

EL PERIODO DE PRUEBA (ART. 92 BIS LCT) EN LA LEY DE BASES

FERNANDO ALFREDO CALANDRA¹

ABSTRACT: El presente artículo tiene como finalidad exponer un análisis sobre la ampliación del plazo de periodo de prueba dispuesto por la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos.

I) INTRODUCCIÓN

Actualmente el periodo de prueba en las relaciones de trabajo es de 3 (tres) meses de conformidad con lo normado en el art. 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT en adelante).

Sin embargo, la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (en adelante “Ley de Bases”) introdujo modificaciones en el plazo, ampliando de tres 3 (tres) a 6 (seis) meses el período de prueba de los contratos de trabajo por tiempo indeterminado.

A raíz de esta modificación es importante hacer un comentario y reflexión sobre la inconstitucionalidad e inconveniencia de la modificación en el período de prueba del contrato de trabajo introducido por el DNU 70/2023, cuyo Capítulo IV se encuentra suspendido en su aplicación gracias al excelente fallo dictado por la Sala de FERIA de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT) , en la Sentencia Interlocutoria N.º 1 - Expte. N.º 56862/2023/1 - Autos Incidente N.º 1 - Actor: Confederación General del Trabajo de la República Argentina c. Poder Ejecutivo Nacional s/ incidente, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo -

¹ Abogado (UNPSJB). Especialista en Derecho Laboral (Universidad Blas Pascal). Magister en Derecho del Trabajo y RR.LL (UNTREF). Especialista en Derecho Procesal Civil (UBA). Especialista en Derecho de Daños (UBA). Especialista en Discapacidad y Derecho (UBA). Especialista en Administración de Justicia (UBA). Especialista en Defensas y Garantías (Universidad Nacional del Litoral). Especialista en Derecho Tributario (Universidad de Belgrano). Especialista en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional (Universidad de Bolonia). Especialista en Violencia de Género, Estado, Políticas Públicas y Movimientos Sociales (OEA – Ministerio de Mujeres, Diversidad y Género). Maestrando en Derecho Procesal (Universidad Nacional del Rosario). Doctorando en Derecho (Universidad Nacional del Rosario). Disertante y ponente en distintos eventos académicos nacionales e internacionales. Autor de distintos artículos publicados en Hammurabi, Revista IDEIDES, IJ Editores, entre otros.

Sala FERIA, con voto de los Dres. María Dora González, José Alejandro Sudera, y Andrea E. García Vior.

Cabe destacar que el mencionado precedente se encuentra actualmente en tratamiento ante nuestro máximo tribunal nacional (Corte Suprema de Justicia de la Nación) por medio de un recurso extraordinario deducido por el Estado Nacional.

II) DESARROLLO

1.- El período de prueba en la Ley 25.877 y en la Ley de Bases

En primer lugar, resulta necesario describir el antecedente del período de prueba previo al DNU 70/23 y Ley de Bases.

El período de prueba en el texto de la ley 25.877 decía lo siguiente: *"El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el art. 96, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros tres 3 (tres) 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 arts. 231 y 232 (...)"*.

Ahora bien, según el texto de la Ley de Bases en su art. 71 establece que *"Art. 71.- Sustitúyese el art. 92 bis de la ley 20.744 (T. O. 1976) y sus modificatorias, por el siguiente: 'Art. 92 bis.- Período de prueba. El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el art. 96, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros seis [6] 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 arts. 231 y 232. (...)"*.

2.- Concepto de período de prueba

El instituto puede ser definido como el lapso del contrato de trabajo ordinario celebrado para durar por tiempo indeterminado en el que cualquiera de las partes puede extinguir el vínculo durante su transcurso con la única obligación de otorgar preaviso o en su defecto abonando la indemnización sustitutiva

equivalente y que al no haberse activado el derecho a la estabilidad el despido sin causa que el empleador disponga no es considerado un ilícito contractual². También es ilustrativo el concepto que aporta el profesor Etala, recordando una expresión del maestro Deveali el período de prueba es algo más bien parecido a un período de carencia cuyo transcurso es necesario para que puedan encontrar aplicación en plenitud las normas de protección que corresponden a un contrato de trabajo de tiempo indeterminado³.

