

Voces: CONTRATO DE TRABAJO - CONTRATO DE TRABAJO POR TIMEPO
INDETERMINADO - PERÍODO DE PRUEBA

Título: El período de prueba en la ley 25.877

Autor: Aronna, Carlos C.

Cita: MJ-DOC-4083-AR | MJD4083

Producto: MJ,LJ

I. Introducción. Antecedentes

legislativos

La nueva regulación del período de prueba del contrato de trabajo establecida en la ley 25.877, de reciente sanción, nos motiva a volver sobre un tema abordado en ocasiones anteriores(1).

Incorporado por primera vez con carácter general en el derecho argentino a través del art. 1 de la ley 24.465, que agregó al texto de la Ley de Contrato de Trabajo el art. 92 bis, su duración ex lege fue fijada en un máximo de tres meses, autorizándose a ampliarla hasta seis meses a través de la convención colectiva.

La posterior sanción de la ley 25.013 redujo a treinta días el primero de estos plazos, manteniendo en seis meses la posibilidad de su prolongación por vía convencional.

Se desnaturalizaba, no obstante, la figura al limitar la disponibilidad colectiva impidiéndole reducir en más del cincuenta por ciento los montos indemnizatorios derivados de la ruptura.

La ley 25.250 modificó el régimen precedente estableciendo en su artículo 1° un plazo máximo legal de tres meses, susceptible de ser extendido hasta seis por la convención colectiva, sin la limitación anterior. Agregaba un tratamiento especial para los trabajadores de la pequeña empresa contemplada en el art. 83 de la ley 24.467, fijando —de manera por demás extensa— en un máximo de seis meses el plazo legal, que podría ser ampliado hasta doce meses por la mencionada vía cuando se tratara de trabajadores calificados, según definición que efectuaran los respectivos convenios.

Las graves irregularidades que, según las informaciones que se difunden, habrían precedido la sanción de aquella, han dado lugar a su derogación y consecuente reemplazo por la ley 25.877, aunque la ocasión ha resultado propicia para modificar, también, el régimen de extinción contractual previsto en la ley 25.013, respecto de la cual no se invocara ningún motivo similar.

El nuevo art.92 bis establece como principales modificaciones al régimen precedente la reducción del lapso de prueba, la eliminación de la posibilidad de su dispositivización y el deber de otorgar preaviso,

reiterando, en lo demás, con ligeras variantes, lo contemplado en el texto anterior.

Se mantienen como requisitos para su configuración: a) que se trate de un contrato de tiempo indeterminado (exceptuando el contrato de temporada); b) que el trabajador no se hubiese desempeñado anteriormente a las órdenes del mismo empleador y c) que el contrato se encuentre debidamente registrado.

II. El nuevo plazo del período de prueba. Exclusión del contrato de temporada. Caso del contrato a tiempo parcial

El art. 2 de la ley 25.877 establece que “el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el artículo 96, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros tres meses de vigencia”.

No hace mención de la prolongación del plazo a través del convenio colectivo, por lo que tal posibilidad, en tanto importaría una desmejora respecto del trabajador, debe considerarse vedada.

Como en las regulaciones anteriores, la norma limita al contrato de trabajo de tiempo indeterminado la posibilidad del lapso de prueba, reiterando la exclusión del contrato de temporada ya contenida en el texto reformado por la ley 25.250.

La incorporación a partir de la ley 24.465 del período de prueba en el art. 92 bis de la LCT para los contratos de trabajo por tiempo indeterminado planteó la duda inicial acerca de si esta expresión debía interpretarse restrictivamente, circunscribiéndola al contrato de prestación continuada o si quedaba, además, comprendido en ella, como una especie del género, el contrato de temporada.

Esta última interpretación hallaba argumento en la expresión del art.97, que establecía que el trabajador de temporada gozaba de “los derechos que esta ley asigna a los trabajadores permanentes de prestación continua” (esto es, ni mayores ni menores), con excepción de aquello que estuviere específicamente contemplado.

