



DESPIDOS DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA. ARTÍCULO 92 BIS LCT Y ALCANCES DEL DECRETO 329/2020

DRA. JULIA ELIM COLLADO

VOCAL DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO LABORAL DE SANTA FE - SALA I



1. Introducción. Normativa aplicable

La ley de Contrato de Trabajo regula el «período de prueba» en los términos previstos en el Art. 92 bis de dicha normativa ordenando: ***«El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el artículo 96, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros TRES (3) meses de vigencia. Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción, pero con obligación de preavisar según lo establecido en los artículos 231 y 232...»*** (Artículo 2 de la ley 25877.B.O. 19/3/2004).¹

Seguidamente la ley establece una serie de reglas para celebrar el contrato a prueba, estableciendo límites y apercibimientos en caso de inobservancia para evitar que el mismo pueda ser un instrumento de fraude laboral.

- a) No puede contratar a un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el período de prueba.
- b) El uso abusivo del período de prueba con el objeto de evitar la efectivización de trabajadores será pasible de las sanciones previstas en los regímenes sobre infracciones a las leyes de trabajo.
- c) El empleador debe registrar al trabajador que comienza su relación laboral por el período de prueba.
- d) Las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social.
- e) El período de prueba, se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la Seguridad Social.

Por su parte, el Decreto 329/20 dictado en el año en curso en el marco de pandemia consecuencia del COVID-19 ordena en lo pertinente: artículo 2° «**Prohíbense los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de SESENTA DIAS (60 días contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto en el Boletín Oficial.** (art 2 del Decreto 487/2020. B.O. 19/5/2020 se prorroga la prohibición de efectuar despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de SESENTA (60) días contados a partir del vencimiento del plazo establecido por el presente Decreto).

De lo predescrito surge la existencia de dos normas en conflicto: La ley de Contrato de Trabajo la cual contempla la posibilidad de la contratación a prueba por tres meses con la facultad expresa para el empleador de despedir en dicho término, sin obligación de indemnizar, y el Decreto del Poder Ejecutivo, dictado recientemente ante la situación de referida pandemia que restringe la potestad de «despidos sin causa» por 60 días.

El interrogante que se presenta para el operador jurídico, es cuál de ellas debe primar en el supuesto que se formalice un distracto durante el periodo

CITAS

¹ www.infoleg.gov.ar.

de prueba, y cuáles son las consecuencias de dicho acto rescisorio.

Previo a señalar las dos posturas que se perfilan en relación a la problemática, es menester destacar algunas particularidades de la regulación antes citada.

2. Naturaleza de la legislación implicada

Como se expresa en los fundamentos del Decreto en análisis el mismo se inserta en un marco de **EMERGENCIA** que habilita el dictado del mismo conforme los artículos 99 inciso 1 y 3 de la CN, cuyos fundamentos a mayor abundamiento se extractan y sintéticamente se transcriben:

- Que por la Ley N° 27.541 se declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social.
- Que la crisis económica se vio agravada por el brote del nuevo Coronavirus, que diera lugar a la declaración de pandemia por COVID-19, por parte de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS).
- Que en dicho contexto, se dictó el Decreto N° 260/20 por el que se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la citada ley, por el plazo de UN (1) año a partir de la entrada en vigencia del mencionado decreto, con el fin de preservar la salud de la población.
- Que con el objeto de salvaguardar los derechos subjetivos esenciales a la vida y a la integridad física, se dictó el Decreto N° 297/20 por el que se dispuso el «aislamiento social, preventivo y obligatorio» de la población.
- Que dicha medida impacta directamente sobre la actividad económica del país y en el sistema de producción de bienes y servicios, cuestión que ha sido considerada conforme lo dispuesto en los decretos que disponen la constitución de un Fondo de Afectación Específica en el marco de la Ley N° 25.300,