3.- Aspectos normativos no modificados por la Ley de Bases

Ahora bien, es importante mencionar que las siguientes reglas no fueron modificadas por el Ley de Bases mencionado, por lo que subsisten las siguientes:

1. EL empleador no puede otorgar periodo de prueba a un mismo trabajador, más de una vez.
2. El uso abusivo de la figura será pasible de nulidad absoluta (fraude laboral).
3. Las partes tienen los derechos y las obligaciones propias de la relación laboral, con las excepciones expresas.
4. Las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social.
5. 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 de este y excluyendo la aplicación de cuarto párrafo del art. 212.

3.- ¿Cuál es la finalidad del período de prueba?

El período de prueba según Montoya Melgar sirve para que las partes logren un conocimiento empírico de la relación: "El período de prueba es negocio jurídico

² MAZA, M. A y HOCKL, M. C., "Tratado de Derecho del Trabajo", t. II, cap. IV, ACKERMAN M. (dir.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 395.

³ ETALA, C. A., "Contrato de trabajo", Ed. Astrea, Buenos Aires 1998, p. 206, p. 483.

bilateral mediante el cual el empresario y el trabajador pretenden el conocimiento empírico de las condiciones contractuales que habrán de regir en el futuro añadiendo que en este terreno las partes de contrato de trabajo buscan una experimentación sobre el terreno de la relación de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes..."⁴.

Entonces, podemos decir que la naturaleza jurídica de la figura del periodo de prueba es una evaluación recíproca; tanto el empleador como el trabajador evalúan el vínculo laboral.

Por tanto, el plazo está dispuesto para que las partes conozcan la como es la relación de trabajo. El empleador evaluará al trabajador su compromiso, idoneidad, competencias, perfil laboral, conocimientos, aptitudes, responsabilidad, entre otras. Mientras que el trabajador analizará su pertenencia en la empresa, expectativas de crecimiento, ambiente de trabajo, etc.

Para dicho examen o experimento de las cualidades y aptitudes referidas, bastan los tres 3 (tres) meses del sistema vigente, en especial, teniendo presente la evaluación en dicho período es una continuidad del proceso de reclutamiento.

Extender el periodo a 6 (seis) u 8 (ocho) meses, implica desvirtuar la figura y asegurar el "gatillo fácil" del trabajo, permitiendo el empleador pueda extinguir la relación laboral y contratar un nuevo empleado.

Asimismo, el plazo de 6 (seis) meses de la actual reforma, es sumamente excesivo, extenso e innecesario, por tanto, irrazonable y arbitrario; carece de justificación que un empleador cuente con tan extenso margen temporal para probar si el trabajador resulta o no apto para el cargo y función.

La ampliación desvirtúa el fin del periodo de prueba, porque un periodo de 3 (tres) meses o, inclusive menos, es suficiente para las que las partes evalúen el contrato de trabajo. Por tanto, considerando que la finalidad del período de prueba es conocer la idoneidad del trabajador para el puesto, bastan los 3 (tres) meses que dispone el régimen actual.

4.- Antecedentes

⁴ MONTOYA MELGAR, A., "Derecho del Trabajo", Tecnos, Madrid, 1985, 6ª ed., p. 492 y ss.

En este acápite cabe hacernos la siguiente pregunta ¿Por qué el régimen actual (Ley 25.877) previó un periodo de prueba de 3 (tres) meses, y no dos, cuatro, cinco, etc?

A fin de responder este interrogante, cabe mencionar que el periodo de 3 (tres) meses fue una creación jurisprudencial.

El entonces art. 266 de la LCT en su versión original (Ley 20.744), establecía que la indemnización por antigüedad o despido será equivalente "*...a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses...*".

Entonces, la base de cálculo del art. 266 LCT (hoy art. 245 LCT) daba entender que únicamente el trabajador sería beneficiario de una relación de trabajo cuando supere la antigüedad de 3 (tres) meses, lo que permitía deducir la existencia de un periodo de prueba anterior. Otros entendían lo contrario; la inexistencia de la figura en cuestión.

Ambas interpretaciones contrapuestas dieron origen al Fallo Plenario 218 "Sawady, Manfredo c. SADAIC". Este concluyó que el trabajador con antigüedad no mayor de tres meses, despedido sin causa, no tiene derecho a la indemnización prevista en el entonces art. 266 LCT.

Es decir, el fallo plenario mencionado creó un período de 3 (tres) meses como requisito mínimo de servicio para generar el derecho al trabajador despedido de reclamar una indemnización.

Esto se debe a que, reitero, el entonces art. 266 que fijaba los períodos para el cálculo de la indemnización por antigüedad, el pago de un salario por año de servicio trabajado, o fracción mayor de 3(tres) tres meses.

Sin embargo, el antecedente más remoto lo encontramos en las expresiones del Diputado Sr. Courel, sobre el proyecto que luego sería la Ley 11.729 del Código de Comercio, quien dijo lo siguiente: "*el despacho limita a establecer un tiempo mínimo con respecto a los empleados de comercio. Es necesario que transcurra el término de tres meses al servicio del principal para que se le considere empleado*"⁵.

Con posterioridad, se sancionó la Ley 24.465 en el año 1995 que fijó legalmente el período de prueba para los contratos de trabajo regidos por la LCT por el plazo de 3 (tres) meses. Sin embargo, luego la Ley 25.013 lo redujo el tiempo a un (1)

⁵ SIMÓN, J. C., DT, 34.867.

mes, siendo elevado nuevamente a 3 (tres) meses por la ley 25.250 pero permitiendo del periodo para el caso de pequeñas empresas y permitiendo que ambos plazos pudieran a su vez ser duplicados por convenio colectivo. Por fin la ley 25.877 derogó esas dos posibilidades adicionales, estableciendo un plazo único de tres 3 (tres) meses para todos los casos.

5.- El plazo del período de prueba en el derecho comparado

Luego de un análisis de los principales ordenamientos jurídicos de países referentes a nuestras normas, no encontramos plazos tan extensos como el propuesto.

El plazo más largo del periodo de prueba en la actualidad es el caso de España, el cual está siendo duramente criticado por la crisis ocupacional que ha generado. El Estatuto de los trabajadores en su art. 14.1 dice lo siguiente en relación a cuál es la duración máxima del período de prueba: 6 meses para los técnicos titulados; 2 meses para los demás trabajadores; 3 meses en las empresas de menos de 25 trabajadores y para los trabajadores que no sean técnicos titulados; 1 mes para los contratos temporales de menos de 6 meses.

En Francia por su parte, el periodo de prueba debe ser acordado entre las partes si el contrato de trabajo tiene duración indeterminada, las partes estipulan el período de prueba, que puede extenderse de uno a tres meses.

En nuestro país vecino de Chile, el Código del Trabajo en su art. 147 dispone lo siguiente: Las dos primeras semanas de trabajo se estimarán como período de prueba y durante ese lapso podrá resolverse el contrato a voluntad de cualquiera de las partes siempre que se dé un aviso con tres días de anticipación, a lo menos, y se pague el tiempo servido.

Mientras que en Brasil, el período de prueba no puede ser de más de 90 días y los contratos definidos (con una duración limitada) solo son válidos hasta un período de dos años.

Por último, en Uruguay el periodo de prueba se encuentra previsto en el art. 12 de la Ley 19.973, que regula lo siguiente: Dependiendo del plazo de contratación, podrá acordarse un período de prueba de duración variable, a saber: 45 días para los contratos de entre 6 y 8 meses de duración; 60 días para los contratos de 9 a 11 meses de duración; 90 días para los contratos de 12 o más meses de duración.

6.- Consideración sobre el nuevo plazo dispuesto por la Ley de Bases

a.- Incompatibilidad con el 245 LCT

Tal como se vino expidiendo, el plazo y el régimen del periodo de prueba fue variando por ley, pero el origen del instituto fue de creación pretoriana gracias a la jurisprudencia (Plenario "SAWADY" de la CNAT), a partir de la utilización análoga del plazo mínimo de fracción para el pago de un mes más de indemnización por despido.

Por tanto, si se el actual art. 92 bis LCT en el sentido propuesto por la Ley de Bases, el sistema para la protección contra el despido, y la reparación ante su ocurrencia, se trabaría en una incongruencia: por un lado un período de prueba de 6 (seis) meses y por el otro una fracción mínima para el cálculo indemnizatorio de tres meses.

Es decir que resultaría indemnizable el período de 3 (tres) meses trabajados por un empleado, pero recién gozaría de ese derecho si transcurrió el plazo de 6 (seis) meses de período de prueba. Además, quien trabaje un año y tres meses cobraría dos sueldos de indemnización por antigüedad, mientras que quien trabaje 7 meses no percibiría indemnización alguna. Vemos que el autor del DNU y Ley de Bases se olvidó de modificar el art. 245 LCT para hacerlo compatible.- