

PERIODO DE PRUEBA EN LA EMERGENCIA. AUSENCIA DE VALIDEZ DEL ART. 92 BIS LCT. SUSPENSIÓN TEMPORARIA DE LOS PLAZOS DE PRUEBA Y LA EVENTUAL REANUDACIÓN DE SU CÓMPUTO.

**MARINA GABRIELA MAGNANO.
FERNANDO DANIEL RAMALLO.
LUCAS PAOLONI.
MAXIMILIANO NOBLE**

- **PERIODO DE PRUEBA**

El art. 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante LCT) establece que el contrato por tiempo indeterminado se entiende celebrado a prueba durante los tres primeros meses de vigencia. Asimismo, la norma en su redacción, impone una serie de recaudos a los fines de la procedencia de dicho instituto. De todas ellas, la que nos interesa a los fines de este trabajo es la nota que podríamos afirmar que es lo que más lo tipifica y que conlleva, predominantemente al empleador, a no renunciar a este periodo; y es la que hace referencia a que cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa y, a su vez, la que agrega que en tal caso la misma se producirá sin derecho a indemnización alguna. Es esa nota caracterizante, la que, a *prima facie*, podríamos decir que identifica al instituto y cuyo análisis resulta relevante, a la luz de lo dispuesto por el Decreto de Necesidad y Urgencia (en adelante DNU) 329/2020, y sus prórrogas, que suspende los despidos.

El periodo de prueba se convierte en el primer tramo del vínculo contractual, donde el empleador, si bien debe cumplir con todas las obligaciones atinentes a un contrato indeterminado típico (cargas sociales, pago de la remuneración, obligación de registrar debidamente la relación laboral, y demás), goza de lo que de alguna manera podemos llamar “beneficio” de rescindir el contrato, de modo unilateral, sin expresión de causa, mediando preaviso (propio de los contratos destinados a larga duración y teniendo como base el principio de buena fe) y sin sufrir las consecuencias propias de un despido incausado, dato no menor desde un análisis económico del derecho.

Sin perjuicio de las distintas posiciones en cuanto a si la naturaleza del periodo de prueba es la de un contrato preliminar (teoría dualista) o si bien se trata de un único contrato (teoría monista); en cuanto a su fundamento, se ha señalado que la finalidad de la institución es el mutuo conocimiento entre las partes o la necesidad de constatar la aptitud profesional (o falta de ella). Etala explica que, a su juicio, la previsión de un periodo de prueba en el contrato de trabajo cumple la finalidad de permitir al empleador evaluar al trabajador, y puntualiza que, con anterioridad a la introducción del art. 92 bis de la LCT, los empleadores estaban inducidos a efectuar contrataciones en negro destinadas a operar como verdaderos periodos de prueba sustitutos. Por otro lado, no debemos desconocer posiciones que sostienen que el instituto del periodo de prueba no regula un verdadero proceso de comprobación, sino que es una mera postergación del acceso a la tutela del derecho a la estabilidad.

- **DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA**

Como antes hiciéramos referencia, el 31/03/2020, se dictó el decreto DNU 329/2020 en virtud del cual se prohibieron por 60 días los despidos sin justa

causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor. Dicha prohibición fue sucesivamente prorrogada por los DNU 487/2020, 624/2020 y el reciente 761/2020. Por lo que cabe preguntarse si queda incluida dentro de esta normativa toda aquella persona que, al momento de su dictado, se encontraba durante el periodo de prueba.

Para analizar esta problemática, debemos distinguir, en primer lugar, las disposiciones de los decretos 329 y 487 de las contenidas en los DNU 624 y 761. En efecto, mientras los dos primeros establecen una prohibición lisa y llana de despidos sin causa, los dos últimos prevén que dicha prohibición no será aplicable a las contrataciones celebradas con posterioridad a su entrada en vigencia. Es así que la cuestión objeto del presente trabajo se circunscribe a aquellas relaciones de trabajo (debidamente registradas) iniciadas con anterioridad al 29/05/2020 (fecha de fin de la prórroga dispuesta por el DNU 487 e inicio de la entrada en vigencia del DNU 624).

- **SITUACIÓN DE EMERGENCIA. FUNDAMENTOS Y LÍMITES**

La normativa que prohíbe los despidos sin justa causa tiene la naturaleza de decretos de necesidad y urgencia, y se da en el marco de la ampliación de la emergencia sanitaria dispuesta por el Decreto 260/2020 y su modificatorio, y del aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) dispuesto por el Decreto 297/2020.

Indica Grisóla que este derecho debe su nacimiento a una situación socioeconómica afín. La doctrina de la emergencia acepta que, en situaciones de crisis, ciertos poderes constitucionales se ejerzan con mayor intensidad, ya que la seguridad jurídica fue pensada para épocas de sosiego y normalidad y no para épocas de crisis.

En la situación bajo examen, la crisis económica mundial que ha generado la pandemia repercute indefectiblemente en el mercado de trabajo. Particularmente en la pérdida de puestos de labor. Es por ello que se tornó imperioso adoptar medidas excepcionales en miras a garantizar la manda constitucional de la protección contra el despido arbitrario, prevista en el art. 14 bis de la Constitución Nacional (en adelante CN)

Precisamente, a la hora de analizar las disposiciones de emergencia en cuanto a su alcance y límites, debe hacerse bajo el prisma del principio protectorio, reconocido Constitucionalmente en el art. 14 bis de la CN, que ordena proteger el trabajo en todas sus formas, como así también del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que goza de jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 de la CN. También tenemos que tener presente que es marco de referencia obligatorio la normativa internacional de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), la cual, a partir de su estructura tripartita en la que están representados los Estados, pero también las organizaciones de trabajadores y de empresarios, ha ido desarrollando instrumentos jurídicos que contemplan los derechos e intereses de todas las partes, incluso ante posibles pandemias, y procuran un respeto a los derechos laborales que conjugue a la vez con un desarrollo empresarial sostenible. Ello ha sido tenido en cuenta en los propios considerandos del DNU 329 en el cual reza: "Que la Organización Internacional del Trabajo, el 23 de marzo de 2020, ha emitido un documento 'Las normas de la OIT y el Covid 19 (Coronavirus)' que revela la preocupación mundial y alude a la necesidad de que los gobiernos implementen medidas dirigidas a paliar los efectos nocivos en el

mundo del trabajo, en particular en lo referido a la conservación de los puestos de labor y en tal sentido recuerda la importancia de tener presente la Recomendación 166, que subraya que todas las partes interesadas deberían tratar de evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio, y esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo por estos motivos, para el trabajador o trabajadores interesados (...)".

Como puede advertirse, el referido decreto alude también a la Recomendación n.º 166 de la OIT en lo atinente a la necesidad de procurar evitar o limitar la terminación de las relaciones de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales y análogos. Es dable remarcar que, dicho instrumento ha sido ratificado por la Argentina y tiene jerarquía superior a las leyes (Art. 75, inc. 22, 1º párrafo, CN).

Más allá de los fundamentos antes señalados, no debemos olvidar que, si bien es una situación excepcional, no se deja de ser de emergencia y, por ende, debemos atenernos a los principios que la informan. Principios que tanto la doctrina y jurisprudencia han ido diseñando y estructurando a través de los años y de las distintas situaciones vividas en nuestro país. Señala, Ekmekdjian que la jurisprudencia ha exigido el cumplimiento de varios requisitos para aceptar la extensión de los poderes: a) la situación de emergencia debe ser declarada por el Congreso; b) debe perseguir un fin público que consulte los intereses superiores del país; c) las restricciones constitucionales deben ser transitorias; d) las medidas elegidas por el Congreso deben ser proporcionadas al fin buscado. Agrega el antedicho constitucionalista que, en el año 1990, la Corte Suprema de Justicia volvió sobre el tema, afirmando que, sin violar los derechos y garantías constitucionales, se puede postergar "dentro de límites razonables" el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos.

De lo referido, podemos desprender que se trata de normas cuya vigencia es esencialmente temporaria. Están destinadas a durar un período concreto de tiempo; caso contrario, devienen inconstitucionales. Ello es más claro aún si las disposiciones de emergencia emanan de decretos de necesidad y urgencia. Nuestra Corte Suprema dictó sentencia en "Verrocchi" ("Verrocchi, Ezio Daniel c. Poder Ejecutivo Nacional, Administración Nacional de Aduanas s/acción de amparo", Fallos 322:1726 (1999). La Ley, 2000-A, 85), en el cual dejó sentado, como uno de los requisitos de los DNU, que no aniquilen —ni aun en la emergencia— el derecho limitado mediante la norma (Cf. consid. 10 del voto de la mayoría).

- **AUSENCIA DE VALIDEZ TEMPORARIA DEL ART. 92 BIS LCT**

Ahora bien, conforme lo antes referenciado, tenemos una norma que permite los despidos en el periodo de prueba sin expresión de causa y luego otra que nos prohíbe los despidos, sin expresar si se aplica al periodo de prueba de aquellos trabajadores que estaban en ese tramo del contrato de tiempo indeterminado al momento del dictado de la normativa en cuestión. Y todo ello, sin dejar de remarcar que la segunda norma fue dictada en una situación de emergencia, lo que, de alguna manera, por los fundamentos esgrimidos con anterioridad, le da una mayor jerarquía sin dejar de soslayar su

carácter “temporal”, esencia que informa las normas de emergencia.

A los fines de poder dilucidar lo que en “apariencia” es un conflicto normativo, una primera conclusión que podríamos aventurarnos a decir es que la norma no hizo referencia de manera expresa a la prohibición de despedir en los casos en que el trabajador se encuentre en período de prueba, por lo que donde la ley no distingue tampoco debe hacerlo el intérprete. De ahí es que, si la norma no exceptuó al periodo de prueba de dicha regulación, luego no tendría razón de hacerse al momento de su aplicación. Por un lado, no sólo por aplicación del principio romano que reza que donde la ley no distingue, no debemos distinguir; sino por la propia finalidad de la normativa de emergencia, que es proteger las fuentes de trabajo ante la delicada crisis económica generada a nivel nacional y global por la pandemia; resultaría arbitrario excluir a los trabajadores que están en período de prueba de la protección prevista por los decretos de necesidad y urgencia que prohibieron los despidos sin causa. Más aún si tenemos en cuenta que tal distinción resultaría contraria al principio de favorabilidad.

También, podríamos afirmar que la ley de contrato de trabajo es una norma general y por lo tanto conforme los criterios generales de interpretación la norma general cede frente a la norma especial. Siguiendo este lineamiento, el decreto resultaría de aplicación, sin más.

Sin perjuicio de ello, estimamos que debemos ir un poco más allá de dichas conclusiones generales y desentrañar los fundamentos de la figura, que nos ayude a visualizar su naturaleza más profunda en orden a determinar la aplicabilidad del decreto en cuestión al periodo de prueba. Todo ello, sin perjuicio de los fundamentos esgrimidos anteriormente que también estimamos válidos.

Consideramos que, en realidad, no existe un conflicto normativo, y ello es porque sostenemos que el art. 92 bis LCT, durante la vigencia de esta situación de emergencia, ha perdido validez. Es decir, que su inaplicación responde a que no es una norma válida. Ello obedece a que los decretos 329, 487, 624 y 761, implican nuevas normas que conllevan la inaplicación de la norma hasta entonces válida (art. 92 bis, LCT) con lo que esta pierde su eficacia y con ello su validez. Es importante remarcar que no estamos ante una derogación de una norma hasta entonces válida, sino ante una pérdida de validez por pérdida de eficacia.

El ámbito de validez de una norma puede tener distintas dimensiones. Es por ello que el mencionado ámbito puede ser restringido o ampliado. Restringir o ampliar el ámbito de validez de una norma es modificar su contenido. Pero dicho contenido puede modificarse también en otro sentido. Es decir, puede modificarse no solo en el ámbito personal, temporal y territorial de validez de la norma, sino también su ámbito material de validez. El ámbito material de validez de una norma es la conducta que la misma establece como debida y las condiciones que la misma prevé.

- **SUSPENSIÓN DE PLAZOS QUE ESTABAN CORRIENDO. REANUDACIÓN**

En función de lo expuesto, podemos inferir dos conclusiones:

En primer lugar, la prohibición no implica la derogación de los derechos y deberes de las partes, previstos en el art. 92 bis de la LCT. La normativa de emergencia puede postergar, pero no aniquilar dicho derecho. De allí que la

ausencia de validez de la norma (art. 92 bis) se retomará una vez que pierda vigencia el derecho de emergencia que la sustenta. Ello implica retomar los plazos que consideramos suspendidos.

Por otra parte, entendemos que sostener lo contrario implicaría reconocer a una normativa excepcional y transitoria, como lo son los DNU dictados en el marco de la emergencia generada por la pandemia, la potencialidad de extinguir derechos que están reconocidos en una ley del Congreso, que no está derogada – como lo es la LCT -, lo que sería contrario al orden constitucional.