuesto desventajoso permite no ligarse por un contrato definitivo.

SUBCAPÍTULO II

EL DESPIDO

1. Definición

La definición del despido, desde un punto de vista estrictamente conceptual y teniendo en cuenta los preceptos del derecho laboral o del derecho del trabajo, como la terminación, culminación o extinción de la relación contractual gestada unilateralmente por el empleador, es decir, es la parte empleadora la que da origen a la ruptura o quebrantamiento del vínculo y la que tiene como consecuencia la finalización de la contratación laboral, por ende, del contrato de trabajo cualquiera sea su naturaleza (se trate de un contrato de trabajo sujeto a plazo indeterminado o indefinido o de contratos modales, conocidos como contratos a plazo fijo, temporales o determinados; o de un contrato en regulación de tiempo parcial). Tal acto origina el despido y que sea este justificado o no, es la decisión o voluntad del empleador. (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2011).

Víctor Ferro define el despido como el ejercicio de la potestad del que contrata, para finalizar la relación laboral con el contratado. Empero, esta capacidad se ejercerá solamente cuando medie causa justificada. Si bien es cierto esta facultad por parte del empleador extingue la relación laboral, el ordenamiento jurídico anticipa un mecanismo de remedio cuando esta facultad se realiza sin injerirse causas justificadas. (Ferro, 2019), lo que queda claramente reflejado en nuestra legislación

Así pues, Manuel Alonso García, define el despido como “acto unilateral de la voluntad del empresario, en virtud del cual, este decide poner fin a la relación de trabajo” (Manuel, 1981). En un sentido semejante, Alonso Olea, define el despido como “la resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario”. En esa misma dirección Rafael Caldera, remarca “la terminación por voluntad unilateral se llama despido cuando proviene del patrono”.

Según Plá Rodríguez, “el despido es un acto unilateral por el cual el empleador pone fin al contrato de trabajo. Por otro lado, Krotoschin, señala que “el despido es una declaración (acto jurídico) unilateral de una de las partes, dirigida a la otra y recibido (no: “aceptada”) por esta, que tiene por objeto la terminación del contrato”

Para Elmer Arce, el despido es un acto unilateral y recepticio, por parte del empleador que contiene su voluntad extintiva. Señala, además, que es un acto extintivo de aplicación individual y debe ser comunicado por escrito. El despido requiere de causa justa y continuar con el procedimiento prescrito en la Ley, la que le reconoce efectos inmediatos, con la cual se presume la validez del acto extintivo del empleador (Casación Laboral N.º 17663-2019). Es decir, demostrar la causa corresponde al empleador dentro del plazo judicial que el trabajador interponga para impugnar su despido.

Por otro lado, el despido es definido por Víctor, F (2019) como la decisión exclusiva del empleador, mediante el cual se da por terminada la relación contractual que existía con el trabajador; sin embargo, esta decisión debe estar debidamente justificada bajo los parámetros que la ley lo señala. Esto último es un mecanismo de estabilidad para el trabajador, dado que se encuentra frente al empleador en una desigualdad de armas, por lo cual la normativa ha determinado una serie de condiciones para que el despido se dé dentro de un ámbito legal y razonable. Con esto, se evitan actos de parcialidad y se evitan despidos injustificados.

Podemos afirmar entonces que el despido es una forma de extinguir la relación laboral, por parte del empleador. La Constitución Política del Perú, establece en los artículos 22 la protección y el fomento del empleo,

afirmando que el trabajo es un deber y un derecho, base del bienestar social y el medio para la realización de la persona. En el artículo 27 establece la protección del trabajador frente al despido arbitrario, otorgándole al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario. Es decir, la Constitución reconoce que el despido debe tener una causa y considera invalido el despido a voluntad del empleador, dejando al legislador elegir entre la reposición o la indemnización.

2. Escenario de aplicación

De acuerdo al artículo 22 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, para que el despido sea legal, se deben cumplir varios requisitos, y el primero de ellos es que las horas diarias laboradas sean mayores a las 4 horas. De igual manera prescribe que las causas pueden estar relacionadas con la capacidad o conducta del trabajador – cabe precisar que cuando sea el momento, deberá ser el empleador quien acredite que las causas para el despido fueron las adecuadas. De igual manera, el artículo 23° en delante de mismo cuerpo normativo, brinda unas pautas más específicas a tenerse en cuenta al momento de tomar la decisión de despedir a los trabajadores, y señala también las causales por las cuales el despido se considera como nulo. Así como la norma estipula las causales del despido, también señala que la misma debe realizarse mediante documento sustentatorio, esto con la finalidad de que el trabajador tenga derecho a realizar su descargo correspondiente dentro de un plazo de ley razonable.

La figura del despido se desenvuelve bajo los ámbitos claramente definidos constituidos en primer término en un ámbito de aplicación estrictamente legal o normativo que subsume su desarrollo a través del marco legislativo siendo las normas que lo desarrollan el Decreto Legislativo N°728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral- Decreto Supremo N° 003-97 TR y el Decreto Supremo N° 001-96 TR Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo. En segundo término, su ámbito de aplicación a partir del desarrollo de los fallos o sentencias del Tribunal Constitucional, que ha creado figuras adicionales a las legales referidas anteriormente, incrementándose las

clases de despidos en el ordenamiento jurídico concerniente a materia laboral. Se colige entonces, que el despido está regulado paralelamente por la legislación laboral como por el Tribunal Constitucional mediante sus fallos y sentencias, algunas de las cuales tienen el carácter de precedentes vinculantes. Esta suerte de interpretación en conjunto, otorgan al trabajador una estabilidad que le permite sentirse protegido ante la otra parte, quien tiene una mejor posición respecto del conocimiento de la ley, sus regulaciones y el manejo de la información.

La estabilidad de la que se hace mención en el párrafo anterior hace referencia a una protección mixta hacia el trabajador; es decir, por un lado, se tiene la protección que brinda la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y, por otro lado, está la interpretación que el Tribunal Constitucional pueda otorgar frente a la aplicación de la normativa. De igual manera, el despido se encuentra delimitada principal y primigeniamente por la Constitución peruana, donde en sus artículos 22° y 27° prescribe sobre la protección al trabajo y su protección ante un despido arbitrario; así como también procura impulsar el empleo, esto último siempre en aras del beneficio al trabajador. Este tipo de protección que brinda la Constitución está orientado al accionar del empleador, es decir, le entrega la potestad a este último de poder despedir a un trabajador siempre y cuando este tenga una causa justa y esté debidamente motivada, dejando de lado así lo que Jesús Miguel Chanamé Arriola, (2020) explica como despido *ad nutum*.

Un actuar distinto por parte del empleador (es decir, cuando su actuar implique una vulneración de los derechos laborales), trae como consecuencia una reparación que puede llegar a materializarse como una reposición o una indemnización, esto dependerá del conducto procesal que quiera accionar el trabajador para resarcir su derecho vulnerado.

3. Características del despido

Cuando se produce el despido extinguiendo así la relación laboral, fundada solamente en la voluntad unilateral del empleador, presenta, según Montoya Melgar, las siguientes características:

- Es un acto unilateral del empleador, pues su eficacia radica en la innecesaria e irrelevante voluntad del trabajador.
- Es un acto constitutivo, pues el empleador no solo propone el despido, lo realiza directamente.
- Es un acto recepticio, su eficacia depende de que la voluntad extintiva por parte del empleador, sea conocida por el destinatario, que es el trabajador.
- Es un acto que produce la extinción contractual, en cuanto cesan ad futurum los efectos del contrato.

4. Tipos de despido

Según el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional, considera que existen tres tipos de despido, que ameritan efectos restitutorios, es decir la readmisión en el empleo, que derivan de despidos arbitrarios o son readmisión de derechos fundamentales, tenemos los siguientes:

- **Despido Incausado:** Se presenta cuando se despide al trabajador de manera verbal o escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique. El despido incausado aparece por primera vez en la Sentencia recaída en el Expediente N°1124-2002-AA/TC.
- **Despido Fraudulento:** Se produce cuando “se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales, aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad”. Tiene por finalidad garantizar la plena vigencia de los artículos de la Constitución: artículo 22°, artículo 103°, artículo 139° inciso e. Lo que se busca proteger frente a este tipo de despido es la estabilidad laboral, entendida como el derecho que todo trabajador tiene a ser

despedido solamente por una causa justa y sin perjuicios causados para beneficio del empleador. Se alude a este tipo de despido en el Expediente N°415-987-AA/TC, 555-99/AA/TC y 150-200-AA/TC.

En el Expediente N°0628-2001-AA/TC (2002), aparece esta modalidad de despido, pues se pretendió presentar un supuesto de renuncia voluntaria, cuando en realidad no lo era, a este respecto el Tribunal consideró que “el derecho del trabajo no ha dejado de ser tuitivo conforme aparecen de las prescripciones contenidas en los artículos 22 y siguientes de la Carta Magna debido a la falta de equilibrio de las partes, que caracteriza a los contratos que regula el derecho civil. Por lo que sus lineamientos constitucionales, que forman parte de la gama de los derechos constitucionales, no pueden ser meramente literales o estáticos, sino efectivos y oportunos ante circunstancias en que se vislumbra con claridad el abuso del derecho en la subordinación funcional y económica”.

- **Despido Nulo:** Las causales para este tipo de despido originalmente estaban contemplados de forma exclusiva por la Ley de Productividad y competitividad laboral; no obstante, el Tribunal Constitucional realizó sendos pronunciamientos en los que señala que existen, a parte de los ya señalados, otras circunstancias bajo las cuales el trabajador también puede solicitar su reposición.

Se produce cuando, “se despide a un trabajador por su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales. Se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores (o por haber actuado en esa condición). Se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su sexo, raza, religión, opción política, etc. Se despide al trabajador por su estado de embarazo (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto). Se despide al trabajador por razones de ser portador de SIDA. Se despide al trabajador por razones de discapacidad. (artículo 29° de la PLCL).

Este tiene por objeto proteger los derechos previstos en el inciso 2°) del artículo 2°, inciso 1° del artículo 26° e inciso 1 ° del artículo 28 de la Constitución Política del Perú y del artículo 29° del Decreto Legislativo N° 728.

Con relación a este tipo de despido Jorge Toyama (2016) afirma: “ciertamente no son muchos los casos de despido nulo que llegan a conocimiento de la Corte Suprema porque vía recurso de casación no puede volver a apreciarse la valoración de una prueba -como anota la propia corte, empero hay determinados supuestos que son de competencia de la Corte Suprema en la medida que no se tomaron en cuenta determinadas pruebas o el tratamiento que se confirió a un determinado hecho no fue el que correspondía. Los supuestos de despido nulo, donde el trabajador puede optar entre la demanda de nulidad- reposición- o de indemnización, importan casos graves de afectación a derechos de los trabajadores, prácticamente se trata de despidos lesivos de derechos fundamentales y en algunos casos se aprecia una represalia por el ejercicio de derechos determinados.

El derecho a la libertad sindical no incluye una protección contra un despido que no tiene la característica de ser un despido en represalia, carácter indispensable para calificar a un despido de nulo, como se presenta en los casos por filiación a un sindicato. Como hemos mencionado líneas arriba, en caso de despido nulo el trabajador tiene dos posibilidades: la reposición o la indemnización, es importante aclarar que el trabajador no puede optar por las dos acciones citadas anteriormente. Para el caso concreto la indemnización se confiere cuando el despido se produce por las causales que la ley no prevé o cuando no se cumplen con los requisitos establecidos, por ejemplo: el despido siempre debe ser comunicado por escrito. De darse el caso, estamos ante un acto arbitrario del empleador. Al respecto la Casación N°339-99 de la Sala de Derecho Constitucional y social de la Corte Suprema, se manifiesta. “se debe considerar en general que todo

despido injustificado trae consigo un daño a la persona que lo sufre, por cuanto de un momento a otro, en forma intempestiva el trabajador deja de percibir su remuneración, razón por la que nuestra legislación laboral, ha establecido una tarifa indemnizatoria equivalente a un sueldo y medio por un año de servicio, con un tope máximo de doce remuneraciones”.

La indemnización por este tipo de despido está prevista en el artículo 38° de la LPCL, que equivale a una remuneración y media mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce remuneraciones. En cuanto al plazo para accionar, éste caduca a los 30 días de producido el hecho, tal como lo prescribe el artículo 36° de la LPCL. En el supuesto de que el trabajador firmara su liquidación de beneficios sociales, donde conste el pago de la indemnización por esta clase de despido, ya no será posible que demande nulidad de despido y por lo tanto pretenda ser repuesto en su puesto de trabajo, el hecho de haber firmado la liquidación de los beneficios sociales es la aceptación de la extinción de la relación laboral, optando el trabajador por este nivel de protección laboral de acuerdo a los lineamientos formulados por el Tribunal Constitucional. El TC, señala además que al cabo de la liquidación de los beneficios sociales o al firmar la liquidación y no conste el pago de indemnización por despido, no invalida la posibilidad de que el trabajador denuncie la reposición (como una acción de amparo o nulidad de despido) y devuelva el cobro de la liquidación de ser el caso, como lo menciona la sentencia recaída en el Expediente N° 3052-2009-PA/TC. (Toyama, 2015).

Según el Texto Único ordenado del Decreto Legislativo N°728

En este se determinó que el despido fundado en causas relacionadas con la conducta y capacidad del trabajador no da lugar a indemnización. En el artículo 34° del Texto Único Ordenado se menciona, que el despido es arbitrario por no expresar la causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tendrá derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38°, como la única reparación por el daño sufrido y podrá demandar de manera simultánea el pago de cualquier otro derecho o beneficio social

pendiente. En caso de despido nulo si se declara fundada la demanda el trabajador debe ser repuesto en su empleo, salvo que durante la ejecución de la sentencia opte por la indemnización, establecida en el artículo 38°. Inferimos entonces que en la legislación se reconocen dos tipos de despido, así tenemos:

- a) **El despido arbitrario**, que a su vez puede ser incausado, es decir, el empleador no motiva el despido y el injustificado que contiene un supuesto motivo, pero dicho motivo no logra probarse en proceso judicial. Se entiende por despido arbitrario, al despido del trabajador por parte del empleador que no invoca causa justa, es decir, cuando la causa alegada en la carta de despido no se ha probado en juicio, probado en el proceso este aspecto del despido, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización siempre que haya superado el periodo de prueba.

- b) **El despido nulo**, vulnerativo de los derechos principales del trabajador, es decir, la libertad sindical, la tutela jurisdiccional efectiva y a igualdad – todos estos derechos constitucionales. Para el perfeccionamiento de este tipo de despido, la carga probatoria no pesa exclusivamente por parte del empleador, ya que si bien él a la hora de realizar sus descargos debe probar que existieron fundamentos suficientes para el despido; por su parte el trabajador también debe argumentar de forma específica que su despido fue nulo. Esta necesidad parte de la siguiente idea: el despido, así como el motivo del mismo no son pasibles de deducción, es necesario probarlos; es por ello que en el artículo 23° de la Ley 29497 – Nueva Ley Procesal del Trabajo prescribe que la carga de la prueba corresponde a la parte que afirma los hechos que configuran su pretensión, lo mismo ocurre para quien contradice y alega nuevos hechos.

Dada las características y naturaleza de este despido, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral tiene parámetros específicos que, de probarse su aplicación, son considerados como nulos; estos son: El derecho a la libertad sindical, la tutela administrativa o judicial, la discriminación y la madre gestante. Todos los escenarios mencionados

se encuentran explícitamente contemplados en la Constitución, y dada la magnitud de lo que se está protegiendo, la legislación peruana le otorga al trabajador la potestad de poder solicitar una tutela restitutoria – reposición. Este remedio que se otorga, tiene un sustento básico: la estabilidad laboral del trabajador; esta es entendida como un estado de proyección, de continuidad, de durabilidad en el tiempo, que le permite al trabajador tener ciertas expectativas respecto a su proyecto de vida. Jorge Toyama (2016) hace la distinción entre dos tipos de estabilidad laboral:

- **Estabilidad laboral absoluta:** Es el término arbitrario del vínculo laboral, mediante el cual se usa el remedio de la reposición para resarcir el daño causado. Esta también es considerada como una “protección constitucional”.
- **Estabilidad laboral relativa:** En este tipo de estabilidad, si bien también se genera un despido arbitrario, el trabajador opta por la indemnización y no por la reposición a su puesto de trabajo. Este es un remedio netamente económico

Concluimos entonces que en la legislación laboral peruana se establecen dos tipos de despido: el despido nulo y el despido arbitrario (este tipo de despido cuenta con una sub clasificación: incausado e injustificado, distinción que fue hecha por el máximo intérprete de la Constitución); Y el despido fraudulento determinado también por el Tribunal Constitucional mediante jurisprudencia con observancia obligatoria. El tipo de despido determinará la vía mediante la cual el trabajador podrá solicitar la tutela del órgano jurisdiccional.

Estos despidos contrarios a la ley tienen una finalidad: la de perjudicar al trabajador y que este se mantenga en una constante inestabilidad, es por ello que la ley es muy clara al determinar las circunstancias bajo las cuales únicamente se puede tener un despido como válido. Muy aparte de las especificaciones que determina el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral en su

artículo 22° en adelante, hay una característica resaltante a tomar en consideración, y es la importancia de la comunicación escrita del despido a través de una carta. Esta formalidad parte de una necesidad de comunicar expresa y claramente los motivos y circunstancias bajo las que se realiza el despido, esto brinda un puente de comunicación entre el empleador y trabajador, lo que a su vez permite que este último conozca el motivo por el cual su vínculo laboral se rompe, y de esta forma pueda hacer su descargo correspondiente. La falta de una debida comunicación escrita implica un poca o inexistente defensa por parte del trabajador. Una interpretación distinta importaría una situación de indefensión para la parte afectada. Otro beneficio de este requisito, es que la falta que se le imputa al trabajador no sufra cambios en el tiempo mientras dure su proceso de descargo, esto porque el empleador tiene la obligación de indicar de forma precisa el motivo del despido, brindándole la seguridad al trabajador que, si él llegara a impugnar ese documento de manera interna a través de los conductos dentro de la empresa, o si decidiera ir al fuero jurisdiccional para aclarar su situación, el motivo por el cual fue despedido no sea transgredido en el tiempo, si sea usado para beneficio del empleador.

5. El despido y los derechos fundamentales en el ámbito laboral

En el ordenamiento jurídico peruano el despido que es arbitrario, se considera repulsivo, pues, el principio de razonabilidad que se expresa en el artículo 200° de la Constitución, no permite ni ampara la creación de normativa o actos arbitrarios. Por ello el principio de razonabilidad, que busca eliminar la arbitrariedad y alcanzar la justicia. El derecho ha impuesto a la institución del despido, es decir, ante la proclividad de la facultad de despedir, la exigencia de la causalidad. Es decir, en el momento de concluido el vínculo laboral sin la fundamentación debidamente justificada por Ley, el órgano jurisdiccional es competente para calificar el despido como justificado o injustificado. Teniendo estas consideraciones, el Decreto Legislativo 728, establece las situaciones que se consideran causa justa del despido. Se prescriben las causas relativas al trabajador y la merma de las facultades o inexperiencia, deficiencia en el rendimiento, que el trabajador se niegue a la

realización de exámenes médicos o cumplir medidas preventivas o curativas prescritas. Además, aluden las causas concernientes al trabajador y su conducta, como el cumplimiento del deber e indisciplina, la paralización imprevista de las labores, reducción intencional y reiterada del rendimiento, la falta de honradez, la trasgresión del compromiso de la buena fe laboral. La violación del secreto, la información falsa, la sustracción o utilización no autorizada de documentos, la competencia desleal, la trasgresión de los deberes de conducta, la violación grave, indisciplina, injuria o incumplimiento de palabra grave, el sabotaje, abandonar su puesto de trabajo, faltar al trabajo injustificadamente e impuntualidad frecuente, la sentencia condenatoria penal por delito doloso, la inhabilitación para el ejercicio de una actividad, etc.

Siendo así, un despido será justificado o injustificado, legal o arbitrario mientras que la voluntad de extinguir el vínculo laboral por parte del empleador, se lleve a cabo comunicando o no las causas o razones suficientes para la decisión, con el cumplimiento o incumplimiento de las formalidades procedimentales, con probanza o sin probanza de la causa en caso de que esta haya sido invocada. Dependerá del órgano jurisdiccional a la que recurra el trabajador, pudiendo ser esta ordinaria o constitucional y los alcances de la protección, sea esta de reposición o indemnización, y el alcance de los derechos vulnerados.

El Tribunal Constitucional ha determinado que frente al despido arbitrario, se contraponen el respeto al orden constitucional y señala las consecuencias que derivan de las acciones antes descritas: estima entonces que la extinción unilateral de la relación laboral, por parte del empleador, carece de efecto legal pues se ha producido la violación de los derechos fundamentales del trabajador, reconocidos en la Constitución y tratados relativos a la defensa y promoción de la defensa y protección de los derechos humanos. Entonces, el Tribunal encontrará afectada de nulidad toda aquella voluntad del empleador que restrinja, limite o disminuya o impida el goce de los derechos de uno o de más trabajadores. Por ello, el Tribunal, en virtud de la Constitución, dispone a favor del agraviado la tutela más amplia y efectiva,

rápida y posible restituyéndole al trabajador el goce integral efectivo y pleno del derecho amenazado, misma que se consigue mediante el cese del acto lesivo y privación de efecto legal alguno que por voluntad unilateral del empleador se quisiera consumir. (Tribunal Constitucional, 2022).

Con relación al despido injustificado, el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, se estableció que, con la entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 26636 estos despidos se conocen en la justicia laboral ordinaria. Por lo tanto, el trabajador, podrá elegir en sede judicial ordinaria laboral las siguientes formas de tutela:

Cuadro 1:

Despido Nulo	Despido Incausado	Despido fraudulento	Despido Arbitrario
Reposición y pago de remuneraciones devengadas	Reposición o indemnización	Reposición o indemnización	Indemnización

FUENTE: Ferro, V. (2019).

Cuando se carecen de pruebas, los diversos fallos judiciales, las tipifican como despido fraudulento y no simplemente como arbitrario, como corresponde, de manera que se ordena la reposición. Reafirmando así, que la jurisprudencia peruana se orienta a un modelo de estabilidad laboral absoluta. (Ferro, 2019).

Por otro lado, existe otro tipo de esquema, planteado por Chanamé (2020), en el que se grafica de manera muy didáctica las vías a las que puede recurrir el trabajador en caso de producirse un despido que vaya contra lo prescrito por ley:

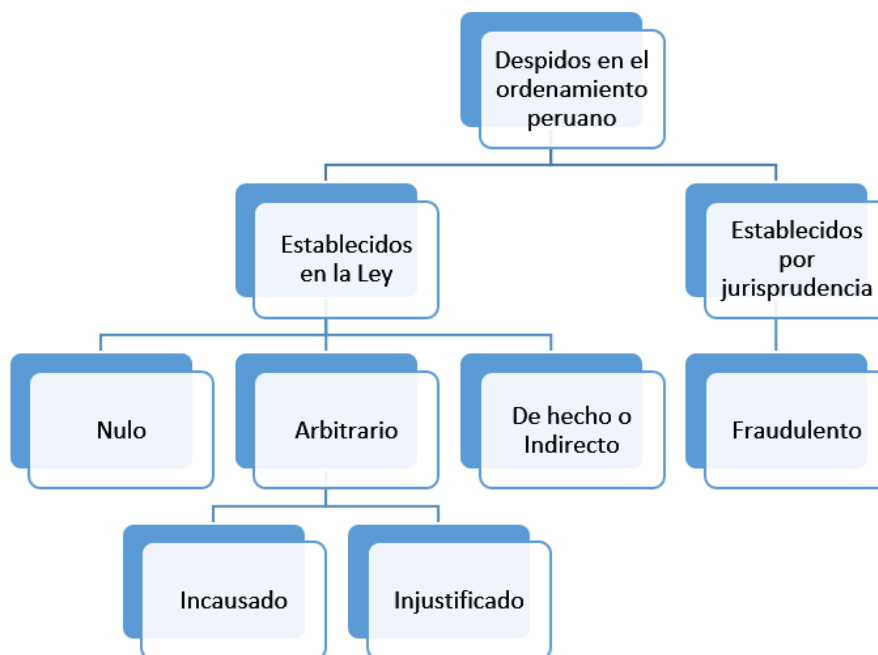
Cuadro 2:

Despido	Pretensión	Vía idónea
Incausado (artículo 34 del T.U.O del D.L 728)	Reposición (fundamento de la sentencia 1126-2001-AA)	Proceso laboral
	Indemnización	
Injustificado (artículo 34 del T.U.O del D.L 728)	Indemnización	Proceso laboral
Nulo (artículo 29 del T.U.O del D.L 728)	Reposición	Proceso laboral o Constitucional
	Indemnización	Proceso laboral
Fraudulento (STC. 976-2001-AA)	Reposición	Proceso laboral
	Indemnización	

Fuente: Chanamé (2020)

Del análisis de este cuadro se tiene que, el único tipo de despido por el cual no cabe una reposición es en el despido injustificado, esto porque la ley expresamente así lo señala. Por otro lado, en lo que concierne al caso del despido incausado – el mismo que se encuentra dentro del tipo de despido arbitrario – la ley ha sido clara al determinar como único derecho que le corresponde al trabajador, el pago de una indemnización; sin embargo, el Tribunal Constitucional realizó un análisis distinto y se determinó que en los casos donde se haya producido un despido de esta naturaleza, corresponde también una reposición si así lo considera el trabajador.

Cuadro 3:



Fuente: Chanamé (2020)

Tal como se puede observar del cuadro, estos tipos de despido tienen su matriz en el despido nulo, el despido arbitrario y el despido fraudulento – los dos primeros determinados por la ley y el último determinado por el máximo intérprete de la Constitución Política del Perú

6. Precisiones sobre la naturaleza del despido

El concepto del despido, desde el punto de vista de los autores, Rafael Caldera, Américo Plá y Krotochin coinciden en destacar el rol determinante que juega la voluntad unilateral del empleador en el despido, independientemente de la causa, sea ésta justificada o no o cualquiera que esta sea, resaltando el hecho de que este tiene como fuente la voluntad del empleador. La legislación laboral peruana, prohíbe el comportamiento arbitrario y abusivo del empleador, considerando que es este a quien le corresponde el poder absoluto de decidir el momento en que dará fin al contrato. Cuando las causas de la extinción de la relación laboral se basan

solo en la voluntad unilateral del empleador resulta fácil que se puedan ocultar terminaciones arbitrarias. Si es el empleador el que goza de la facultad de despedir unilateralmente, entonces el trabajador estará en un continuo grado de inseguridad y bajo el territorio del empleador se encontrará siempre rodeado de comportamientos arbitrarios y abusivos. Por ello son requisitos para el despido: la causa justa y el cumplimiento de los procedimientos. (Tovalino, 2014)

El quiebre unilateral de esta relación entre el empleador y el trabajador, pone al trabajador en una situación de vulnerabilidad, y no solo porque es decisión exclusiva del empleador dar por terminado su contrato, sino, porque desde una perspectiva legal, es este último quien tiene un mejor dominio de la información tanto legal como laboral en comparación con el trabajador. Es el empleador quien, sea cual sea la naturaleza de la empresa que maneja, está en mejor situación de conocer la normativa, pautas, reglas, y derechos de los trabajadores de una empresa, mientras que el trabajador está en desventaja frente a la facilidad de acceso que tiene el primero.

2.3. Marco conceptual

Despido nulo:

Entendido como el que tiene como causa la trasgresión de derechos fundamentales del trabajador reconocidos en la ley. Es un supuesto de despido ilegal cuya finalidad es resguardar el derecho a la estabilidad laboral – prescrito en la Constitución Política del Perú de manera general-, y plasmada de forma más específica en nuestra legislación se encuentra regulado en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Gaceta Jurídica, 2009, pág. 165).

Despido arbitrario:

El despido arbitrario se materializa cuando el empleador rompe el vínculo contractual sin haber realizado previamente el procedimiento prescrito por nuestro ordenamiento legal. Entonces, estamos ante este tipo de despido

cuando: se realiza sin haber expresado la causa del mismo, o de haberlo hecho, esta no se ha podido demostrar en el proceso. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2011)

Despido incausado:

El tribunal Constitucional establece que el despido incausado se origina cuando en empleador realiza el despido de forma escrita o verbal, sin que haya expresado la causa – procedente de su desenvolvimiento en el trabajo o propias – que fundamente su despido. Expediente N.º 2252-2003-AA/TC. Este es un sub-tipo de la rama del despido arbitrario.

Periodo de prueba:

Es la fase inicial del contrato laboral, en el cual las partes tienen libertad de rescindirlo. Esta etapa es una oportunidad tanto para el Empleador como para el trabajador; el primero tendrá ese tiempo para corroborar que las habilidades del trabajador son las adecuadas para el puesto al que fue contratado; mientras que el segundo tendrá ese periodo para analizar si el trabajo es lo que desea y si se ajusta a sus proyectos de vida, analizando el ambiente laboral y considerando todas las aristas para el perfeccionamiento del contrato.

2.4. Sistema de hipótesis

Como se ha precisado, la presente investigación se realizará bajo el enfoque cualitativo, razón por la cual no se formulan hipótesis.

2.4.1. Categorías de estudio: Categorización

Las investigaciones cualitativas no persiguen asignar un valor o medir variables, razón por la cual no precisamos variables ni las operacionalizamos, pero sí identificamos categorías y subcategorías de estudio:

Tabla 1

Categorías y subcategorías de estudio

Categorías de estudio	Subcategorías de estudio
El periodo de prueba	- Naturaleza jurídica
Nulidad de Despido	- Sujetos - Supuestos

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA EMPLEADA

3.1. Tipo y nivel de investigación

Tipo de investigación:

La investigación es de tipo básica pues busca incrementar el conocimiento preexistente sobre el periodo de prueba y la nulidad de despido de la trabajadora motivado en el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia durante el periodo de prueba en el Perú.

Nivel de investigación:

El nivel de investigación es descriptivo.

3.2. Población y muestra de estudio

La investigación es dogmática jurídica, y se realiza bajo el enfoque cualitativo, razones por las que no precisamos una población y muestra.

3.3. Diseño de investigación

De acuerdo a lo precisado por el maestro Sampieri Baptista et al, las investigaciones cualitativas no necesariamente cuentan con un diseño de investigación predeterminado, puesto que el mismo se viene determinando en el curso de la investigación.

3.4. Técnicas e instrumentos de investigación

Técnicas: Análisis documental.

Instrumentos: Ficha de registro de análisis.

3.5. Procesamiento y análisis de datos

- Descarga e imprime la normativa nacional e internacional sobre el periodo de prueba y la nulidad de despido de la mujer trabajadora que gesta, lacta o ha alumbrado, incluyendo artículos científicos.
- Clasificación de la información, acorde a las categorías de estudio.
- Obtención de resultado de investigación.
- Elaboración de conclusiones y recomendaciones.

3.6. Métodos de investigación

El presente trabajo de investigación ha sido elaborado aplicando los siguientes métodos: inductivo, deductivo, analítico, sintético, y hermenéutico.

- **Método inductivo:**

El método inductivo es una forma de razonar que inicia de lo particular a lo general y busca desarrollar teorías e hipótesis sobre un tema de estudio, al que, mediante evidencias arribará a un conocimiento nuevo.

- **Método deductivo:**

El método deductivo inicia de lo general a lo particular y busca probar teorías para entender las causas y consecuencias de un tema de estudio.

- **Método analítico:**

El método analítico es un procedimiento que consiste en desmembrar o descomponer un todo en distintas partes o elementos; y así poder comprender las causas, la naturaleza y los efectos del objeto en estudio.

- **Método sintético:**

El método sintético es un método de investigación que permite estructurar las ideas y los hechos del tema que se está estudiando para llegar a un resumen concreto. Del contenido de diversos libros, entrevistas, artículos, leyes, y demás información hallada, fue posible llegar a la síntesis.

- **Método hermenéutico:**

El método hermenéutico permite encontrar el sentido del objeto de estudio e interpretar las partes y el todo, para poder comprender el fenómeno.

CAPÍTULO IV

PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

4.1. Análisis e interpretación de resultados

4.1.1. Ventajas e inconvenientes del periodo de prueba para los sujetos de la relación laboral

El periodo de prueba se refiere a la etapa del comienzo de la relación laboral, durante él, tanto el empleador como el prestador tienen la capacidad de rescindir la relación laboral en cualquier momento, sin tener ninguna responsabilidad, lo que permite señalar sus aspectos ya sean estos positivos o negativos.

4.1.1.1. Para la parte empleadora

Respecto a las ventajas del periodo de prueba para la parte empleadora, Alonso Olea (2002) menciona que el establecimiento del periodo de prueba, fundamentalmente es favorable para el empleador, y establece que durante este periodo el empresario puede realizar las pruebas que considere pertinentes que le permitan constatar si el trabajador se encuentra motivado para realizar su labor, sus actitudes, si posee o no la capacidad de adaptarse a las normas, cómo responde si recibe órdenes, la diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, la relación que establece con sus superiores y sus colegas, su forma de trabajar en equipo, entre otros.

Concordando así con Guerrero (2012), quien afirma que durante este periodo el empleador podrá tener la certeza si el trabajador que va a contratar posee o no las cualidades para el servicio por el cual está siendo contratado.

Jara – Bautista (2021) también hace referencia al tiempo que posee el empleador, quien es la parte encargada de contratar, de evaluar las capacidades de competitividad y habilidades que posee el trabajador para definir si son aptas para el puesto que va a ocupar.

Como respaldo a estas ideas, Litterio (2000) afirma que dentro del periodo de prueba puede ser tomado como un test de utilidad, donde el empleador puede definir si las habilidades, cualidades o las destrezas del trabajador son aptas para el puesto que va a ocupar.

Mientras que, dentro de las desventajas, Jara – Bautista (2021) detalla que durante el periodo de prueba no existe una estabilidad laboral, y si bien es mucho más favorable para la parte empleadora y la decisión final recae sobre ella, también es sometida a una evaluación, por lo que es recíproca, y la parte trabajadora puede optar por la extinción de la relación laboral.

4.1.1.2. Para la parte trabajadora

Jara - Bautista (2021) menciona que los trabajadores poseen una situación laboral donde una de sus características más resaltantes es la fragilidad, y esto hace que su condición se vea agravada en esta etapa.

A pesar de ello, ellos también cuentan con ventajas dentro de esta etapa, lo que se puede comprobar con lo que menciona Pacheco (2008), ellos cuentan con derecho a los beneficios que establece nuestra legislación laboral, como, por ejemplo, pago de horas extras, la inscripción en la seguridad social, a la asignación familiar, al descanso semanal remunerado, a la compensación por tiempo de servicios, entre otros; los cuales están sujetos al cumplimiento de los requisitos que se hayan establecidos en cada caso.

Además, este periodo les permitirá realizar una autoevaluación de sus capacidades para desarrollar las tareas que le correspondan de acuerdo a la asignación, y si considera que la remuneración que va a percibir es adecuada por realizarlas (Guerrero, 2012).

De igual manera, Litterio (2000) señala que el trabajador dentro de este periodo puede experimentar tanto las ventajas como las desventajas del puesto que ocupa y las responsabilidades que este atañe.

Montoya (2005) brinda una perspectiva distinta al afirmar que el periodo de prueba le permite al trabajador demostrar sus capacidades y aptitudes en el ámbito profesional, así como su aclimatación a las tareas asignadas.

Jara-Bautista (2021) agrega que el trabajador podrá comprobar si el equilibrio que existe entre el servicio que presta y la remuneración establecida para comprobar si este se ajusta a sus expectativas.

Por su parte, Asquerino (2015), expone que una gran ventaja con la que cuentan los trabajadores viene a ser la temporalidad; es decir, que, si no se encontrara determinada en la ley la temporalidad del periodo de prueba, ellos se encontrarían indubitablemente frente a una situación de vulnerabilidad e indefensión.

Dentro de las desventajas para la parte trabajadora, se advierte que, el periodo de prueba representa la primera etapa de la relación laboral y que, dentro de esta, no existe una estabilidad laboral, ya que tanto el trabajador como el empleador se someten a una evaluación recíproca; sin embargo, es la parte empleadora quien asume el rol de máximo juez y posee la exclusividad de disponer si el contrato laboral va a continuar una vez finalizado este periodo (Jara – Bautista, 2021).

En la misma línea, se detalla que dentro de este periodo estamos frente a una expectativa, más no nos encontramos frente a una voluntad clara y contundente acerca del compromiso laboral, es decir, no existe una promesa de contratar, sino es como una posibilidad (Asquerino, 2015).

Se puede concluir entonces, que dentro del periodo de prueba, ambas partes de la relación laboral tienen que lidiar con distintas ventajas e inconvenientes, por lo que se puede afirmar que ambas partes van a conocer las aptitudes mutuas a fin de establecer la continuidad del contrato, ya que, durante este periodo, el trabajador demostrará sus capacidades y habilidades y el empleador establecerá una remuneración por ello; sin embargo, se encuentra en esta relación una desventaja hacia la parte trabajadora, es decir, que al final la decisión de establecer una estabilidad laboral hacia el trabajador, corresponderá únicamente al empleador, lo que nos lleva a otra ventaja de la parte trabajadora y es que, no se puede pactar que el periodo de prueba sea mayor del que establece la ley.

4.1.2. Fundamentos para establecer la nulidad de despido de la trabajadora motivado en el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia durante el periodo de prueba en el Perú

La madre trabajadora o gestante dentro de nuestra legislación, goza de una especial atención protectora otorgada por el Estado, debido a que se le concibe como un ente que genera vida y también quien se encarga de la formación de la familia, por lo que podría afirmarse que constituye la base de nuestra sociedad y que, por todo ello, la protección que le brinda nuestra legislación interna, a través de las normas tanto ordinarias como constitucionales, los tratados internacionales que se han ratificado y las leyes resultan de gran utilidad y más que todo necesarias ya que ella se hace merecedora de ello y así lo establece nuestra constitución, que a continuación se detallará con mayor precisión.

Es así, que dentro de las normas constitucionales resaltan tres artículos de vital importancia:

“Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

(...)

1. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.”

Conforme a ello, el Tribunal Constitucional realiza una precisión en la sentencia del expediente N° 0606-2004-AA/TC en la cual menciona que el derecho de igualdad posee dos dimensiones, una formal y otra material. En la primera se encuentra una imposición hacia el legislador de no realizar diferencias que no posean justificación alguna, y esta se extiende a la administración pública e inclusive a los órganos de la jurisdicción, es decir, que la ley no puede aplicarse de manera desigual frente a situaciones análogas.

“Artículo 23.- El Estado y el Trabajo

El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.”

En este artículo encontramos el fundamento constitucional de la protección dentro del ordenamiento peruano de la madre trabajadora.

“Artículo 26.- Principios que regulan la relación laboral

En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación”

En este artículo el Estado brinda una especial atención e importancia a la igualdad y no discriminación laboral, que si bien no se menciona de manera expresa una protección especial hacia la madre trabajadora, la no discriminación alcanza el supuesto de la condición del embarazo, ya que esta supone un tipo de discriminación.

De igual manera, el Perú en el año 2016 ratificó el Convenio 183 – Convenio sobre la protección de la maternidad de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Dentro de él encontramos estipulados derechos a favor de las madres trabajadoras, por ejemplo, dentro de su artículo N° 3 encontramos la protección de la salud; el cual prescribe que los estados deberán adoptar medidas necesarias destinadas a garantizar que las mujeres embarazadas o lactantes no sean obligadas a desempeñar un trabajo el cual haya sido catalogado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo.

El derecho de toda trabajadora con contar con una licencia de maternidad de por lo menos catorce (14) semanas, es otro derecho que ha sido desarrollado dentro de este convenio y el cual se encuentra dentro del artículo N° 4; se debe tomar en consideración que esta licencia debe incluir un periodo de seis semanas de licencia obligatoria después del parto, la cual tiene como finalidad la protección de la salud no solo de la madre sino también del recién nacido.

En el artículo N° 5 se encuentra el supuesto de complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o del parto, en este caso se deberá otorgar una licencia antes o después del periodo de licencia de maternidad; su duración será estipulada por la legislación nacional.

El derecho a las prestaciones también se encuentra regulado en este Convenio en su artículo N° 6; determinando así que las prestaciones pecuniarias deben ser proporcionadas a toda mujer que se encuentra ausente del trabajo en virtud de la licencia que se ha mencionado en los artículos anteriores, de acuerdo a la legislación nacional o en cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional. Y es en su inciso 8 donde se aborda en concreto a la madre trabajadora y se establece que las prestaciones relativas que se mencionan en los artículos N° 4 y 5 deben ser financiadas mediante un seguro social obligatorio, o en su defecto, con cargo a fondos públicos, o ya sea según lo determine la legislación y la práctica nacionales y esto tiene como finalidad la protección de las mujeres en el mercado de trabajo.

El Convenio se enfoca en la protección del empleo y en la no discriminación de la madre trabajadora, es así que en su artículo N° 8 encontramos una prohibición hacia el empleador y esta consiste en que no se puede despedir a una mujer embarazada o que se encuentre gozando de las licencias que se encuentran establecidas en los artículos N° 4 y 5 del Convenio; o ya sea después de haberse integrado al trabajo durante un periodo licencia por maternidad la legislación nacional plantea las excepciones de los motivos que no se encuentren vinculados ni con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. De la misma manera, se garantiza a la mujer el retorno al mismo puesto de trabajo, o en su defecto a otro como equivalente y con la misma remuneración al término de la licencia de maternidad.

En la misma línea, en su artículo N° 9 prescribe que los Estados están obligados a la adopción de medidas que garanticen que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo. Encontramos así otra

prohibición que se encuentra referida a la exigencia de una mujer que solicita un empleo sea sometida a un examen de embarazo o que presente un certificado del mismo; estableciendo también las excepciones a los trabajos que estén ya sea de manera total o parcial prohibidos para este grupo determinado o que puedan presentar un riesgo significativo para la salud de la mujer y de su hijo.

Este convenio también extiende su protección hacia las madres lactantes, quienes adquieren un especial reconocimiento el cual se ve evidenciado en el artículo N° 10 donde se encuentra establecido que toda mujer posee el derecho de, ya sea una o varias interrupciones por día o reducción diaria de la jornada laboral con el fin de la lactancia de su hijo, estas serán reguladas por la legislación nacional.

Entonces, con los artículos mencionados se puede evidenciar que la Organización Internacional Del Trabajo le brinda especial interés a la garantía de los derechos de las madres trabajadoras, esto con el objeto de evitar que la maternidad sea vista como una causal de discriminación en el ámbito laboral. Este Convenio junto al Convenio N° 156 – Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades, el cual el Perú ratificó en junio del año 1986 buscan evitar la discriminación en el ámbito laboral como consecuencia de las obligaciones familiares.

En el preámbulo del Convenio N° 156 se menciona que su realización se encuentra justificada en la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en la que los Estados parte reconocen que para que se logre una plena igualdad entre hombres y mujeres, el modificar el papel tradicional ya sea del hombre como es la mujer tanto en la sociedad como en la familia deviene en necesaria.

En el artículo N° 1 del Convenio N° 156 se encuentra que su aplicación es para los y las trabajadoras quienes cuentan con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, y respecto de otros miembros de su familia directa quienes necesiten su cuidado o sostén de manera evidente, cuando sus posibilidades de prepararse para la actividad económica de ingresar, participar y progresar en ella se vean limitados. También prescribe en su artículo N° 3 que con el

fin de una igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores y las trabajadoras, los Estados deberán incluir dentro de su política nacional el objetivo de permitir que las personas quienes tengan responsabilidades familiares que desempeñe o deseen desempeñar un empleo puedan ejercer su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación, y mientras sea posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

Finalmente se encuentra la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la cual fue ratificada por el Estado Peruano en junio del año 1982, esta estipula la responsabilidad de los Estados Parte en tomar las medidas necesarias que aseguren el pleno desarrollo de la mujer, teniendo la finalidad de poder garantizar el ejercicio y el goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

Su relación con la protección hacia la madre trabajadora se evidencia en el artículo N° 11 en su inciso 1, el cual prescribe la obligación de los estados parte de adoptar todas las medidas apropiadas para la eliminación de la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con la finalidad de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos. También en su inciso 2, establece que con el fin de impedir la discriminación contra la mujer ya sea por razones de matrimonio o maternidad y para poder asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Parte tomarán medidas adecuadas para la prohibición del despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil, la implantación de la licencia de maternidad con remuneración pagada o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales, el aliento al suministro de los servicios sociales que sirven de apoyo para permitir que los padres combinen las obligaciones que tienen con la familia con las responsabilidades del trabajo y la prestación de una protección especial hacia la mujer durante el periodo de gestación en los tipos de trabajos que se hayan probado que pueden resultar perjudiciales para ella.

En su artículo N° 15 también se encuentra la obligación de los Estados del reconocimiento de la mujer en igualdad con el hombre ante la ley, y le otorga la relevancia necesaria para participar en asuntos civiles, contractuales y para la administración de bienes, además de la igualdad con el hombre en todo proceso jurídico, además los estados parte quedan obligados a desconocer o tener como nulo cualquier contrato o instrumento privado con consecuencia jurídica que busque limitar la capacidad jurídica de la mujer.

Entonces, se puede concluir que esta Convención busca terminar con la discriminación contra la mujer en las diferentes esferas de la sociedad, y que le brinda la importancia necesaria al establecimiento de medidas con fin de garantizar que la maternidad no suponga un perjuicio en el acceso o en la conservación del empleo; también introduce la necesidad de contar con servicios sociales que les permitan combinar las obligaciones familiares y laborales a los padres; sin hacer diferencia entre el rol de cuidado, lo que se vuelve esencial al momento de buscar una igualdad.

Dentro del nivel legislativo nacional se encuentran las siguientes normas:

1) Sobre la gestación, descanso por maternidad y lactancia

a) Ley N° 28048 – Ley de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto

En esta ley y su reglamento establecen que el empleador tiene la obligación de identificar a sus trabajadoras que se encuentran en estado de gestación o periodo de lactancia para que realice una evaluación que determine si las labores que realizan representan un riesgo ya sea para ella o para su hijo.

En caso de que presente un riesgo, de ser compatible para la labor que realiza deberá aplicarse el trabajo remoto, y si no es compatible, debe otorgar licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior.

Estas normas se encuentran vinculadas con las disposiciones del Convenio 183 de la OIT, el cual es relativo a protección de la maternidad,

su respectivo cuidado a la salud tanto de la madre como su hijo y la licencia por maternidad correspondiente – siempre y cuando este se encuentre debidamente acreditada por documento idóneo y fehaciente.

b) Ley N° 27240 – Ley que otorga permiso por lactancia materna

La Ley N° 27240 prescribe que las madres que se encuentran en periodo de lactancia pueden disponer de una hora al día de permiso para dar de lactar a sus hijos (hasta que ellos cumplan un año de edad). Si fuera el caso de un parto múltiple, el permiso deberá incrementarse una hora más al día.

El Convenio 183 de la OIT en su artículo N° 10 regula el derecho que poseen las mujeres a, necesariamente, una interrupción diaria o a una reducción del tiempo diaria de la jornada laboral para la lactancia de su hijo, además, señala que estas interrupciones deberán ser fijados por la legislación nacional y estos periodos en los que la trabajadora está en uso de ese tiempo, no deben ser descontados del salario que percibe, sino que debe ser considerado como tiempo de trabajo.

c) Ley N° 29896 - Ley que establece la implementación de lactarios en las instituciones del sector público y del sector privado promoviendo la lactancia materna y su reglamento (Decreto Supremo N° 023-2021-MIMP)

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley N° 29896 se impone la implementación de lactarios en los centros de trabajo donde 20 o más de sus trabajadoras se encuentren en edad fértil, ya sea que estos pertenezcan al sector público o al sector privado.

Las usuarias del servicio lactario son aquellas trabajadoras quienes tengan hijas e hijos hasta, por lo menos, los dos años de edad (24 meses) en periodo de lactancia, sin importar el régimen laboral con la institución; por lo que se incluye también a las mujeres en periodo de lactancia que no cuentan con un vínculo laboral pero que prestan servicios en el centro de trabajo.

d) Ley N° 30367 – Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso

Esta es la modificatoria de la Ley N° 26644, en la cual extiende el descanso pre y post natal de las trabajadoras gestantes a 98 días (se extendieron 8 días a razón de un mejor cuidado y protección a la madre gestante y su hijo), disponiendo así que es la decisión de la trabajadora si tomarlo de manera diferida, de manera parcial o de manera total.

Esta Ley, también modificó el artículo N° 39 del Título Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 al calificar como nulo el despido por motivo del “embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al nacimiento”, y se extiende esta protección para las trabajadoras quienes se encuentren en periodo de prueba o con contratos a tiempo parcial.

2) Sobre las licencias

a) Ley N° 27409 – Ley que Otorga Licencia Laboral por Adopción

La Ley N° 27409 establece que el derecho a una licencia con goce de haber corresponde a un máximo de treinta días naturales durante un año calendario al trabajador peticionario de adopción, independientemente del número de los procedimientos administrativos o procesos judiciales de adopción que el trabajador inicie.

En el artículo N° 4 la ley prescribe que en caso los trabajadores peticionarios fueran cónyuges, la licencia será tomada por la mujer. Aquí se encuentra implícita que la responsabilidad familiar recae sobre ella, ya que es a ella a quien se le otorga la licencia.

3) Sobre las prestaciones económicas

a) Ley N° 26790 – Ley de Modernización de Seguridad Social en Salud y su reglamento (Decreto Supremo N° 009-97-SA)

La Ley N° 26790 en su artículo N° 12 señala que las afiliadas regulares en actividad que cumplan los requisitos que se establecen, tienen derecho a subsidios por maternidad y lactancia. El subsidio por maternidad es otorgado por un periodo de noventa días, y la madre es quien decidirá si lo distribuye en periodos inmediatamente anteriores o posteriores al parto, a condición de que durante esos periodos no realice trabajo remunerado.

El subsidio por lactancia se regula de acuerdo al reglamento, en el cual señala que este se otorga en dinero, y que tiene como finalidad colaborar con el cuidado del recién nacido, de acuerdo a las normas que fija ESSalud. Si fuera el caso de un parto múltiple, se va a reconocer un subsidio adicional por cada hijo.

En el Convenio 183 de la OIT, en su artículo N° 6 se encuentra estipulado este derecho, en el que se determina que estas prestaciones pecuniarias en virtud de la licencia deben ser suficientes para llegar a cubrir las necesidades básicas de la madre y su hijo.

4) Sobre la protección del empleo y la no discriminación

a) Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral

En el artículo N° 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 encontramos que el empleador no puede despedir a una mujer en estado de gestación si no se acredita una causa justa y debidamente fundamentada, y que en caso de no existir una, se presume que fue la del embarazo, por lo que el despido deviene en nulo.

A modo de conclusión de todo lo analizado, se tiene que los fundamentos que determinan la protección de la mujer durante el embarazo se encuentran tanto dentro de la Constitución, en los artículos 2, 23 y 26, los mismos que prescriben sobre la igualdad ante la ley, la protección a la madre

trabajadora y a los principios que regulan la relación laboral y la no discriminación, respectivamente; así también, otro de los fundamentos está determinado por los convenios ratificados por el Estado peruano en los convenios de la OIT, de manera específica en el convenio 183 – Convenio sobre la protección de la maternidad – y el convenio 156 – Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, quedando así demostrado que la protección hacia la madre gestante es esencial y que el Estado en su rol protector no la puede desamparar, es por ello que se le atribuye una serie de derechos, sobre todo que giran en torno a la no discriminación laboral y que vayan de la mano con la estabilidad laboral que ella necesita. De igual manera, la normativa nacional prescribe de manera más específica estos fundamentos, y se puede evidenciar a través de las siguientes leyes : a) Ley N° 28048 – Ley de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto; b) Ley N° 27240 – Ley que otorga permiso por lactancia materna; c) Ley N° 29896 - Ley que establece la implementación de lactarios en las instituciones del sector público y del sector privado promoviendo la lactancia materna y su reglamento (Decreto Supremo N° 023-2021-MIMP); d) Ley N° 30367 – Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso; e) Ley N° 27409 – Ley que Otorga Licencia Laboral por Adopción; f) Ley N° 26790 – Ley de Modernización de Seguridad Social en Salud y su reglamento (Decreto Supremo N° 009-97-SA); g) Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Está necesidad de legislar sobre el despido de la trabajadora gestantes, emana del espíritu constitucional de la no discriminación, e incluso se evidencia a nivel internacional, a través de los Convenios de los que forma parte el Estado peruano, que buscan equiparar las oportunidades tanto del hombre como la mujer, teniendo en consideración que la maternidad es un adicional que durante años se tomó como una causal para discriminar a la mujer.

4.1.3. Existe o no vulneración de derechos al empleador al regular la nulidad de despido de la trabajadora motivado en el embarazo, el nacimiento y

sus consecuencias o la lactancia durante el periodo de prueba, en el Perú.

A propósito de la modificación del inciso e) del artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Castillo A. (2021), señala que, con esta modificatoria a la norma laboral vigente, aunque no exista una estabilidad en este estadio de la relación contractual, sí se protege a la madre durante el embarazo, nacimiento y sus consecuencias, así como la lactancia; esto porque la desvinculación laboral no podrá basarse en los presupuestos ya mencionados, y de ser así, no solo contravendría lo señalado por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, sino que también estaría vulnerando derechos protegidos por la constitución. Así también, Castillo agrega que, esta modificación de la norma no deja desprotegido al empleador, toda vez que, la trabajadora aún puede ser despedida si es por una causa justa y regulada por ley o si no tenía conocimiento del embarazo previamente al despido. Lo que significa que, los motivos por los que la trabajadora es despedida deben obedecer a argumentos razonables y no discriminatorios, respetando tanto los derechos laborales de la trabajadora como del empleador.

El autor Alejandro Sánchez Cabanillas, en una reseña que realizó para la Cámara de Comercio de la Libertad (2021), resalta que, en los casos en los que no sea posible, por parte del empleador, acreditar un despido justificado a una madre trabajadora en periodo de gestación, nacimiento o sus consecuencias y lactancia, se tendrá el despido como injustificado y se lo considerará como nulo. Agrega, además, que es nulo este tipo de despido porque contravienen a los derechos protegidos no solo en el ámbito laboral, sino también derechos constitucionales como la discriminación.

Por su parte, Roel, L (2021), congresista electo, señaló que esta protección a la mujer frente a la discriminación por maternidad ya tiene un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, en las que a través de sendas sentencias, han procurado siempre la protección de la madre en etapa de gestación, nacimiento o sus consecuencias y la lactancia; así mismo, una normativa *supra* como la contenida en el Convenio 183 de la

Organización Internacional de Trabajo – ratificada por el Perú en marzo del 2015, cuenta con un cuerpo normativo que se encarga de proteger al embarazo y la lactancia frente a un despido nulo o arbitrario. El congresista afirma que su proyecto de ley deviene en bien porque se ocupa de un vacío legal que existía en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, en el que se dejaba en total estado de indefensión a la madre trabajadora gestante que se encontraba en periodo de prueba. Agrega además que ésta modificatoria garantiza los derechos constitucionalmente protegidos para los grupos vulnerables, como es el caso de las mujeres gestantes.

Por otro lado, se tiene el comentario realizado por De la Torre, D. (2021), en el que señala que esa modificatoria alcanza no solamente a la mujer embarazada que se encuentre en periodo de prueba, sino también, protege a aquellas que se encuentran en el régimen de tiempo parcial de cuatro o menos horas diarias. Esto, significa que incluso durante el periodo de prueba, para el despido de una mujer en periodo de embarazo, nacimiento y sus consecuencias y lactancia, debe existir un motivo justo y razonable para que el despido no se considere como un acto de discriminación y tenga como consecuencia su nulidad; y si se diera el caso de la nulidad, la norma establece que corresponde la reposición y el pago de las remuneraciones que se devenguen.

Así también, en el artículo emitido por SUNAFIL (2022), otorga alcances acerca del despido de una mujer embarazada por su condición durante el periodo de prueba (los cuales abarcan desde los 3 meses, 6 meses y 12 meses, los dos últimos son para puestos de confianza y de dirección, respectivamente), la misma que deviene en nulo y se puede solicitar tanto la reposición o la indemnización.

Por otro lado, se tiene que, para el caso en que la trabajadora sea la que demande el despido por su condición de embarazo, nacimiento y sus consecuencias o lactancia, le corresponde a ella probar que el empleador fue debidamente notificado sobre su condición previamente al despido, y por su parte, el empleador deberá acreditar que el despido se produjo bajo los

parámetros de la ley y bajo circunstancias que son diferentes a las de discriminación por la condición de la mujer gestante. El peruano (2021).

Estando a todo lo señalado, se puede concluir que se llegó a demostrar, a la luz de la legislación peruana que, esta modificatoria al inciso e) del artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral no es vulneratoria a los derechos del empleador al regularse la nulidad de despido de la trabajadora motivado en el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia durante el periodo de prueba, esto porque a todas luces, esta modificatoria llena ese vacío que aún quedaba respecto a las madres trabajadoras durante el periodo de prueba, ese momento de la relación contractual en donde no existe una estabilidad laboral y el empleador tiene la ventaja de decisión en la mayoría de los casos. Aunado a ello está la búsqueda de la eliminación de la discriminación por parte del Estado Peruano, lo que trae consigo que se implementen normativas que salvaguarden los derechos constitucionales y supranacionales de las madres trabajadoras y no sean víctimas de la discriminación por su condición.

CAPÍTULO V:

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

1. Discusión respecto a las ventajas e inconvenientes del periodo de prueba para los sujetos de la relación laboral

Durante el periodo de prueba se encuentran tanto ventajas como inconvenientes para ambos sujetos que conforman la relación laboral.

Para la parte empleadora, este periodo servirá para que realice una evaluación acerca del trabajador, de sus capacidades, habilidades y destrezas, lo que le permitirá tomar una decisión, si el trabajador será contratado de forma permanente; sin embargo, la parte trabajadora también cuenta con el derecho a extinguir la relación laboral una vez superado este periodo. De igual manera Jara – Bautista (2021) menciona que los trabajadores se encuentran frente a una situación laboral que se caracteriza

por su fragilidad, por lo que su condición de ser la parte más vulnerable se ve más agravada.

La parte trabajadora, por otro lado, es aquella que aprovecha este tiempo en demostrar sus habilidades, capacidades y aptitudes para desempeñar el cargo que se le ha asignado, así mismo de comprobar si el equilibrio entre el servicio prestado y la remuneración brindada se ajusta a sus necesidades. Y, pese a ello, no poseen una estabilidad laboral ya que no se está frente a una voluntad directa acerca del compromiso laboral o la contratación, sino que, más bien, se encuentra ante una expectativa y es una decisión que tomará la parte empleadora. De igual manera, el empleador no puede excederse del límite máximo que prevé nuestra legislación para el periodo de prueba.

Ahora bien, bajo este supuesto de desigualdad existente entre el empleador y el trabajador, cuando exista duda sobre los motivos del despido de la trabajadora embarazada, corresponde al primer acreditar que esta decisión se ha debido a parámetros de evaluación que han aplicado para la determinación del cumplimiento de sus funciones, lo que conllevaría a la necesaria acreditación física o digital de dicha evaluación; y si no fuera posible la presentación de la “documentación de evaluación”, se debe al menos presentar algún correo, memorándum o instrumento que brinde la certeza que la trabajadora gestante, no tiene los requisitos mínimos para el puesto al que fue asignada, y su retiro del cargo no corresponde a su condición, sino, a su eficiencia y eficacia para el puesto contratado. De lo contrario, correspondería la nulidad del despido y como consecuencia la inmediata reposición de la trabajadora a su centro de labores; corresponde a la trabajadora su derecho de accionar en la vía jurisdiccional su reclamo de reposición.

Los inconvenientes del periodo de prueba para el trabajador es que la decisión de terminar con la relación contractual es principalmente por parte del empleador, y es él quien determina si las aptitudes y actitudes el trabajador son las mínimas requeridas para el puesto, de igual forma analiza el desenvolvimiento de este ante las diversas situaciones que se presentan

en la cotidianidad del trabajo. Sin embargo, para el empleador también pueden existir desventajas a la hora de establecerse el periodo de prueba; aun cuando es menor probable, el trabajador también puede (de manera unilateral) decidir no continuar trabajando y decide dar por finalizada la relación contractual, ocasionando así, un posible desbalance o menoscabo en el empleador, dado que la ley no regula un plazo mínimo en el periodo de prueba para la comunicación previa de la terminación de la relación contractual; por lo que, incluso cuando es el empleador quien en la mayoría de los casos tiene la decisión final sobre la continuidad del contrato, el trabajador también puede decidir la duración de la misma.

Por otro lado, respecto de las ventajas que tiene un trabajador en este momento de la relación laboral, es la de probar ante el empleador las aptitudes y actitudes que tiene en el ámbito laboral, así también podrá demostrar la capacidad que tiene a la hora de realizar las diversas tareas que se le asigne. En esa misma línea, esta es la oportunidad del trabajador para sopesar si, en efecto, la remuneración que percibe como contraprestación por su servicio brindado está de acorde con las responsabilidades que tiene en el trabajo; si bien a simple vista puede interpretarse que esta temporalidad en el periodo de prueba no trae ningún beneficio para el trabajador y solo es una forma de aprovechamiento de la clase empleadora, es justamente gracias a esta regulación normativa sobre el periodo de prueba que permite mantener a raya el detrimento a los derechos laborales que salvaguardan a las trabajadoras. Queda claro, entonces, que, aun cuando esta normativa sobre el periodo de prueba no brinda una estabilidad laboral permanente entre el contratado y el empleador, sí genera una expectativa de un trabajo a futuro, con todos los beneficios de ley y, sobre todo, si al final de este periodo no se llega a perfeccionar la relación contractual, sean por las causas justas y motivadas, dejando de lado las arbitrariedades.

2. Discusión respecto a los fundamentos que prescribe la ley N° 31152 para establecer la nulidad del despido de la trabajadora motivado en el

embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia durante el periodo de prueba en el Perú.

Ahora bien, respecto a la ley desarrollada, aprobada y promulgada que se encarga de resguardar a la mujer trabajadora durante la etapa del embarazo, el nacimiento y sus consecuencias, tiene su origen en un ámbito supra nacional, en el que se protege no solo a la mujer por su condición de tal, sino que también protege su derecho a desarrollarse en el ámbito personal y familiar. De tal manera que la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), en su Convenio 183 – del cual Perú formó parte y ratificó – se estipula la salvaguarda de la salud de las mujeres trabajadoras, y de manera más específica, conmina a los estados partes a implementar las leyes necesarias para garantizar que las mujeres embarazadas o lactantes tengan un trabajo adecuado para ellas, y puedan desempeñar sus labores sin que estas perjudiquen su salud, o comprometa la de su hijo; además de ello, la OIT ha señalado parámetros para garantizar el bienestar tanto de la madre como su hijo, a través de licencias de maternidad que le permitan antes y posterior al parto, recuperarse de este último, así como también asegurar la salud del recién nacido.

Para el caso de la licencia por maternidad, la OIT es muy específica en señalar que el periodo deberá ser no menor de 14 semanas distribuidos en la etapa anterior y posterior al parto; sin embargo, respecto a las complicaciones que puedan suscitarse por motivos del parto y la ampliación que deba tomarse la madre en relación a la licencia, lo deja a discreción del país interviniente, con la finalidad de no ver comprometida o vulnerada su autonomía económica.

La mujer trabajadora o gestante goza de una especial atención protectora que le otorga el Estado dentro de nuestra legislación a través de sus normas, ya sean constitucionales hasta ordinarias y ratificaciones tanto de Convenios como Convenios las cuales tienen la finalidad la protección a la madre gestante, la no discriminación durante ese periodo; sin embargo, estas normas no están solo destinadas a proteger a la madre, sino que también velan por el niño que va a nacer, como por ejemplo, lo establecido en la Ley

Nº 28048 con la obligación que se le impone al empleador de realizar una evaluación a fin de conocer si el trabajo que realiza la madre gestante es de riesgo para su salud o la de su hijo.

También se le protege en contra de actos discriminatorios a los que pueda quedar expuesta por su condición de embarazo, y a los tratos diferenciados que se le pueda brindar en el trabajo a razón de ello, esto no solo se encuentra establecido en la Constitución Política del Perú, sino que también lo encontramos en el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, donde uno de los países en ratificarlo fue el Perú, por lo que lo establecido en sus normas se encuentra vigente a día de hoy.

Esta protección también comprende a las madres lactantes, las mismas que bajo esta norma internacional, tienen derecho a una o varias interrupciones para poder en el día, o reducción de la jornada laboral para que ejerza su derecho de lactancia a su hijo, las mismas que deberán estar debidamente reguladas por la legislación nacional.

Queda evidenciado entonces, que la Organización Internacional de Trabajo busca otorgarle a la madre trabajadora aquellos derechos mínimos en el ámbito laboral que aseguren la no discriminación por su condición y, además, le brinda derechos tales como un seguro que podrá ser cubierto por su empleadora o, en su defecto, será subsidiada por el estado; además de ello, busca brindarle una estabilidad laboral asegurando su permanencia en su trabajo aún luego de reincorporarse luego de su licencia por maternidad.

Por otro lado, está la Convención N° 156, la misma que busca asegurar la igualdad de la mujer y el hombre, orientada a respaldar a las mujeres en todos los actos civiles, administrativos y jurídicos que realice; de igual manera reconoce como nulo cualquier documento privado con relevancia jurídica que esté destinado a desconocer los derechos de igualdad de las mujeres. Así también, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer – la misma que el Perú ratificó en el año 1982- prescribe y da las pautas a los estados parte para tomar las precauciones necesarias que aseguren el pleno desarrollo laboral, personal

y familiar de la mujer, orientado a garantizar el goce pleno de sus derechos humanos, fundamentales y gozar de total libertad, en igualdad de condiciones con el hombre. Respecto de la mujer trabajadora, en su artículo N° 11, de forma muy precisa señala que los estados parte deben asegurar la eliminación de todo tipo de discriminación hacia la mujer, ya sea por matrimonio o por maternidad, y debe estar en igualdad de condiciones con los hombres, gozando de los mismos derechos, prohibiendo así el despido con motivo de embarazo, licencia por maternidad o lactancia. Por lo tanto, se concluye que también esta convención busca eliminar todo tipo de discriminación de la mujer en los diferentes ámbitos de la sociedad.

Ahora bien, a nivel nacional se han llegado a aplicar estos Convenios antes señalados, empezando por la Constitución, la misma que en sus artículos 2, 23 y 26 de la Carta Magna brinda a las trabajadoras derecho de igualdad, no solo ante la ley; así mismo prescribe respecto de la protección que recibe la madre trabajadora por parte del Estado; y en el ámbito laboral, siendo que en la misma prohíbe toda forma de discriminación y prescribe la igualdad de oportunidades laborales.

Ahora bien, de manera más específica tenemos las diversas leyes que regulan los diferentes derechos de la madre gestante, tales como: i) La Ley N° 28048m la misma que regula temas relacionados a la protección de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto, la misma que le otorga el derecho a la madre gestante o que esté en el periodo de lactancia a realizar trabajo remoto o gozar de una licencia si el trabajo que realiza sea perjudicial para ella o para el bebé; ii) La Ley N° 27240 prescribe respecto de los permisos por lactancia materna, donde se señala que la madre que esté en el periodo de lactancia puede disponer de una hora para dar de lactar a sus hijos y de ser un parto múltiple, este lapso será de una hora adicional diaria; iii) Ley N° 29896, la Ley que establece la implementación de lactarios en las instituciones del sector público y del sector privado promoviendo la lactancia materna, así como su reglamento, en el que se prescribe la implementación de lactarios en aquellos centros de trabajo donde existan 20 o más trabajadoras en edad fértil, indistintamente del sector al que trabajen (sea

este público o privado); iv) Ley N° 30367, la Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso, la misma que amplía el periodo de descanso pre y post natal a 98 días y califica como nulo el despido por motivo de embarazo, nacimiento o sus consecuencias, la lactancia, dentro de cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al nacimiento, esta protección se extiende para el periodo de prueba y contratos a tiempo parcial; v) Ley N° 27409, Ley que otorga Licencia Laboral por Adopción, señalando que el derecho a licencia con goce de haber es por 30 días naturales; vi) Ley N° 26790, Ley de Modernización de Seguridad Social en Salud y su reglamento, en el cual se prescribe el subsidio por lactancia y maternidad; vii) Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la misma que prescribe la nulidad del despido a la trabajadora en estado de gestación sin acreditar la decisión por motivo justo y fundado.

3. Discusión respecto a la vulneración de derechos del empleador al regular la nulidad de despido de la trabajadora motivado en el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia durante el periodo de prueba en el Perú.

Resulta importante señalar que el artículo 8 de la Convención 183 de la OIT que protege la maternidad – y que Perú ratificó – en su punto 1. Señala que queda prohibido todo despido de la mujer cuando está embarazada, cuando se encuentra ejerciendo su derecho de licencia o cuando haya retornado de este último a su puesto de trabajo; aunado a ello, le da toda la carga de la prueba al empleador, siendo este el que deberá acreditar que el despido realizado fue con causas justificadas y de acuerdo con el marco normativo de la ley. Si esta protección al empleo y no discriminación que realiza la Organización Internacional de Trabajo se busca aplicar de forma integral en el Perú, resulta a todas luces evidente que la Ley 31152 que modifica el inciso e) del artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral, no resulta vulneratoria de los derechos del empleador, dado que se regula una causa justa del

despido suscitado durante el periodo de prueba para la trabajadora durante su embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia.

Se tiene, de la información abundante antes analizada, que lo que busca la Ley N° 31152 es la máxima protección posible de la trabajadora gestante o en periodo de lactancia; aun cuando la relación contractual se encuentre en la etapa de periodo de prueba. Tal como lo señaló Castillo A. (2021), esta modificatoria no busca dejar en desprotección al empleador, sino, que procura que las causas por las que este decide el término de la relación contractual con la madre gestante o en periodo de lactancia, durante el periodo de prueba, sean justas y devengan del desempeño de esta en su centro de labores, no por su condición. En otras palabras, busca evitar la discriminación de la trabajadora gestante, en el nacimiento o en periodo de lactancia sea cual sea el momento de su relación contractual, cumpliendo así con los acuerdos supranacionales de los que es parte el Estado peruano.

Ahora bien, esto tampoco significa que la trabajadora no va a poder ser despedida bajo ninguna circunstancia y está obligando al empleador a contratar a la trabajadora embarazada, en el nacimiento o en el periodo de lactancia, tampoco implica que necesariamente la trabajadora va a superar el periodo de prueba y va a perfeccionar su contrato con una relación laboral estable; sino que, las causas por las que la trabajadora que se encuentre embarazada o cualquiera de los supuestos antes mencionados, deberá ser despedida – durante el periodo de prueba – única y exclusivamente por causas imputables a su desempeño en su trabajo, evaluando además su desenvolvimiento en el ámbito laboral y sus aptitudes y actitudes en el trabajo, evitando así, cualquier trato discriminatorio.

Si no se cumple con lo señalado en la parte *in fine* del párrafo precedente, el empleador habrá realizado un despido nulo y correspondería una reinscripción al puesto, o en su defecto, a un puesto de igual jerarquía, cargo, y remuneración. Sin embargo, si el trabajo logra acreditar con documentación fehaciente que el despido ha sido justificado, este no devendría en nulo, dado que la causa no sería por la discriminación de la trabajadora por su condición de gestante, por su parto o por su periodo de lactancia.

Por otro lado, tal como lo señala Roel, L. (2021), este vacío que existía respecto al periodo de prueba y el despido de la trabajadora embarazada y demás supuestos, la dejaba en una situación de indefensión, lo que contravenía directamente al Convenio 183 de la Organización Internacional de Trabajo, la misma que protege a la mujer gestante, en el parto y durante el periodo de lactancia ante las situaciones de discriminación por su condición, y busca no dejarla en una situación de indefensión dado su situación durante el periodo de prueba.

CONCLUSIONES

1. La investigadora concluye que dentro del periodo de prueba, ambas partes de la relación laboral tienen que lidiar con distintas ventajas e inconvenientes, por lo que se puede afirmar que ambas partes van a conocer las aptitudes mutuas a fin de establecer la continuidad del contrato, ya que, durante este periodo, el trabajador demostrará sus capacidades y habilidades y el empleador establecerá una remuneración por ello; sin embargo, se encuentra en esta relación una desventaja hacia la parte trabajadora, es decir, que al final la decisión de establecer una estabilidad laboral hacia el trabajador, corresponderá únicamente al empleador, lo que nos lleva a otra ventaja de la parte trabajadora y es que, no se puede pactar que el periodo de prueba sea mayor del que establece la ley.
2. Los fundamentos que determinan la protección de la mujer durante el embarazo se encuentran tanto dentro de la Constitución, en los artículos 2, 23 y 26, los mismos que prescriben sobre a la igualdad ante la ley, la protección a la madre trabajadora y a los principios que regulan la relación laboral y la no discriminación, respectivamente; así también, otro de los fundamentos está determinado por los convenios ratificados por el Estado peruano en los convenios de la OIT, de manera específica en el convenio 183 – Convenio sobre la protección de la maternidad – y el convenio 156 – Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, quedando así demostrado que la protección hacia la madre gestante es esencial y que el Estado en su rol protector no la puede desamparar, es por ello que se le atribuye una serie de derechos, sobre todo que giran en torno a la no discriminación laboral y que vayan de la mano con la estabilidad laboral que ella necesita. De igual manera, la normativa nacional prescribe de manera más específica estos fundamentos, y se puede evidenciar a través de las siguientes leyes : a) Ley N° 28048 – Ley de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto; b) Ley N° 27240 – Ley que otorga permiso por lactancia materna; c) Ley N° 29896 - Ley que establece la

implementación de lactarios en las instituciones del sector público y del sector privado promoviendo la lactancia materna y su reglamento (Decreto Supremo N° 023-2021-MIMP); d) Ley N° 30367 – Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso; e) Ley N° 27409 – Ley que Otorga Licencia Laboral por Adopción; f) Ley N° 26790 – Ley de Modernización de Seguridad Social en Salud y su reglamento (Decreto Supremo N° 009-97-SA); g) Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Está necesidad de legislar sobre el despido de la trabajadora gestantes, emana del espíritu constitucional de la no discriminación, e incluso se evidencia a nivel internacional, a través de los Convenios de los que forma parte el Estado peruano, que buscan equiparar las oportunidades tanto del hombre como la mujer, teniendo en consideración que la maternidad es un adicional que durante años se tomó como una causal para discriminar a la mujer.

3. Se demostró a la luz de la legislación peruana que, esta modificatoria al inciso e) del artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral no es vulneratoria a los derechos del empleador al regularse la nulidad de despido de la trabajadora motivado en el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia durante el periodo de prueba, esto porque a todas luces, esta modificatoria llena ese vacío que aun quedaba respecto a las madres trabajadoras durante el periodo de prueba, ese momento de la relación contractual en donde no existe una estabilidad laboral y el empleador tiene la ventaja de decisión en la mayoría de los casos. Aunado a ello está la búsqueda de la eliminación de la discriminación por parte del Estado Peruano, lo que trae consigo que se implementen normativas que salvaguarden los derechos constitucionales y supranacionales de las madres trabajadoras y no sean víctimas de la discriminación por su condición.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo evaluar la posibilidad de implementar dentro de su sistema, un Registro Nacional de Trabajadores que se encuentren dentro del periodo de prueba, en el que las empresas deban registrar a aquellos trabajadores que estén dentro de este periodo y comunicar en el caso que la trabajadora se encuentre el periodo de gestación, posterior al parto o en etapa de lactancia, con el fin de poder asegurar lo siguiente: Un trato indiscriminado, la protección de sus derechos constitucionales, asegurar que no existan irregularidades en los plazos establecidos para la duración del periodo de prueba, evitar que se utilice este mecanismo para simular otro tipo de contrato temporal, con lo que se evitaría un fraude a la ley, perjudicando al trabajador sin otorgarle los beneficios que por norma le corresponden; aunado a ello, para permitirle a la mujer gestante, post parto o en periodo de lactancia acreditar la relación laboral existente y justificar su despido, de ser el caso que sea nulo.
2. Se recomienda a los empleadores llevar a cabo el término del periodo de prueba a través de documentación escrita, permitiendo a la madre trabajadora conocer el motivo por el cual está siendo separado de la empresa o institución y así contar con un acervo documentario que sirva como medio de prueba que acredite las razones fundadas por las que toma la decisión de separar a la trabajadora de su centro de trabajo, y evitar demandas por despidos nulos por discriminación.
3. Se recomienda a Súper Intendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL - implementar canales de atención a través de un sistema informático o presencial a las madres trabajadoras que se encuentren en el periodo de prueba ante cualquier caso de despido por discriminación por su condición, con el fin de que puedan acudir primero a las instancias administrativas para solicitar al empleador una causa suficiente para el despido (si fuere el caso), y que requieran a las empresas y entidades la documentación necesaria para asegurarse que los empleadores están

cumpliendo con las normas establecidas; además, con esto se asegura que tanto el empleador como el trabajador tengan documentación que acredite el motivo por el cual se está dando por terminada la relación laboral.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aparicio Aldana, R. (2016), Una revisión del concepto de periodo de prueba frente a la nueva doctrina del Tribunal Constitucional.

ÁVALOS JARA, Oxal, (2008) La ampliación del periodo de prueba a seis meses, ¿es excepcional o procede por el simple acuerdo entre el empleador y el trabajador?

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (2006). El despido en el Derecho Laboral peruano

Cabanellas, G. (1963) "Contrato de Trabajo", Tomo I.

Cáceres Joel, (2012). Boletín del Ministerio de Trabajo

Cámara de Comercio de La Libertad (2021), <http://www.camaratru.org.pe/web2/index.php/jstuff/multiplataforma-vision-empresarial/item/5510-nuevas-normas-sobre-la-proteccion-de-madres-trabajadoras>

Castillo, Ana (2021). La Ley N° 31152 Y El Avance En La Protección Laboral De La Trabajadora Gestante. <http://capechi.org.pe/noticias/la-ley-n-31152-y-el-avance-en-la-proteccion-laboral-de-la-trabajadora-gestante/>

Chanamé Arriola, Jesús Miguel (2020). Tipos de despido en el ordenamiento peruano.

Cusi Arredondo, Andrés (2014). El Despido En Nuestra Legislación. <https://andrescusi.blogspot.com/2014/02/el-despido-en-nuestra-legislacion.html>

De la Torre, David (2021). Se aprueba la Ley que amplía la protección del despido nulo a las trabajadoras gestantes y lactantes. https://www.ey.com/es_pe/tax/tax-alert/ley-proteccion-despido-nulo-trabajadoras-gestantes-lactantes

El Peruano (2021). <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-modifica-el-inciso-e-del-articulo-29-del-texto-unic-ley-n-31152-1940365-1/>

Ferro Delgado, V. (2019). Derecho individual del trabajo en el Perú.

Gaceta Jurídica (2009). Guía Práctica de Probanza de las Relaciones Laborales.

Gómez, Francisco (2000). El contrato de trabajo

Haro Carranza, J. (2005). Derecho Individual del Trabajo. Editora RAO, Segunda Edición.

Jara – Bautista, J. (2021), El periodo de prueba laboral en el Perú y la adecuada protección de derechos constitucionales.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo - Boletín 009 (2011). La regulación del despido en la legislación laboral y en las sentencias del Tribunal Constitucional.

Montoya Melgar, Alfredo (2005). Derecho del Trabajo. Madrid.

Ocampo Cabanillas, E. (2016). Repaso Al Tratamiento Del Despido Arbitrario e Incausado En La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional.

Pacheco - Zerga, L. (2008). Período de prueba: naturaleza y régimen jurídico. Jus doctrina y práctica. Publicación especializada para el profesional del derecho.

Quispe Lovatón, William (2021). El despido injustificado: análisis sobre los límites que genera su calificación en la interpretación judicial.

Roel Alva, Luis Andrés (2021). Ampliamos la protección laboral para mujeres gestantes que laboran a tiempo parcial o en periodo de prueba. <https://laley.pe/art/10811/roel-alva-ampliamos-la-proteccion-laboral-para-mujeres-gestantes-que-laboran-a-tiempo-parcial-o-en-periodo-de-prueba#:~:text=La%20redacci%C3%B3n%20actual%20del%20art%C3%ADculo,potecci%C3%B3n%20contra%20el%20despido%20arbitrario%E2%80%9D>.

Segunda Sala De Derecho Constitucional Y Social Transitoria (2019). CASACIÓN LABORAL N.º 17663-2019

Tovalino Castro, Fiorella (2014). El despido, análisis con base en criterios jurisprudenciales.

Toyama Miyagusuku, J. (2016). Criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema sobre el despido nulo en Revista Ius Et Veritas.

Toyama Miyagusuku, J. (2015). El derecho Individual del Trabajo en el Perú. un enfoque teorico practico.

Tribunal Constitucional del Perú (2005). Casación Laboral. EXP. N° N.º 2252-2003-AA/TC. Lima. Perú.

Tribunal Constitucional del Perú (2002). Acción de Amparo. EXP. N.º 1124-2001-AA/TC. Lima. Perú.

Tribunal Constitucional del Perú (2002). Acción de Amparo. EXP. N° 628-2001-AA/TC. Lima. Perú.

ANEXOS