

El período de prueba en el
régimen jurídico laboral venezolano

Recepción: Septiembre de 2015. Aprobación: Noviembre de 2015
pp. 73-90

*Jair De Freitas De Jesús **

Resumen del contenido:

Este trabajo se centra en el análisis del período de prueba en el régimen jurídico venezolano. El punto de partida es el análisis de su definición, así como también su finalidad y examen de naturaleza jurídica. Seguidamente se interpretan tres normas relevantes del derecho local, tanto en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) como en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, luego se examina las implicaciones prácticas en torno a la implementación, obligación de las partes durante su regencia y con ocasión de la finalización de la relación laboral, para finalmente proponer, de cara al futuro Reglamento de la LOTTT, que se tomen en consideración al menos tres variables en la instrumentación del período de prueba, con el objeto de delimitar su duración ajustándolo a las modernas formas de prestación de servicios.

Palabras clave: Relaciones Laborales, Ley, Reglamento, Trabajo, Naturaleza Jurídica, Período de Prueba

Summary of content:

This research focuses on the analysis of the probationary period in the context of Venezuela's legal framework. We begin with an analysis of its definition as well as a revision of its aim and legal nature. This is followed by a revision of three relevant rules outlined in the country's main legal texts pertaining to labor matters: the Organic Law of Work and Workers (Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras) and its regulatory document, which is currently under review (Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo). After this revision, we examine the practical implications of the probationary period, specifically on the obligations of each part of the labor relation during that lapse of time. We conclude with a few recommendations for the team drafting the new regulations governing the Organic Law. This ones refers to the operationalization of the probationary period and on how to adjust the length of its duration in order to fit modern practices on services delivery.

Keywords: probationary period, labour relations, legal framework.

* Licenciado en Relaciones Industriales (UCAB, 2001), Abogado Cum Laude (UCAB, 2004), Especialista en Derecho Laboral Suma Cum Laude (UCAB, 2010), Profesor de Pre y Postgrado en Derecho del Trabajo (UCAB). Socio-Director de LABLABOR.

El período de prueba en el régimen jurídico laboral venezolano

I. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo tiene por objeto analizar el período de prueba en el régimen jurídico venezolano. Para ello se ha dispuesto un primer capítulo de delimitación conceptual, con el propósito de analizar la definición de lo que debe entenderse por tal, así como también su finalidad y examen de naturaleza jurídica. En el segundo capítulo se realiza una exégesis detallada sobre tres normas relevantes en nuestro derecho local; a saber: los artículos 87 y 80 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras vigente, así como también del artículo 25 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, luego de lo cual se examina las implicaciones prácticas en torno a la implementación, obligación de las partes durante su regencia y con ocasión de la finalización de la relación laboral, para finalmente y haciendo uso de una selección comparativa proponer de cara al futuro Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras vigente, que se tomen en consideración al menos tres variables en la instrumentación del período de prueba; a saber: tipo de contrato a celebrarse, naturaleza del cargo a ocupar y preexistencia contractual; todo ello con el objeto de delimitar duración distinta y acorde con las modernas formas de prestación de servicios.

II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

1. Definición del período de prueba

Muchos han sido los esfuerzos de la doctrina por precisar la noción, concepto y definición del período de prueba, las cuales han dado lugar a múltiples clasificaciones, así como también a las críticas de rigor. Como es natural, no en pocas ocasiones el resultado se encuentra circunscrito a una norma de un régimen jurídico particular, con lo cual su aspiración de universalidad se desdibuja. Corolario de lo anterior, quien suscribe ha decidido comenzar ensayando una definición propia, la cual se precisa a continuación.

Se entiende por período de prueba aquella condición de origen convencional, esto es, cuya incorporación o exclusión del contrato de trabajo es facultativa de las partes, que puede ser pactada al inicio de la relación laboral o con ocasión de un ascenso, consistente en el establecimiento de un lapso provisional que tiene por objeto permitir cotejar expectativas relativas al cumplimiento de las prestaciones a que están obligándose los sujetos y por tanto al patrono formarse mejor convicción en cuanto a las competencias del trabajador, así como a este último la experimentación en el cargo y las condiciones de prestación de

servicios; siendo que en observancia a los límites legalmente establecidos se permita el retorno al puesto de trabajo anterior o la finalización de la relación laboral (según el caso) con menores restricciones respecto del régimen ordinario de permanencia en el empleo y usualmente con consecuencias patrimoniales mínimas o inexistentes.

De la anterior definición se desprenden los siguientes atributos:

- i. **Se trata de una condición**, esto es, del estado o circunstancia en que se encuentra el trabajador en su relación laboral.
- ii. **De origen convencional o de fuente autónoma**, es decir, que independientemente de la necesaria regulación por parte del ordenamiento jurídico, se pauta directamente entre las partes (aplicación y extensión entre otros) o que -a la inversa- puede ser obligatorio *ex lege* salvo que ambas partes acuerden suprimirlo.
- iii. **Oportunidad de fijación limitada**: únicamente puede establecerse al inicio de la relación laboral o con ocasión de los ascensos.
- iv. **Con un lapso provisional**: es decir, limitado, temporal, finito, no extensible ni prorrogable.
- v. **Con un objeto preciso**: cotejar las expectativas respecto del cumplimiento de las prestaciones a que están obligadas patrono y trabajador.
- vi. **Bajo el principio de legalidad**: es decir, que opera siempre con sujeción a la Ley.
- vii. **Flexible** en el sentido que permite la finalización de la relación laboral o el retorno al puesto de trabajo anterior, sin que se entienda que ha sido vulnerado el régimen jurídico de permanencia en el empleo o los derechos adquiridos del trabajador según sea el caso.
- viii. **Con consecuencias patrimoniales mínimas o inexistentes**, esto es, que en principio (y salvo regulación expresa) no da lugar a la tasación de indemnizaciones adicionales frente a la decisión de extinción de la relación laboral o ante el regreso al cargo anteriormente ocupado por el trabajador.

2. Finalidad

Tal y como se precisó en el acápite precedente, el período de prueba tiene por objeto permitir cotejar expectativas relativas al cumplimiento de las prestaciones a que están obligándose los sujetos, esto es, al patrono formarse mejor convicción en cuanto a las competencias del trabajador, así como a este último la experimentación en el cargo y las condiciones de prestación de servicios.

Por lo tanto, durante el período de prueba, la prestación de servicios llevada a cabo por el trabajador no tiene por objeto principal aprovechar al patrono (aunque es probable que esto ocurra) sino dar a conocer su capacidad laborativa

o mejor, sus competencias para el cabal desempeño del cargo. Y viceversa, desde la perspectiva del trabajador el período de prueba no tendrá como finalidad principal la percepción de un salario (aunque en efecto lo obtendrá) sino el poder evaluar las condiciones de la prestación de servicios al tiempo de demostrar sus cualidades con el propósito conservar el empleo obtenido.

3. Naturaleza jurídica

Son variopintas las tesis que han tratado de explicar la naturaleza jurídica del período de prueba y la doctrina se recrea en el esfuerzo de clasificarlas. En ese sentido, el profesor Valverde (1976) ha sostenido que las tesis pueden clasificarse en dos grupos; a saber: monistas y dualistas. Las primeras, consideran al período de prueba como una fase inicial del contrato de trabajo, en tanto que las segundas sostienen que se trata de una contratación autónoma y por tanto no vinculada al contrato de trabajo *-stricto sensu-* que sólo tendrá lugar una vez culmine satisfactoriamente el primer contrato (de prueba).

Posteriormente el mismo autor, en su obra conjunta intitulada 'Derecho del Trabajo' afirma lo siguiente: "Hay que señalar que aunque sometida a un régimen jurídico especial, la relación ha nacido ya, no se trata, pues, de un estadio previo al vínculo obligacional sino propiamente de la misma relación laboral en una etapa o período inicial" (1999, 493) con lo cual *-sin reconocerlo expresamente-* se inclina por la tesis que el mismo da en denominar *monista*.

Sobre este mismo particular, el maestro Caldera (1981) identifica distintas 'hipótesis' que han intentado explicar la naturaleza jurídica del período de prueba; a saber: (i) contrato a término, (ii) condición resolutoria, (iii) condición suspensiva, (iv) tesis mixta, esto es, suspensiva-resolutoria (sostenida entre nosotros por el profesor Alfonso-Guzmán), (v) venta de la cosa futura, (vi) venta a prueba; y (viii) tesis de la condición (con sus variantes). En su criterio, todas adolecen de objeciones que ponen en evidencia su insuficiencia, por lo que concluye que:

...la solución más clara es ver la estipulación del período de prueba como una modalidad propia y característica del contrato de trabajo: exigida por el carácter *intuitio personae* que aquel tiene y por las consecuencias atribuidas por el legislador a la relación de trabajo, que ordinariamente no puede romperse sin cumplir formalidades legales impretermitibles y sin pagar determinadas prestaciones (p. 317-318).

De la lectura de la cita parcialmente reproducida se desprende que Caldera se adscribe también a la tesis monista, al proponer que se trata de una estipulación integrante del contrato de trabajo (postura que comparte quien suscribe) la cual tiene su origen en la expresión de la autonomía de la voluntad de las partes y se justifica tanto en el carácter *intuitio personae* de la prestación de servicios como

en la rigidez que tradicionalmente existe en la ruptura del vínculo existente entre patrono y trabajador.

III. RÉGIMEN JURÍDICO LABORAL VENEZOLANO

Corresponde analizar en el presente capítulo, las disposiciones contenidas tanto en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras vigente publicada en la Gaceta Oficial número 6.076 (extraordinario) de fecha siete (7) de mayo de 2012 (LOTTT) como en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo publicado en la Gaceta Oficial número 38.426 (ordinario) de fecha veintiocho (28) de abril de 2006 (RLOT). Veamos.

1. Exégesis del artículo 87 de la LOTTT

El artículo 87 de la LOTTT, precisa que se encuentran investidos de estabilidad laboral aquellos trabajadores que han sido contratados:

- i. Por tiempo indeterminado y tienen más de un mes de tiempo de servicios.
- ii. Por tiempo determinado "...mientras no haya vencido el término..."
- iii. Para una obra determinada "hasta que haya concluido la totalidad de las tareas a ejecutarse por el trabajador..." para la cual fue expresamente contratado.

Adicionalmente, dicha norma excluye del régimen de estabilidad laboral a los trabajadores de dirección, es decir, ex artículo 37 *ejusdem*, el que interviene en la toma de decisiones u orientaciones en la entidad de trabajo, así como el que tiene el carácter de representante del patrono ante otros trabajadores o terceros pudiendo sustituirlos en todo o en parte en sus funciones.

Del examen minucioso de dicho artículo se desprende *-prima facie-* que la LOTTT vigente (al igual que su antecesora) omite la expresión 'período de prueba' para referir a esa condición en la que puede encontrarse un trabajador al inicio de su relación laboral, por lo que en estricta legalidad de lo que existe certeza es de un *lapso de carencia de estabilidad laboral*, esto es, una fase en la que puede rescindirse el contrato de trabajo por cuanto el prestador de servicios no está investido de la protección general de permanencia en el empleo.

Bruzual (2013, 143) refiere a que la mención expresa del 'período de prueba' fue excluida por la Comisión Bicameral que debatió la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, con el objeto de "...evitar abusos de los patronos con la nueva realidad económica del país". Sin embargo señala que el futuro Reglamento de la LOTTT (al igual que los anteriores) podría establecerlo, realzando que la limitante estaría en que el tiempo no debe ser mayor a treinta (30) días por resultar el lapso implícito de la lectura del artículo 87 de la LOTTT que hay que respetar en resguardo a una estabilidad fijada legal y constitucionalmente.

Ya con anterioridad, el maestro Caldera (1981, 318) en el análisis de la entonces vigente Ley del Trabajo (con un contenido similar al aquí en estudio) sostenía que indirectamente sí existe el período de prueba legal de un mes, ello por cuanto en ese espacio cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato de trabajo sin tener que pagar indemnización ni prestación alguna.

Atención porque de lo que se trata aquí es de precisar si ese espacio corresponde a un auténtico tiempo para permitir a los sujetos de la relación laboral cotejar expectativas relativas al cumplimiento de las prestaciones a que están obligándose, o si simplemente es un diferimiento de la tutela del Estado frente al despido libre. Aunque la mayoría de la doctrina local simplemente omite este examen y da por cierta la existencia automática de un período de prueba, Bruzual (2012, 142) si refiere al punto al precisar que "No estuvo previsto en la LOT de 1990 ni ahora en la LOTTT como período condicional para conocerse las partes y apreciar la conveniencia o no de la relación laboral".

Por otra parte, la norma en análisis refiere además al régimen de estabilidad laboral en los contratos de trabajo por tiempo determinado y obra determinada respectivamente, dejando claro -en ambos casos- que la protección frente a la permanencia en el empleo se extiende hasta cumplirse el término (en el supuesto del contrato de trabajo por tiempo determinado) o hasta concluir las tareas para las cuales fue contratado el trabajador (en caso de obra determinada).

Sin embargo, omite el artículo 87 de la LOTTT indicar desde cuándo debe computarse esa estabilidad laboral, a tenor de lo cual caben al menos dos interpretaciones. Según la primera, la estabilidad laboral está presente desde el inicio del contrato de trabajo (por tiempo determinado u obra determinada según el caso) y por tanto no existe período de prueba. La segunda interpretación es que ante la omisión legislativa, debe interpretarse analógicamente el lapso de treinta (30) días de carencia de estabilidad laboral existente en los contratos de trabajo por tiempo indeterminado.

Sobre este particular, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia a propósito de la Ley Orgánica del Trabajo derogada, señaló en la decisión número 520 de fecha treinta y uno (31) de mayo de 2005 que:

...resulta incompatible con la suscripción de un contrato por tiempo determinado el establecimiento de un período de prueba, ya que la intención teleológica de éste, tal y como se refirió en los párrafos precedentes, va dirigida a la comprobación de habilidades, conveniencias o bondades de una parte para con la otra en un contrato por tiempo indefinido, no para este tipo de contratos donde las partes *ad initio* han establecido el lapso de vigencia, cuando así lo exija la naturaleza del servicio, o tenga por objeto sustituir lícita y temporalmente a un trabajador, o en el caso de la contratación de personal venezolano para laborar en el exterior (el subrayado es de quien suscribe).

De la cita parcialmente transcrita se desprende que para el Tribunal Supremo de Justicia resulta incompatible establecer períodos de prueba en contratos de trabajo por tiempo determinado, toda vez que en este tipo de instrumentos se fija su duración desde el inicio. Quien suscribe disiente de dicho razonamiento, por cuanto independientemente que ambas partes conozcan y pacten desde el comienzo la duración del contrato de trabajo, ello no significa que no tengan derecho a cotejar expectativas relativas al cumplimiento de las prestaciones a que están obligándose los sujetos y de extinguir anticipadamente el vínculo jurídico en caso de no considerarlas satisfactorias. Para decirlo en términos de los profesores Palomeque y Álvarez sostienen que "La temporalidad de un contrato no impide el pacto de un período de prueba..." (2011, 607).

En efecto, la diferencia entre un contrato de trabajo por tiempo determinado y otro por tiempo indeterminado estriba en que en el primero: (i) existen supuestos específicos y restringidos que justifican y/o validan legalmente su celebración, (ii) poseen una duración limitada en el tiempo; y (iii) su finalización en el plazo originalmente establecido por las partes no se entiende como violación al régimen de protección y/o de permanencia en el empleo.

Por lo tanto, aunque las partes tengan conocimiento desde el inicio que existe una fecha cierta pautada para su finalización, de igual modo sigue siendo auténtico que el patrono quiera formarse mejor convicción en cuanto a las competencias del trabajador, así como a este último experimentar en el cargo y evaluar las condiciones de prestación de servicios ¿o es que por el hecho que se trate de un contrato por tiempo determinado u obra determinada ya está garantizado el desempeño del trabajador? ¿acaso el trabajador en este tipo de contratos no le es legítimo querer evaluar el cargo a ocupar?

En todo caso, si la Sala de Casación Social erradamente consideró que el período de prueba resultaba incompatible con los contratos de trabajo por tiempo determinado, la consecuencia jurídica ha debido ser la nulidad de la cláusula del período de prueba y no la mutación sobrevenida del contrato celebrado entre patrono y trabajador convirtiéndolo -convenientemente- en una relación laboral indeterminada.

Finalmente, frente a la exclusión permanente de los trabajadores de dirección del régimen de estabilidad absoluta contenido en la LOTTT, cabría preguntarse si tiene sentido o no establecer en su contrato una cláusula que fije un período de prueba. Más allá de la importancia de contar con un período experimental, en criterio de quien suscribe la respuesta va a depender de las implicaciones prácticas de la aplicación del período de prueba en trabajadores con inamovilidad laboral (punto abordado en el tercer capítulo del presente ensayo).

Corolario de lo antes expuesto puede afirmarse del análisis del contenido del artículo 87 de la LOTTT que:

- i. El legislador no hizo mención expresa en dicha norma de un período de prueba, por lo que en estricta legalidad lo que ha sido reflejado es un *lapso de carencia de estabilidad laboral*.
- ii. Dicho lapso de carencia de estabilidad laboral es de treinta (30) días en el caso de los contratos de trabajo por tiempo indeterminado.
- iii. El artículo no indica expresamente el momento de inicio de la estabilidad laboral en las modalidades de contratación por tiempo determinado ni por obra determinada. Por lo tanto, puede interpretarse o bien que acompaña a los trabajadores desde el inicio de la relación laboral, o que debe interpretarse analógicamente la aplicación del lapso establecido en la modalidad de contratos de trabajo por tiempo indeterminado.
- iv. No es cierto que la fijación de un período de prueba resulte incompatible con los contratos de trabajo por tiempo determinado o por obra determinada.
- v. A pesar de la exclusión de los trabajadores de dirección del régimen jurídico de estabilidad laboral, sigue siendo de interés el planteamiento del período de prueba en supuestos de inamovilidad laboral.

2. Análisis del artículo 80 de la LOTT

La dinamicidad de las relaciones de trabajo, impone movimientos intraorganizacionales y ajustes constantes en la estructura. El desarrollo del talento humano, tiene por finalidad incorporar nuevas competencias en los trabajadores que les permita una ruta de carrera exitosa. Si bien es cierto que, desde hace ya algún tiempo se han institucionalizado prácticas de *assessment* e incluso el *role playing* en el proceso de escogencia entre candidatos a un ascenso, es probable que aun extremando métodos ocurran situaciones en las que el nuevo ocupante del cargo no cuente con competencias robustas para garantizar un desempeño satisfactorio.

Sobre este particular, Longa (1999, 346) expone que es frecuente que las empresas consideren en las vacantes a ciertos trabajadores en razón de su desempeño, conocimiento y otras circunstancias, dándoles la oportunidad para ascender. Sin embargo, esa decisión debe ser guiada por la prudencia, por cuanto no puede preverse si el trabajador se va a desempeñar con solvencia en su nuevo puesto.

A la sazón de lo anterior, nuestro legislador optó por conservar la existencia de un período de prueba no mayor a noventa (90) días en un "...puesto de categoría superior" validando la posibilidad que en caso que el patrono no se encuentre satisfecho con el desempeño del trabajador ascendido, pueda restituirlo en el cargo anterior sin que se considere dicha situación como un despido indirecto.

En efecto, el artículo 80 de la LOTTT precisa cuáles son las causas justificadas de retiro, señalando entre ellas los actos constitutivos de un despido indirecto (reducciones salariales, traslado al trabajador a un puesto inferior, entre otros). Sin embargo, a renglón seguido señala la norma *in comento* que no se considera despido indirecto: "a) La reposición de un trabajador... a su puesto original, cuando sometido a un período de prueba en un puesto de categoría superior, se le restituye a aquél. El período de prueba no podrá exceder de noventa días".

Relata Longa (1999, 346) que la Ley autoriza aquí al patrono a implementar una suerte de ascenso provisional, por lo que habida cuenta el transcurso del lapso de noventa (90) días, puede *reponer* al trabajador "...a su puesto primitivo si el patrono considera que carece de las aptitudes como para desempeñar definitivamente el cargo en donde fue probado, sin que ello constituya un despido indirecto".

De la lectura detallada del actual artículo 80 de la LOTTT se desprende que: (i) la reposición del trabajador al puesto primitivo es potestad unilateral del patrono, (ii) que tal devolución al cargo previamente ocupado implica un retorno tanto de las funciones desempeñadas originalmente como de las condiciones de prestación de servicios previas (salario, beneficios, ubicación del puesto de trabajo entre otros), (iii) que la norma no le exige al patrono justificar su decisión de restituir al trabajador en el cargo anterior; (iv) que un ascenso no supone la apertura automática de un período de prueba, sino que se trata de una condición potestativa; y (v) siendo noventa (90) días el lapso máximo permitido, las partes pueden acordar un tiempo menor.

3. Revisión del artículo 25 del RLOT

La verdad es que el período de prueba al inicio de la relación laboral, tiene su fuente en nuestro sistema jurídico en disposiciones de rango sublegal (Vg. Artículo 39 del Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973 sustituido veinticinco años después). En efecto, el artículo 30 del derogado Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo publicado en la Gaceta Oficial número 5.592 (extraordinario) de fecha veinticinco (25) de enero de 1999, precisaba que "Las partes podrán pactar un período de prueba que no excederá de noventa (90) días, a objeto de que el trabajador juzgue si las condiciones de trabajo son de su conveniencia y el patrono aprecie sus conocimientos y aptitudes..." (el subrayado es de quien suscribe).

El título asignado por el reglamentista a la norma parcialmente reproducida *ut supra* fue justamente el de "*Período de prueba*", de tal suerte que no queda duda que si bien no podía hablarse de una norma *secundum legem* en el sentido estricto del término, cabía al menos interpretarla como compatible con el tiempo de carencia de estabilidad laboral previsto en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 (también de noventa días).

Sobre el particular, señala Goizueta (1999, 63) que habida cuenta la redacción de la norma, "...el período de prueba no se presume ni se incorpora al contrato individual de trabajo en forma automática" lo que al inicio del presente ensayo fue definido por quien suscribe como rasgo *consensual o de fuente autónoma* con independencia de su instrumentación legal o no. De la misma opinión es Carballo (2001, 680) quien realza que dicha institución ostenta carácter excepcional, toda vez que regirá "...en tanto las partes del contrato así lo estipularen" no aplicando *ope legis*.

La norma derogada establecía además que durante el período de prueba cualquiera de las partes podía dar por extinguido el contrato de trabajo sin que ello diere lugar al pago de indemnización alguna, así como tampoco exigió como requisito preaviso proporcional. Esto último sería modificado con ocasión del nuevo Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo publicado en la Gaceta Oficial número 38.426 (ordinario) de fecha veintiocho (28) de abril de 2006 (RLOT).

En efecto, el artículo 25 del RLOT precisa que si bien es cierto cualquiera de las partes puede dar por finalizada la relación laboral sin que ello diere lugar a indemnización alguna, agrega que ello ocurre "...sin perjuicio de los derechos que se hubieren causado en proporción al tiempo trabajado, así como el preaviso correspondiente de conformidad con lo establecido en el artículo 104 de la Ley Orgánica del Trabajo".

Respecto del *reconocimiento de los derechos causados en proporción al tiempo trabajado*, la doctrina es uniforme al sostener que con ello se quiso significar aquellos pagos fraccionados según el tiempo de prestación de servicios, esto es, utilidades fraccionadas, bono vacacional fraccionado, vacaciones fraccionadas; así como también otros beneficios establecidos convencionalmente de forma individual o colectiva con reconocimiento proporcional según tiempo de servicios.

En cuanto al preaviso durante el período de prueba, desde el punto de vista conceptual constituye un divertido desatino. Si como en efecto se precisó en la propia definición del presente ensayo el objeto no es otro sino *cotejar las expectativas respecto del cumplimiento de las prestaciones a que están obligadas patrono y trabajador* y; corolario de ello deviene la insatisfacción de una o ambas partes, instituir el preaviso obligatorio ante el inminente deseo de dar por culminada la relación laboral durante esta etapa, se traduce en percibir con antelación la ruptura del vínculo laboral al sujeto cuya validez aparente ha sido desmantelada, exponiéndose el manifestante a las inusitadas consecuencias de su reacción por el tiempo de prestación de servicios restante.

Como si lo anterior no fuese ya de por sí lo suficientemente osado, el artículo *in comento* no satisfizo el principio de reciprocidad. En efecto, la referencia expresa a la obligatoria observancia del *preaviso contenido en el artículo 104* de la entonces vigente Ley Orgánica del Trabajo, equivale a afirmar que el patrono tenía la obligación de dar preaviso al trabajador durante el período de prueba

(preaviso por despido) no así el trabajador, quien no asumía obligación expresa de dar preaviso en caso de renuncia durante el período de prueba, dejando abierta la interpretación extensiva vía analogía del artículo 107 ejusdem.

La omisión patronal de cumplir el preaviso con una semana de antelación según lo previsto en el entonces vigente literal a) del artículo 104 de la Ley Orgánica del Trabajo, tenía expresa consecuencia en el párrafo único de dicha norma; a saber: "... el lapso correspondiente se computará en la antigüedad del trabajador para todos los efectos legales" (subrayado de quien suscribe. Léase, no únicamente para el cálculo de beneficios, sino además para el cómputo del tiempo de servicios.

Lo anterior conduce a un absurdo interpretativo según el cual, un preaviso omitido en un período de prueba de noventa (90) días, confería al trabajador un tiempo total de servicios superior a los tres (3) meses, invistiéndolo por tanto de la estabilidad relativa contenida en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Trabajo hoy derogada; y como no, de la solapada inamovilidad laboral especial contenida en los ininterrumpidos Decretos del Ejecutivo Nacional. Esa es la razón por la cual la práctica forense se orientó a estipular períodos de prueba iguales o inferiores a los ochenta y tres (83) días, de tal suerte que en caso de preaviso omitido o ante la negativa del trabajador de firmar el documento que lo contenía, quedara fallida toda posibilidad de continuidad de relación laboral.

Desde luego, el artículo 25 del RLOT adolece de ilegalidad sobrevenida, pues con ocasión de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras publicada en Gaceta Oficial número 6.072 (extraordinario) de fecha siete (7) de mayo de 2012 (LOTTT) se redujo el lapso de carencia de estabilidad laboral de noventa (90) a treinta (30) días, así como también se suprimió toda forma de despido libre, consagrándose de esta manera un régimen de estabilidad absoluta en el que además no hubo cabida para el preaviso patronal.

En cuanto al contenido de los párrafos primero y segundo del artículo 25 del RLOT, básicamente refieren dos aspectos; a saber: (i) la nulidad de la estipulación de un período de prueba para un cargo ya desempeñado anteriormente por el trabajador (con fundamento en el ánimo de fraude a la ley y que imita lo establecido en el régimen jurídico laboral de otros países como por ejemplo el caso español); y (ii) la expresa mención a que el período de prueba forma parte del tiempo de prestación de servicios en caso de continuidad laboral tras cumplimiento del término.

En apretada síntesis, puede afirmarse que:

- i. El período de prueba tiene raigambre en normas de rango sublegal,
- ii. Su desarrollo no es estrictamente *secundum legem*, lo cual no quiere decir que sea incompatible con el lapso de carencia de estabilidad laboral,
- iii. La modificación principal entre el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 1999 y el RLOT actual estuvo circunscrita a la absurda

obligatoriedad del preaviso patronal con todas las consecuencias que ello apareja.

- iv. Que el actual artículo 25 del RLOT padece de ilegalidad sobrevenida, habida cuenta la reducción del paso de carencia de estabilidad laboral, así como también por la supresión de toda forma de despido libre en el que además no hubo cabida para el preaviso patronal.

IV. IMPLICACIONES PRÁCTICAS

Atendiendo al esquema inicialmente propuesto, incumbe al presente capítulo abordar las distintas implicaciones prácticas derivadas del período de prueba, lo que por razones didácticas han sido clasificadas en triple ordenación; a saber: en torno a su implementación, respecto de las obligaciones de las partes durante su regencia; y finalmente, en atención a la causa de finalización.

1. Relativas a su implementación

Atendiendo a lo sostenido en los capítulos precedentes, no cabe duda que el primer atributo que destaca de la consumación del período de prueba es la necesaria *formalidad escrita*. En efecto, no se asume tácito o implícito a todo contrato de trabajo, sino que su origen convencional y/o naturaleza autónoma impone que debe ser expresamente pactado por patrono y trabajador, tanto en los casos de inicio de una relación laboral como con ocasión de un ascenso, requiriéndose además la formalidad escrita.

Debe ser establecida *ab initio*. En efecto, su fijación se limita al comienzo de la relación laboral o del ascenso respectivamente, por lo que en caso de omisión primigenia no podría procurar salvarse sobrevenidamente el tiempo restante con un *addendum* que procure enmendar la falta de rigor.

En cuanto al período de prueba con ocasión del inicio de la relación laboral, el mismo no debe ser superior al lapso de carencia de estabilidad contenido en el actual artículo 87 de la LOTT. Por lo tanto, en el supuesto de relaciones laborales iniciadas con anterioridad a la vigencia de la LOTT, esto es, siete (7) de mayo de 2012, en cuyos contratos se contengan cláusulas de período de prueba por tiempo superior a treinta (30) días; dicho lapso se entiende reducido *ex lege* sin afectar la validez de la referida cláusula, pudiendo considerarse cumplido en aquellos casos en los que transcurrió más de un mes de tiempo de servicios antes de la fecha de la publicación en Gaceta Oficial de la LOTT.

2. Relativas a las obligaciones de las partes durante su regencia

No existe disposición alguna en el régimen jurídico laboral vigente que con ocasión del establecimiento de un período de prueba dispense la observancia de los deberes fundamentales que tienen patrono y trabajador. Por el contrario, la

naturaleza jurídica consensual del contrato de trabajo, dispara obligaciones a las partes desde el inicio, las cuales no podrán ser diferidas habida cuenta el establecimiento de una cláusula contentiva del período de prueba, pues como ha sido sostenido a lo largo del presente ensayo su objeto es *cotejar las expectativas respecto del cumplimiento de las prestaciones a que están obligadas patrono y trabajador*, no suspenderlas temporalmente.

Si bien es cierto la tolerancia de los sujetos contratantes puede ser mayor al comienzo del vínculo jurídico laboral, ello no es óbice para la exigencia de cumplimiento del elenco de obligaciones que ambas partes asumen con ocasión de la relación laboral (bien porque las determine la normativa vigente o bien porque fueron establecidas en el contrato de trabajo) las cuales precisamente están siendo evaluadas por patrono y trabajador.

De allí que por ejemplo Barassi (1953, 264) sostuvo con acierto que en realidad durante esta fase es *obligación del empleador* "...poner al trabajador en situación de poder dar pruebas de su eficiencia real"; lo que refrenda la función jurídica del trabajo, esto es, como derecho y deber cuya ejecución discurre durante dicho lapso y que como afirman Palomeque y Álvarez (2011, 608) le garantiza al trabajador los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe con excepción de los derivados de la resolución de la relación laboral.

A todo evento, superado el período de prueba desaparece la provisionalidad o incertidumbre de continuidad, al tiempo que cesa la posibilidad de fundamentar la culminación del contrato de trabajo con base en la no cobertura de la expectativa respecto del cumplimiento de las prestaciones a que están obligados patrono y trabajador.

3. Relativas a la causa de finalización:

En el caso del período de prueba pactado con ocasión del inicio de una relación laboral, hay que decir que salvo que expresamente algún régimen jurídico obligue a que el sujeto laboral que de por finalizada la relación de trabajo durante esta fase deba justificar por escrito el fundamento de su decisión (cuestión que por cierto sería un completo absurdo) existe en la mayoría de los países libertad para concluir el nexo laboral sin motivación alguna.

Desde luego, la decisión extintiva de la relación laboral durante el período de prueba en cabeza del patrono, comporta como límite inefectivo la violación de derechos humanos fundamentales, pudiendo presentarse -de ser el caso- una modalidad bastante precisa de la teoría del despido nulo.

Por otra parte, en el hipotético que se trate de un período de prueba que tiene por objeto evaluar las competencias de un trabajador para ocupar un cargo superior (esto es, un ascenso) el artículo 80 de la LOTTT vigente analizado durante el segundo capítulo del presente ensayo, propinó que la reposición del

trabajador a su puesto original dentro del lapso de los noventa (90) días siguientes no constituye un supuesto de despido indirecto.

Al mismo tiempo, lo anterior viene a significar que no es causal justificada de despido el hecho según el cual un trabajador sometido a un período de prueba con ocasión de un ascenso no coteje las expectativas respecto del cumplimiento de las prestaciones esperadas por el patrono o empleador, pues, habida cuenta un tiempo de servicios superior a los treinta (30) días, el trabajador ostenta la estabilidad absoluta a que refiere el artículo 87 de la LOTTT y lo que corresponde es la colocación en su cargo anterior cumpliéndose así el principio de permanencia en el empleo.

V. PROPUESTAS EN TORNO AL FUTURO REGLAMENTO DE LA LOTTT

Si bien es cierto la reducción del lapso de carencia de estabilidad laboral en la LOTTT tenía como propósito conferirle eficacia a la aplicación del principio de permanencia en el empleo, tal modificación afecta directamente la duración máxima que puede tener el período de prueba; eso en el supuesto que en efecto el futuro Reglamento de la LOTTT preserve la figura en términos similares a los contenidos en el actual artículo 25 del RLOT.

Más allá de lo difícil que resulta cotejar las expectativas respecto del cumplimiento de las prestaciones a que están obligadas patrono y trabajador en un hipotético plazo máximo de treinta (30) días, resulta incoherente que cuando se trata de evaluar un ascenso el período de prueba dure tres veces más que si se refiere a una nueva relación laboral en donde las partes ni siquiera se conocen.

Por otra parte, constituye otro desacierto de la política laboral establecer un período de prueba único, o mejor dicho, de la misma duración sin distingo de la naturaleza del cargo desempeñado por los trabajadores, experiencia previa, ni tipo de contrato a celebrarse; porque precisamente el cotejo de las expectativas en cuanto al cumplimiento de las prestaciones a que están obligadas patrono y trabajador es directamente proporcional a estas variables.

En criterio de quien suscribe, la fórmula más coherente patentada en norma se encuentra en el artículo 112° del Código de Trabajo portugués, en el cual, a propósito de la duración de lo que dan en llamar "período experimental" da cuenta de la consideración de cuatro supuestos; a saber:

- i. *En los casos de contratos de trabajo por tiempo indeterminado:* distinción con base en si se trata de un trabajador ordinario (90 días de plazo máximo), trabajadores que ejerzan cargos de complejidad técnica (180 días de plazo máximo) y trabajadores de dirección (240 días de plazo máximo),
- ii. *En los casos de contrato a término (por tiempo determinado):* distinción con base en si se trata de un tiempo de duración de contrato igual o superior a seis (6) meses (período experimental no podrá ser

mayor de 30 días), en tanto que si el tiempo de duración del contrato de trabajo por tiempo determinado es inferior a seis (6) meses, la duración del período experimental no podrá ser superior a quince (15) días.

- iii. *En los contratos de comisión de servicio*, nuevamente lo rige el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, no pudiendo ser mayor en ninguna circunstancia a ciento ochenta (180) días; y
- iv. *En casos de preexistencia de contratos de trabajo por tiempo determinado para llevar a cabo la misma actividad, así como también contratos de trabajos temporales formalizados para el mismo puesto, o un contrato de trabajo con el mismo puesto y empresa*: donde puede acordarse reducir o eliminarse el período experimental.

De la apretada síntesis anterior, destaca la consideración de al menos tres variables ya antes identificadas: tipo de contrato a celebrarse, naturaleza del cargo a ocupar y preexistencia contractual. Igualmente destaca que el período de prueba puede llegar a ser hasta de doscientos cuarenta (240) días y que la regla general es que exista un período experimental que puede ser excluido si ambas partes lo acuerdan por escrito, esto es, exactamente inverso a lo que tenemos y hemos tenido en el régimen jurídico venezolano.

VI. CONCLUSIONES

Corolario del presente ensayo tenemos que:

- i. Se entiende por período de prueba aquella condición de origen convencional, esto es, cuya incorporación o exclusión del contrato de trabajo es facultativa de las partes, que puede ser pactada al inicio de la relación laboral o con ocasión de un ascenso, consistente en el establecimiento de un lapso provisional que tiene por objeto permitir cotejar expectativas relativas al cumplimiento de las prestaciones a que están obligándose los sujetos y por tanto al patrono formarse mejor convicción en cuanto a las competencias del trabajador, así como a este último la experimentación en el cargo y las condiciones de prestación de servicios; siendo que en observancia a los límites legalmente establecidos se permita el retorno al puesto de trabajo anterior o la finalización de la relación laboral (según el caso) con menores restricciones respecto del régimen ordinario de permanencia en el empleo y usualmente con consecuencias patrimoniales mínimas o inexistentes.
- ii. Constituyen atributos distintos del período de prueba: a) que se trata de una condición, b) que tiene origen convencional o de fuente autónoma, c) con oportunidad de fijación limitada, d) que aplica por un lapso provisional, e) que tiene un objeto preciso, f) opera bajo el principio de

- legalidad, g) es de naturaleza flexible; y h) reporta consecuencias patrimoniales mínimas o inexistentes.
- iii. Cuya naturaleza jurídica se explica mejor bajo la tesis monista, entendiéndola por tanto, como una estipulación integrante al contrato de trabajo.
 - iv. Nuestro legislador no hizo mención expresa en dicha norma de un período de prueba, por lo que en estricta legalidad lo que ha sido reflejado es un *lapso de carencia de estabilidad laboral*.
 - v. Dicho *lapso de carencia de estabilidad laboral* es de treinta (30) días en el caso de los contratos de trabajo por tiempo indeterminado.
 - vi. El artículo 87 de la LOTTT no indica expresamente el momento de inicio de la estabilidad laboral en las modalidades de contratación por tiempo determinado ni por obra determinada. Por lo tanto, puede interpretarse o bien que acompaña a los trabajadores desde el inicio de la relación laboral, o que debe interpretarse analógicamente la aplicación del lapso establecido en la modalidad de contratos de trabajo por tiempo indeterminado.
 - vii. No es cierto que la fijación de un período de prueba resulte incompatible con los contratos de trabajo por tiempo determinado o por obra determinada.
 - viii. A pesar de la exclusión de los trabajadores de dirección del régimen jurídico de estabilidad laboral, sigue siendo de interés el planteamiento del período de prueba en supuestos de inamovilidad laboral.
 - ix. La reposición del trabajador al puesto primitivo es potestad unilateral del patrono.
 - x. Tal devolución al cargo previamente ocupado implica un retorno tanto de las funciones desempeñadas originalmente como de las condiciones de prestación de servicios previas (salario, beneficios, ubicación del puesto de trabajo entre otros).
 - xi. La norma no le exige al patrono justificar su decisión de restituir al trabajador en el cargo anterior.
 - xii. Un ascenso no supone la apertura automática de un período de prueba, sino que se trata de una condición potestativa.
 - xiii. Siendo noventa (90) días el lapso máximo permitido para el período de prueba con ocasión de los ascensos, las partes pueden acordar un tiempo menor.
 - xiv. A la luz del régimen jurídico actual, la extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba no da lugar a pago de indemnización alguna.
 - xv. El período de prueba tiene raigambre en normas de rango sublegal,
 - xvi. Su desarrollo no es estrictamente *secundum legem*, lo cual no quiere decir que sea incompatible con el lapso de carencia de estabilidad laboral,

- xvii. La modificación principal entre el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 1999 y el RLOT actual estuvo circunscrita a la absurda obligatoriedad del preaviso patronal con todas las consecuencias que ello apareja.
- xviii. El actual artículo 25 del RLOT padece de ilegalidad sobrevenida, habida cuenta la reducción del paso de carencia de estabilidad laboral, así como también por la supresión de toda forma de despido libre en el que además no hubo cabida para el preaviso patronal.
- xix. La implementación del período de prueba requiere, entre nosotros, el cumplimiento de la formalidad escrita.
- xx. El período de prueba debe ser establecido *ab initio*, por lo que en caso de omisión primigenia no podría procurar salvarse sobrevenidamente el tiempo restante con un *addendum* que procure enmendar la falta de rigor.
- xxi. Con ocasión de la entrada en vigencia de la nueva LOTT se produjo una reducción inmediata de la duración y/o conclusión del período de prueba (según el caso) del período de prueba sin que ello se entienda como nulidad o invalidación de la cláusula respectiva.
- xxii. Durante el período de prueba ambas partes deben observar el cumplimiento de sus deberes fundamentales, así como también de todas las obligaciones inherentes al contrato de trabajo.
- xxiii. Durante el período de prueba, el empleador tiene la obligación especial de colocar al trabajador en situación de poder dar pruebas de su eficiencia real.
- xxiv. Superado el período de prueba desaparece la provisionalidad o incertidumbre de continuidad, al tiempo que cesa la posibilidad de fundamentar la culminación del contrato de trabajo con base en la no cobertura de la expectativa respecto del cumplimiento de las prestaciones a que están obligados patrono y trabajador.
- xxv. No existe obligatoriedad en el régimen jurídico venezolano en cuanto a justificar la rescisión del contrato de trabajo durante el período de prueba con ocasión del inicio de una relación laboral.
- xxvi. No obstante lo anterior, la extinción del contrato de trabajo en un marco de violación de derechos fundamentales constituye despido nulo aún durante el período de prueba.
- xxvii. Que en la redacción del futuro Reglamento de la LOTT, debe tomarse en consideración de al menos tres variables; a saber: tipo de contrato a celebrarse, naturaleza del cargo a ocupar y preexistencia contractual; todo ello con el objeto de delimitar duración distinta del período de prueba.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Alfonzo-Guzmán, R. (2001). Nueva didáctica del Derecho del Trabajo. Caracas: Melvin.
- Barassi, L. (1953). Tratado de Derecho del Trabajo. (Tomo 2). Buenos Aires: Alfa.
- Bruzual, G. (2013). Manual de Derecho Individual del Trabajo. Caracas: Paredes.
- Caldera, R. (1981). Derecho del Trabajo. (2ª Ed, 7ª Reimp.) Buenos Aires: Ateneo.
- Carballo, C. y Hernández, O. (1985). Comentarios en torno al Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. Barquisimeto: Jurídicas Rincón.
- Goizueta, N. La Relación Individual de Trabajo. Obligaciones de las Partes. El Período de Prueba. Contrato de Jóvenes en Formación. Inventiones y Mejoras. La Suspensión de la Relación de Trabajo. Causas de Extinción. El Preaviso. La Prestación de Antigüedad (1999). Reglamento de la Ley Orgánica del trabajo. Barquisimeto: IEJEL / Asociación Venezolana de Profesores Universitarios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. (2012). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 6.076 (Extraordinario), mayo 7 de 2012.
- Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo (2011). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 6.024 (Extraordinario) Mayo 06 de 2011.
- Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo (1997). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 5.152 (Extraordinario), Junio 19 de 1997.
- Longa, J. (1999). Ley Orgánica del Trabajo. (Vol. I). Caracas: Distribuciones Jurídicas Santana.
- Palomeque, M. y Álvarez, M. (2011). Derecho del Trabajo. (19ª Ed.). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Porras, J. (2002). Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento. (Tomo I). Caracas: Ediciones Jurisprudencia del Trabajo.
- Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (2006). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 38.426 (Ordinario), Abril 28 de 2006.
- Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (1999). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5.592 (Extraordinario), Enero 25 de 1999.
- Tribunal Supremo de Justicia (2005). Sentencia N° 520 Sala de Casación Social. <http://www.tsj.gov.ve>. [Consulta: 27 de enero 2016].
- Valverde, M. (1976). El período de prueba en el contrato de trabajo. Madrid: Montecorvo.
- Valverde, M., Rodríguez-Sañudo, G.; y García, J.(1999). Derecho del Trabajo. (8ª Ed.). Madrid: Tecnós.