Fondo de Garantías Argentino (FoGAR), con el objeto de otorgar garantías para facilitar el acceso por parte de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas a préstamos para capital de trabajo y pago de salarios, y el decreto que crea el Programa de «Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción» para empleadores y empleadoras y trabajadores y trabajadoras afectados por la emergencia sanitaria y la coyuntura económica; así como por el Decreto N° 316/20 que prorroga el Régimen de Regularización tributaria establecido en el último párrafo del artículo 8° de la Ley N° 27.541

- Que es así que se establecieron una serie de medidas que tienen como objetivo ayudar a las empresas a sobrellevar los efectos de la emergencia entre ellas, la postergación o disminución de diversas obligaciones tributarias y de la seguridad social, la asistencia mediante programas específicos de transferencias de ingresos para contribuir al pago de los salarios y la modificación de procedimientos para el acceso a estos beneficios, en función de la gravedad de la situación del sector y del tamaño de la empresa. Asimismo, se han dispuesto garantías públicas con el fin de facilitar el acceso al crédito de micro, medianas y pequeñas empresas (MiPyMES)
- Que en el contexto de las disposiciones citadas, el Decreto 329/20 pretende tutelar en forma directa a los trabajadores y a las trabajadoras como correlato necesario a las medidas de apoyo y sostén para el funcionamiento de las empresas, en este contexto de emergencia.
- Que esta crisis excepcional conlleva la necesidad de adoptar medidas de idéntica índole asegurando a los trabajadores y a las trabajadoras que esta situación de emergencia no les hará perder sus puestos de trabajo, ya que el desempleo conlleva a la marginalidad de la población.
- Que lo antedicho se inscribe en el marco de las obligaciones asumidas por la REPÚBLICA ARGENTINA en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y con el objetivo de preservar la paz social, artículo 14 bis de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, antecedentes jurisprudenciales CSJN, y, de acuerdo a las recomendaciones de la OIT.

- Que continúa expresando la norma que con arreglo a dichas pautas, resulta imprescindible habilitar mecanismos que resguarden la seguridad de ingresos de los trabajadores y trabajadoras, aun en la contingencia de no poder prestar servicios, sea en forma presencial o en modos alternativos previamente pactados.

Sabido es que la normativa antes transcrita fue dictada como respuesta a una situación sin antecedentes similares en nuestro país, la cual podría ser objeto de oportuna revisión judicial, al no corresponderse con el procedimiento regular para su sanción.

Sin desconocer la gravedad de la pandemia, y las consecuencias de dicha crisis, nótese que en los fundamentos del decreto se admite expresamente el perjuicio que la misma acarrea para ambas partes del contrato de trabajo, lo cual exigirá ponderar en el caso particular la eventual afectación de los derechos involucrados.

En este punto nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adoptado diferentes posturas, relacionadas con el control de razonabilidad de las medidas de emergencia económica.

Para determinar la validez de las normas se han barajado dos clases de análisis por parte de nuestro Máximo tribunal nacional. Un juicio de ponderación global que hace hincapié en las consecuencias e impacto general, y otro más restrictivo que pondera el grado la afectación de esas medidas sobre el derecho de propiedad de las personas. El primero ha sido criticado por brindar demasiada discrecionalidad a los jueces. El segundo por privilegiar el interés individual sobre el colectivo.

En ambos escenarios debe considerarse pormenorizadamente la viabilidad de esta clase de preceptos en el marco de un Estado republicano, signado por la división de poderes, lo que requiere un adecuado equilibrio y razonabilidad de los actos de gobierno.

Resulta ilustrativo en el tema destacar el pensamiento sobre la legislación

de emergencia económica que describe el Dr José S. Elías: «*Debe notarse que bajo cualquiera de los enfoques analizados, la normativa goza de la tradicional presunción de constitucionalidad, reforzada —en general— por una postura bastante deferente de los jueces. Quien ataca la validez de leyes de emergencia económica tiene sobre sus hombros la carga de la argumentación y, eventualmente, de la prueba. Por supuesto, ambos enfoques se distinguen en lo relativo a cuándo una norma será inconstitucional (o, lo que es lo mismo, cuándo violará la inalterabilidad de los derechos prometida por el art. 28 de la C.N). Para el primer enfoque, es imposible determinarlo a priori, y dependerá del resultado del juicio global de ponderación de diversos factores. Para el segundo, las normas que imponen quitas definitivas de capital serán «irremediablemente confiscatorias» y, en consecuencia, se hallarán «a extramuros de la Constitución...».*²

El autor citado refiere que últimamente para de los miembros del Máximo tribunal nacional se han inclinado por «*una suerte de escrutinio intermedio, que constituiría un tipo mixto entre los dos ya analizados... la propiedad y el contrato gozan de protección constitucional en el derecho argentino. Esta protección comprende tanto la libertad de contratar (que el juez ve protegida en el art. 19 de la C.N.), como la de configurar el contenido del contrato. Ambos aspectos quedan bajo la tutela del art. 17 de la Constitución...».*

Infiere que lo predescrito arroja dos consecuencias importantes que modifican el criterio tradicional de la CSJN: La primera, que «quien pretenda restringir el derecho de propiedad constitucionalmente consagrado tiene la carga argumentativa de justificar la legitimidad de su decisión». La segunda, que «toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva».

Ambos efectos se alejan del clásico control de razonabilidad que solo exigía la «mera razonabilidad» y con los subtipos específicos de emergencia económica, donde la carga argumentativa y, en su caso, probatoria, recae sobre quien impugna una norma, no sobre quien la defiende.

La interpretación restrictiva, en el caso, parece significar que las restricciones a los derechos de propiedad deben ser valoradas de forma que ellas no abarquen más supuestos que los consignados en el texto literal de la norma.

² ELÍAS, JOSÉ: «Leyes de emergencia económica y control judicial de constitucionalidad: radiografía de una relación difícil», Prof. Derecho Universidad de San Andrés.

En otro aspecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido en reiteradas oportunidades que la legislación de emergencia debe sujetarse al siguiente parámetro: «Su restricción debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y **no una mutación en la substancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato**»

Es necesario entonces definir qué es la «sustancia» del derecho y qué cuenta como una «mutación»: en cada caso particular: en el que nos ocupa, cuál es la esencia del «Periodo de Prueba», cuáles son los derechos que habitualmente se adquieren en el mismo, y así valorar si la normativa de emergencia desnaturaliza de algún modo el instituto en análisis.

3. Delimitación del problema

El principio general en el marco del contrato o relación de trabajo es el carácter de la duración indeterminada del nexo que se entabla entre las partes (92 LCT).

Sin perjuicio de ello, la ley consagra la estabilidad impropia relativa, esto quiere decir, que el empleador se encuentra facultado a despedir sin justificar la causa, con la mera carga de abonar una indemnización de orden tarifado (artículos 232, 233,245, y correlacionados LCT).

No obstante lo expuesto se contempla en el artículo 92 bis LCT, el periodo de prueba, en el que se puede despedir a los trabajadores sin abonar los referidos conceptos.

La finalidad del instituto es lograr la experiencia para ambas partes en cuanto a la adaptabilidad al contrato, valorando el empleador si el trabajador se inserta adecuadamente en la estructura empresarial, y el dependiente si la labor se ajusta a sus posibilidades y expectativas.

Como ya he mencionado anteriormente, esta es una facultad excepcional,

que otorga al empleador la posibilidad de organizar su equipo de trabajo en el marco de poderes de dirección que le son propios.

La cuestión a dirimir es si La Ley de contrato de trabajo, que es el marco general que se aplica en situaciones de normalidad puede verse alteradas en circunstancias como la presente en que nuestro país atraviesa una crisis por la pandemia COVID-19.

Esto nos lleva a considerar si el régimen de estabilidad impropia relativa, puede por un alcance temporal de 60 días transformarse en un régimen de estabilidad absoluta.

Así, el problema consiste en resolver qué sucede con los despidos en los términos del art. 92 bis, en vigencia del DNU 329/2020, es decir determinar si prima la excepcionalidad del periodo de prueba o la reglamentación coyuntural del 329/20 que prohíbe los despidos.

Y ante este interrogante, existen dos respuestas.

4. Las diferentes posiciones

a. Prevalencia del artículo 92 bis LCT por sobre el Decreto 329/20

Esta postura, calificada como «restrictiva», tiene fundamentos en el análisis de la situación de ambas partes dentro del contrato de trabajo, por el impacto que sufren tanto el empleador como el trabajador ante la crisis económica que se deriva de la situación epidemiológica aludida.

Así se valora el esfuerzo de quien debe mantenerse abonando salarios pese a la caída de ingresos, y no agravarlo, adicionándole la carga de mantener un vínculo el cual en tiempos normales no hubiese tenido que sustentar si hubiera despedido en modo previo.

Se pondera que si bien el dependiente sufre un daño, su perspectiva de con-

tinuidad es menor cuando sabe que está dentro del periodo de prueba.

Ese despido, en la mayoría de los casos se sustenta en garantizar el trabajo y el pago de salario de aquellos trabajadores que acompañan al empleador de forma permanente.

Esto, según entiende esta postura, no sería incentivar los despidos a los trabajadores a prueba, pero sí facultar al empleador de que pueda hacerlo en caso de que su actividad no le permita asumir mayores compromisos.

Así, se aplica un orden de prelación directo, en tanto entiende a la ley general, la Ley de Contrato de Trabajo, como superior frente a un decreto contingencial y de carácter temporal.

En suma, se afirma que para el desarrollo de una relación de trabajo tiene que haber seguridades jurídicas de ambas partes, sosteniendo que en casos de crisis, limitar las facultades a los empleadores, implicaría un modo injusto de aplicar la ley siempre en detrimento de la misma parte.

De esto modo se trata de conservar LA FUENTE de trabajo.

b. Prevalencia del Decreto 329/20 por sobre el artículo 92 bis LCT

Quienes se enrolan en esta postura denominada por ellos «protectoria», sostienen que el decreto 329/2020 que dispone la prohibición de los despidos en la República Argentina por el término de 60 días, es aplicable a los trabajadores en período de prueba.

Esto hace, que el carácter tuitivo de la relación de trabajo, extienda los efectos del DNU 329/20, no realizando distinción de trabajadores porque consideran que el decreto no lo hace.

En definitiva no admitiría el despido de un trabajador en período de prueba, debido a la protección especial consagrada, facultando a quien se halle en esta situación solicitar la nulidad del despido y su reinstalación.

Se funda en la interpretación que realiza de las normas constitucionales e internacionales, tomando al trabajador como sujeto de preferente tutela.

³ www.microjuris.com.ar.

Se invoca la necesidad de preservar EL PUESTO de trabajo.

5. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

A continuación efectuaré una reseña de algunos de los antecedentes jurisprudenciales dictados en el marco de la situación de conflicto de normas antes denunciada

5.1. En autos: «Salazar Jesús Gabriel c/ 25 Horas S.A. y otro s/ medida cautelar» la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo el 16 de junio de 2020, posicionándose en la postura «restrictiva» antes expuesta, concluyó que la prohibición de despidos del DNU 329/2020 no incluye al trabajador despedido que se encontraba en periodo de prueba.

El Tribunal expresó «1. *Corresponde revocar la sentencia que había admitido la medida cautelar solicitada por el trabajador, ordenando al empleador reinstalarlo en su puesto de trabajo mientras se encuentre vigente la prohibición de extinguir los vínculos laborales establecida mediante el D.N.U. 329/2020, dado que el empleado fue despedido durante el período de prueba (art. 92 bis LCT), pues la mencionada normativa resulta taxativa en su texto al prohibir los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, sin incluir expresamente otros supuestos legales, tanto extintivos como de condición temporal. 2.-El carácter alimentario de la remuneración mensual, esgrimido por el trabajador, no basta para admitir la reincorporación pretendida, pues no es posible obviar el tratamiento de otras facetas que resultan determinantes para la consideración de una medida de carácter innovativo*». Cita: MJ-JU-M-126134-AR | MJJ126134 | MJJ126134.³

5.2. En otro antecedente: «Yori Melisa c/ Adecco Argentina S.A. s/ Medidas cautelares y preparatorias», el Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral de la Cuarta Nominación Santa Fe, el 28-abr-2020, se enrola en la segunda pos-

⁴ www.microjuris.com.ar.

*tura mencionada ut supra refiriendo, entre otras cosas: «1.-Corresponde hacer lugar a la medida autosatisfactiva de reinstalación incoada por la trabajadora frente al despido incausado decidido por la empleadora durante el período de prueba, pues sobre el derecho reconocido al empleador en el art. 92 bis LCT debe prevalecer la garantía consagrada en el DNU N° 329/2020 en el marco de la pandemia provocada por el COVID-19, en cuando prohíbe los despidos sin causa por el plazo de sesenta días. 2.-La previsión del art. 92 bis es una norma de carácter general plasmada en la LCT, aplicable para todos los casos ocurridos en tiempos normales, mientras que el DNU 329/2020, con plena vigencia y jerarquía equivalente a las Leyes –conforme art. 17 de la Ley 26.122– califica como especial frente a la Ley de fondo, destinada a paliar los terribles efectos de la pandemia sobre el ya golpeado mercado de trabajo; y su finalidad no refiere a cuestiones sanitarias (generales), sino justamente a la protección del empleo en estas especiales condiciones que afectan al mundo del trabajo. 3.- La voluntad plasmada en el DNU N° 329/2020 es la de proteger los puestos de trabajo existentes, y aunque con ello se impone al empleador la obligación de retener a una trabajadora sobre la cual no ha podido evaluar acabadamente su desempeño o habiéndolo hecho no le resultó satisfactorio –sin adentrarse en las motivaciones del despido–, en un contexto extraordinario su sostenimiento resulta el mal menor para la comunidad toda.4.-Corresponde tutelar en forma directa a los trabajadores y a las trabajadoras como correlato necesario a las medidas de apoyo y sostén para el funcionamiento de las empresas, en el contexto de emergencia económica y sanitaria que atraviesa el país; así, la crisis conlleva la necesidad de adoptar medidas de idéntica índole asegurando a los empleados que esta situación de emergencia no les hará perder sus puestos de trabajo, ya que el desempleo conlleva a la marginalidad de la población».*Cita: MJ-JU-M-125387-AR | MJJ125387 | MJJ125387.⁴

5.3. Asimismo, en autos «Chocobar Micaela Alejandra c/ Castellano Lara s/ acción de amparo», el Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral de Rosario, en fecha 21-may-2020, se expidió en sentido concordante al antecedente jurisprudencial citado en punto 5.2, argumentando «1.-Corresponde admitir la medida cautelar y disponer la reinstalación de la actora en su puesto de trabajo dentro del término de dos días de notificada la resolución, pues se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho en tanto la accionada defiende su po-

sición afincada en que el art. 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo acuerda al empleador la facultad de despedir sin expresión de causa, tratándose de contratos en período de prueba y, sin embargo, esa distinción no se refleja en el texto del dec. de Necesidad y Urgencia N° 329/2020, cuyo art. 2° prohíbe despedir sin justa causa y sin distinción alguna. 2.-Advirtiendo prima facie que con el despido de la trabajadora que se encontraba en el período de prueba, se ha conculcado la norma legal que prohíbe despidos incausados y que la denegación del despacho de la medida cautelar de reinstalación concretaría un daño actual y cierto a la sustentabilidad de la vida de la trabajadora, por la pérdida de su fuente de trabajo, en tiempos donde una extraordinaria pandemia mundial azota a nuestro país, ya declarado –con anterioridad por Ley– en estado de emergencia general, debe admitirse la medida cautelar innovativa de reinstalación a su puesto de trabajo. 3.-Las medidas cautelares tienen por objeto garantizar los efectos de la decisión de un proceso judicial, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida y tal inteligencia no excluye a la acción de amparo, pues el hecho de que la cautelar y el amparo compartan el mismo objeto y fundamento, no es obstáculo –por sí solo– para decretar aquella». Cita: MJ-JU-M-125788-AR | MJJ125788 | MJJ125788.⁵

⁵ www.microjuris.com.ar.

CONCLUSIONES

En la labor judicial de interpretar y aplicar la ley al caso concreto debemos en este supuesto plantearnos un par de cuestiones de orden procesal, y sustancial.

1. Verificar si se cumplen los recaudos que habilitan la vía excepcional en el modo pretendido, es decir analizar si concurren los extremos que sustentan una medida autosatisfactiva, un juicio simplificado, amparo, y/o cautelar.

2. Una vez ponderado el filtro antes reseñado, contextualizar la problemática en el marco legal vigente, valorando los intereses en juego, la naturaleza de las normas comprometidas, la consecuencia jurídica e impacto social de la decisión.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, STORSINI: «Ley de contrato de trabajo comentada». Editorial Rubinzal Culzoni.
- ELÍAS, JOSÉ: «Leyes de emergencia económica y control judicial de constitucionalidad: radiografía de una relación difícil», Prof. Derecho. www.edupalermo.com.ar.
- FERNÁNDEZ MADRID, «Ley de Contrato de Trabajo». Tomo II, Editorial Erreius.
- PIROLO, MIGUEL «Derecho del trabajo comentado», editorial La ley.
- RODRÍGUEZ, SERGIO. «Las dos posiciones frente a los despidos en el periodo de prueba (92 bis LCT) en plena vigencia del Decreto 329/20 que prohíbe los despidos». www.eldial.com SAIJ: DACF200090.

La solución adoptada por algunos tribunales ordenando la nulidad del despido y reinstalación del trabajador es la misma que se adopta en situaciones de discriminación (Ley 23592), lo que lleva a plantearnos la entidad de la protección en este caso, a los fines de evitar incongruencias.

Concretamente en situaciones normales, «el periodo de prueba» limita el ejercicio de derechos, y así vg: la protección de los trabajadores enfermos y otorgamiento de prestaciones a la vigencia del contrato. En ese sentido no otorga un «plus» de estabilidad como el que ahora se discute, pese a la situación de vulnerabilidad en que se halla el dependiente en ese supuesto.

El inciso 6 del artículo 92 bis ordena «*El trabajador tiene derecho, durante el período de prueba, a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo. También por accidente o enfermedad inculpable, que perdurará exclusivamente hasta la finalización del período de prueba si el empleador rescindiere el contrato de trabajo durante ese lapso. Queda excluida la aplicación de lo prescripto en el cuarto párrafo del artículo 212*».

En ese sentido, sostuvo la CNAT «*en el que el despido se produjo durante la vigencia del período de prueba, la demandada contaba con la facultad de decidir la rescisión del contrato sin invocación de causa ni derecho indemnizatorio a favor del trabajador (a excepción del previsto en los arts. 231 y 232 de la L.C.T.), y lo cierto es que más allá de que el distracto se operó durante la vigencia de la licencia por enfermedad, dicha circunstancia no torna sin más el despido en discriminatorio*». (Villanueva. s. despido 14.8.12)

Seguramente, como ha ocurrido en otras situaciones de emergencia, será nuestra Corte Provincial Provincial, y en su caso la Corte Suprema de la Nación quien trace los lineamientos sobre el alcance de los preceptos en colisión, y en consecuencia, la validez de las decisiones jurisdiccionales en tal sentido. ■