Efectuando una precisión hasta entonces ausente, la ley 25.250 acabó con la discusión al excluir de modo expreso al “contrato de trabajo caracterizado en el art. 96 de la Ley de Contrato de Trabajo” (art. 1, primer párrafo de ley 25.250), lo que de modo análogo repite el párrafo del régimen vigente inicialmente transcripto.

El tratamiento diferenciado en lo que respecta al contrato de temporada puede entenderse por cuanto, no obstante tratarse de un contrato de tiempo indeterminado, la discontinuidad que le es propia hace de él una figura atípica.

De no ser así, el cómputo del período de prueba de acuerdo al criterio del tiempo “efectivamente trabajado” que establece el art. 18 de la LCT podría llevar a que, cuando se tratara de ciclos menores de tres meses, el trabajador debiera prestar servicios en más de uno de ellos antes de adquirir el derecho a la estabilidad. Si bien la ley pudo haber contemplado de modo diferenciado el lapso de prueba con características adaptadas a la atipicidad contractual, estableciendo, por ejemplo, que si el ciclo de temporada tuviese una duración inferior al período legalmente fijado, su duración no debería exceder del primero de ellos, el evidente propósito del proyecto de reforma convertido en ley de limitar el uso del instituto tornaba poco probable una solución de este tipo, menos aún cuando ello tenía su antecedente en el régimen anterior.

Otra figura a la que consideramos modal, como el contrato de trabajo a tiempo parcial, no excluye la existencia del período de prueba cuando, como generalmente ocurrirá, se presente como un contrato de tiempo indeterminado, ya sea que afecte la modalidad “horizontal” (es decir, con prestación continuada

y horario reducido) o “vertical” (cuando la limitación del tiempo de trabajo deriva de la discontinuidad de la prestación). En este último caso, que es el que puede generar dudas y respecto del cual la ley no hace mención expresa, no estimamos aplicable el cómputo conforme al tiempo “efectivamente trabajado” establecido por el art. 18 de la LCT, ya que de adoptarse el criterio opuesto habría que determinar cuán prolongado debería ser el lapso de no ejecución de tareas que habilite la aplicación de esta norma.

La mención de los “meses” que efectúa el vigente art. 92 bis de la LCT lleva a considerar estos períodos en forma completa aunque no se trabaje diariamente, de modo concordante con lo que dispone el art. 25 del Código Civil.

Aunque pueda resultar obvio, cabe destacar que la imposición ope legis del período de prueba no obsta a su supresión por acuerdo de partes.

III.Reafirmación del criterio monista

Se discute en doctrina acerca de si el lapso en que el trabajador se desempeña “a prueba” constituye una relación jurídica autónoma previa a la celebración del contrato de trabajo de tiempo indefinido (dualismo) o si se trata de la etapa inicial de una única relación laboral de tiempo indeterminado que vincula a las partes (monismo).

Con poca cuidada redacción, el art. 92 bis, incorporado por la ley 24.465 al texto de la LCT, mencionaba indistintamente, al “período de prueba” (incs. 1, 3, 4, 6 y 7) y al “contrato a prueba” (incs. 2), lo que contribuía a trasladar a la doctrina nacional el debate sobre el punto existente en el derecho comparado.

Aunque el defecto pudo haberse subsanado en ocasión de la reforma del citado artículo por la ley 25.013, la oportunidad fue desaprovechada, reiterándose en su redacción las referencias indistintas al “período” (incs. 3, 4, 5 y 6) y al “contrato” a prueba (inc. 2), con la consiguiente subsistencia de la discrepancia.

Cualquiera fuere la crítica que pudiera formularsele, cabe destacar como un acierto de la ley 25.250 el haber uniformado la terminología en el texto de su art. 1º, adoptando la expresión “período de prueba”, ya que la utilización por las normas anteriores de ambos vocablos como si se tratase de sinónimos, al par de su incorrección, contribuía a dificultar la tarea hermenéutica.

La ley clarificó así su inclinación por la postura monista —correcta, a nuestro entender—, criterio que mantiene el nuevo texto del art. 92 bis al continuar utilizando la expresión mencionada (incs. 1, 2, 3, 6 y 7).

Directa consecuencia de la unidad del contrato de trabajo es el cómputo del período de prueba “como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la Seguridad Social” que dispone el inciso 7.

IV.Prohibición de reiterar la

contratación

El empleador “no puede contratar a un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el período de prueba.” (inc. 1).

La escueta fórmula legal referida a la prohibición de reiterar la contratación lleva, por insuficiente, a la necesidad de precisar si ella está limitada a la misma actividad o si su amplitud es tal que alcanza a

todo tipo de trabajo a las órdenes del mismo empleador.

La legislación española (E.T., art. 14.1), principal fuente de nuestras reformas legales más recientes, limitó la prohibición al desempeño de “las mismas funciones”, aunque la doctrina y la jurisprudencia acotaron la expresión considerando que la realización anterior de funciones diferentes no excluye la calificación de abusividad cuando existan razones para pensar que el correcto desempeño de las tareas previas implica aptitud en las nuevas funciones(2).

Pero la referencia a “las mismas funciones” u otra expresión similar no existe en el texto del inc.1º, por lo que no cabe establecer un requisito que la ley no impone, menos aún cuando lo que se instrumenta es una limitación al derecho a la estabilidad del trabajador, cuya interpretación debe ser restrictiva.

Con poca precisa redacción concluye el citado inciso que, de reiterar la contratación, “se considerará, de pleno derecho, que el empleador ha renunciado al período de prueba”.

Estimamos que antes de presumir la renuncia del empleador (es decir, un acto rescisorio voluntario unilateral) hubiese bastado con establecer como no configurado el período de prueba ante la existencia de un dato objetivo que constituye un impedimento legal.

Similar presunción se reitera —según se verá— ante la falta de registración del contrato, norma respecto de la cual adelantamos también nuestra crítica por similares motivos.

La fórmula legal no deja dudas acerca de que la prohibición de reiterar la contratación rige aunque el empleador hubiese decidido en la etapa anterior extinguir el contrato antes de cumplirse los tres meses, por lo que, habiendo renunciado a la facultad de prolongar el vínculo hasta el máximo legalmente autorizado, carece de derecho a hacer uso en el futuro del tiempo faltante.

Igual ocurre, en nuestra opinión, aunque hubiese sido el trabajador quien renunciara al empleo antes de agotarse el plazo referido.

La prohibición de contratar al trabajador “más de una vez utilizando el período de prueba” alcanza, también, a los que se hubiesen desempeñado con anterioridad bajo alguna de las modalidades que lo excluyen (plazo fijo, temporada, eventual), conforme la tésis de la norma legal.

V. Aformalidad del contrato y

exigencia de registración

El art. 92 bis de la LCT hasta ahora vigente no preveía expresamente ninguna formalidad especial para el contrato de tiempo indeterminado con período de prueba, lo que no ha sido alterado por la reforma.

Ello remite al principio general de aformalidad establecido por el art. 48. Pero el inciso 3 del texto actual, reiterando el criterio preexistente, impone al empleador “registrar al trabajador que comienza su relación laboral por el período de prueba”, estableciendo que, de no hacerlo, “se entenderá de pleno derecho que ha renunciado a dicho período”, expresión sobre la cual adelantáramos nuestra objeción.

El modo imperativo utilizado en este caso por el texto legal, al igual que en el de la reiteración de la contratación referido en el punto anterior, descarta la posibilidad de admitir la prueba en contrario.

Frente a la ausencia de mención expresa sobre el particular en las leyes que precedieron a la sanción de la ley 25.250, la jurisprudencia ya había subordinado la existencia del período de prueba a la observancia del requisito registral (cfr. CNAT, sala VII, 18/3/99, autos “Grosso, V. c. A.C.P. Industria

Corrugadora S.R.L.”; CNAT, Sala VIII, 16/ 9/ 97, autos “ Ledesma, Carlos c. Veiba Producciones S.A.”)(3).

En nuestra opinión, bastará para tener por cumplido el requisito, la sola registración del contrato de trabajo de tiempo indeterminado, sin que resulte imprescindible la expresa mención de la existencia del período de prueba, por cuanto aquél “se entenderá” celebrado de este modo, según lo prescribe el artículo citado en su párrafo inicial.

VI. El “uso abusivo” del período de prueba

El inciso 2 establece que “el uso abusivo del período de prueba con el objeto de evitar la efectivización de los trabajadores será pasible de las sanciones previstas en los regímenes sobre infracciones a las leyes del trabajo. En especial, se considerará abusiva la conducta del empleador que contratare sucesivamente a distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente”.

La utilización, con lamentable frecuencia, de esta figura con propósitos de fraude ha llevado a reiterar en la norma citada la fórmula similar contenida en el inc.1) del régimen anterior, lo que conduce a plantearnos los mismos interrogantes que nos suscitara esta última.

Conviene tener en cuenta que tal reiteración de la contratación se encuentra ligada al propósito de que a través de ella se intente “evitar la efectivización de los trabajadores”, ya que podría ocurrir que su contratación a prueba obedeciese a una necesidad real del empleador.

Sin duda la calificación de su proceder en tal sentido constituye una cuestión de hecho y prueba que, como tal, dependerá de las circunstancias razonablemente apreciadas por el juzgador.

No cabe considerar sino como una presunción “juris tantum” la referida a la hipótesis de la sucesiva contratación a prueba para un mismo puesto de trabajo a que hace mención la parte final de la norma transcripta, ya que de interpretarse ésta literalmente y sin admitir prueba en contrario, quedaría ella vedada aunque pudiera demostrarse que ninguno de los trabajadores que ocuparon el mismo hubiese satisfecho las expectativas que se tuvieron en mira en su oportunidad.

VII. Derechos y obligaciones de las partes. Derechos sindicales del trabajador

Durante el período de prueba las partes tienen los derechos y deberes propios del vínculo contractual, con las excepciones que expresamente se señalan (inc. 4).

Entre los primeros se incluyen, sin mayores precisiones, “los derechos sindicales” del trabajador, lo que, analizado en el contexto del art. 92 bis, lleva a concluir que, si bien el mismo no se halla imposibilitado de postularse como candidato y de ser electo para un cargo sindical, su situación de estabilidad en el empleo se encontrará condicionada por la precariedad del vínculo.

No parece que pueda otorgarse a la expresión entrecomillada un alcance que fuera más allá de la finalidad esencial del instituto, cual es el derecho a la resolución contractual durante el lapso de prueba, por lo que deben entenderse inaplicables durante el mismo los arts.48, 50 y 52 de la ley 23.551, que no pueden prevalecer frente a la decisión extintiva de la empleadora, por lo que no cabe observar el procedimiento previsto en el último de estos artículos para disponer el cese del trabajador pendiente el plazo respectivo.

De todos modos, hubiese sido conveniente que la nueva ley —y la crítica vale extenderla, en este punto, también a las anteriores— despejara dudas mediante una referencia expresa a la necesidad de observar o no en el caso el procedimiento de exclusión de la tutela sindical, lo que, obviamente no pudo

ser contemplado en la ley 23.551, sancionada con anterioridad a la incorporación del instituto al texto de la Ley de Contrato de Trabajo.

Durante el período de prueba las partes se encuentran obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social (inc. 5), lo que es coherente con lo dispuesto en el inc. 7.

VIII. Riesgos del Trabajo. Enfermedades y accidentes inculpables

Durante el período de prueba el trabajador tiene derecho a las prestaciones por accidentes o enfermedades del trabajo abarcadas por la LRT, con la consiguiente atenuación que ésta impone a la responsabilidad del empleador.

También tiene “los derechos establecidos para el caso de accidente y enfermedad inculpable” contemplados en la LCT.

Pero el texto del inciso 6, referido al tema, ha eliminado la precisión que efectuaba el mismo inciso en su redacción anterior, en cuanto aclaraba que ello perduraría “exclusivamente hasta la finalización del período de prueba si el empleador rescindiere el contrato de trabajo durante ese lapso”.

Prescindiendo del acierto de la solución instrumentada por el art. 1º inc. 6º del régimen anterior, la misma sirvió para superar las dudas generadas anteriormente respecto de la subsistencia de lo dispuesto por el art. 2º del decreto 738/95, reglamentario del artículo 1º de la ley 24.465, tras la reforma por la ley 25.013 del art.92 bis de la LCT.

Es así que el mismo incorporó al articulado de la ley 25.250 la solución que anteriormente contemplaba la norma reglamentaria, disponiendo que las prestaciones por accidente o enfermedad inculpable subsistirían hasta la finalización del período de prueba aunque el empleador hubiese decidido poner fin al contrato antes de concluido éste.

Aunque la norma eliminaba un problema interpretativo, la solución adoptada no estuvo exenta de cuestionamientos, por entenderse que ella implantaba “una suerte de subsidio cuyo pago se carga al empleador trastrocando un instituto destinado al mejor conocimiento previo de las partes”(4).

Entendemos, no obstante, que la solución legal podía estimarse concordante con la que informa la norma del art. 213 de la LCT, cuya aplicabilidad resultara desplazada por la norma específica referida al lapso de prueba.

Se coincidiera o no con ella, lo cierto es que la eliminación del párrafo mencionado habrá de renovar el debate sobre el tema, lo que probablemente llevará a retornar a la objetable práctica de diferir a la norma reglamentaria lo que debió expresarse en el texto legal.

Al igual que en el caso anterior se excluye al trabajador en período de prueba de lo establecido en el cuarto párrafo del art. 212 de la LCT.

IX. Deber de preavisar. Indemnización sustitutiva

En la regulación del período de prueba por las leyes 24.465 y 25.250 había sido solución reiterada la facultad de ambos contratantes de extinguir el contrato durante el mismo sin responsabilidad indemnizatoria, mediere o no causa justificada.

Únicamente la ley 25.013 la alteró al limitarla al período ex lege, determinando que durante la extensión convencional regirían “las normas generales en materia de indemnización y preaviso”,

aunque autorizando la disponibilidad colectiva hasta el 50% de las respectivas indemnizaciones. Tal solución, incompatible con el carácter del período de prueba, entendido como un lapso de libre disponibilidad del contrato, que fue dejada de lado por la reforma de la ley 25.250, halla ahora parcial acogimiento en el nuevo régimen, ya que si bien el párrafo inicial del artículo 92 bis reitera el derecho de ambas partes de extinguir la relación “sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción”, establece la bilateralidad de la “obligación de preavisar según lo establecido en los arts. 231 y 232” de la LCT (cabe destacar que el art. 6 de la ley 25.013 fue derogado por el art. 41 de la ley recientemente sancionada).

El artículo 231 de la LCT, reformado por el art. 3 de la ley 25.877, establece que, cuando las partes no lo fijan en un término mayor, el preaviso deberá darse con una anticipación “a) por el trabajador, de quince (15) días; b) por el empleador, de quince (15) días cuando el trabajador se encontrare en período de prueba.”.

El plazo comenzará a correr al día siguiente de su notificación.

Por aplicación de lo dispuesto en el art. 232 de la LCT —que no ha sufrido alteraciones— debe entenderse sancionado el incumplimiento de otorgar el preaviso o su otorgamiento insuficiente con el pago de una indemnización equivalente a la remuneración que correspondería al plazo señalado.

No cabe integrar la misma con los salarios faltantes hasta el último día del mes del despido, como, en cambio, ocurre con las indemnizaciones correspondientes a los trabajadores cuyos contratos no se encuentran en período de prueba (artículo 233, in fine, de la LCT, mod. por el art. 4 de la ley 25.877).

X. Exclusión de responsabilidad indemnizatoria por despido. Casos no contemplados

La ley ha mantenido la facultad de las partes de extinguir el contrato durante el período de prueba sin expresión de causa, sin responsabilidad indemnizatoria.

Pero si no hay dudas sobre la improcedencia del reclamo de la indemnización por despido, no resulta tan clara la determinación de las restantes a las que pudiera el trabajador tener derecho pendiente dicho lapso.

Resalta en este punto lo referido a la mujer despedida durante el mismo cuando ha comunicado su estado de embarazo sobreviniente o a los trabajadores de ambos sexos despedidos por causa de matrimonio.

El tema planteado con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, pudo y debió ser aclarado por ésta, lo que no ha ocurrido.

Un fallo de la Sala IV de la CNAT estableció que “la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo sin ninguna reparación durante el período de prueba se refiere a las indemnizaciones tarifadas a las que alude el art. 245 de la LCT y a las que conciernen a la denuncia del contrato sin preaviso” pero concluyendo que “resultan aplicables los arts. 177 y 178 de la LCT” por lo que, producido el despido de la trabajadora embarazada “al día siguiente en que el empleador recibió la comunicación de dicho estado, no mediando elementos que permitan concluir que no tuvo en cuenta esa circunstancia y que la decisión obedeció a una expectativa frustrada de rendimiento, corresponde el pago de la indemnización del art. 182 de la LCT” (CNAT, Sala IV, 24/4/98, autos “Fernández, Marcela c. Bas S.A. s. despido”)(5).

Tal criterio mereció en su momento la crítica de MARTÍNEZ VIVOT, por estimarlo contrario a la expresión legal referida a la extinción “sin derecho a indemnización alguna”, trayendo en su apoyo la

opinión coincidente de CARLOS A. ETALA, Secretario de Trabajo de la Nación al tiempo de sancionarse la ley 24.465, quien al comentar el art.92 bis extiende la aplicabilidad de la norma a los casos de “embarazo, matrimonio y representación sindical”(6).

Era opuesta la opinión de SAPPIA, para quien el caso de la trabajadora embarazada constituía una excepción al principio de libre rescisión que consagraba el art. 92 bis de la LCT entonces vigente, por considerar que el mismo no podía derogar la presunción del art. 178 de la LCT, que establecería “un sistema de estabilidad absoluta transitoria a favor de la empleada grávida” que no reconoce excepciones, salvo que se lo hubiese pactado expresamente(7).

En nuestra opinión, la libre resolución del contrato durante el período de prueba no admite, en principio, más limitaciones que la necesidad de otorgar el preaviso. Pero asiste a la trabajadora embarazada que ha notificado oportunamente su estado —o, en su caso, a cualquier trabajador que hubiera sido objeto de despido por causa de matrimonio— la posibilidad de demostrar que la extinción respondió a una práctica discriminatoria.

Sin dejar de advertir su dificultad de concreción en la práctica, compartimos la orientación fijada por la sala III de la CNAT al pronunciarse de modo favorable a la aplicación de los arts. 177 y 178 de la LCT en los casos en que la trabajadora embarazada pudiera probar “que fue la maternidad el motivo determinante del despido, sin dejar dudas de que se configuró un acto de discriminación” (CNAT, Sala III, 5/3/98, autos “Guisado de Jakobs c. KB Servicios S.A.”)(8).

Este criterio, obviamente anterior a la sanción de la ley 25.877, no ha perdido vigencia tras la derogación del artículo 11 de la ley 25.013, en razón de lo que establece la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ley 23.179), de rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN).

(1) TySS, 2000-1052.

(2) BALLESTER PASTOR, M. AMPARO, El Período de Prueba, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 39. STCT, 10-5-76, Ar /2442 cit. en nota por la anterior, p. 39.

(3) DT, 1999-1558 y sgts.; TySS, 1998-1051 y siguientes.

(4) CARCAVALLO, HUGO R., El nuevo período de prueba de la ley 25.250, TySS, 2000-484. En igual sentido, GÉREZ, OSCAR R., El Período de Prueba en la Reforma Laboral del Año 2000, DL Errepar, N° 179, p. 605.

(5) TySS, 1998-1042.

(6) MARTÍNEZ VIVOT, JULIO J., Despido de una trabajadora embarazada durante la vigencia del período de prueba (nota a fallo), TySS, 1998-1045.

(7) SAPPIA, JORGE J., Empleo y flexibilidad laboral, Astrea, Bs. As., 1996, p. 35.

(8) TySS, 1998-1037 y sgts.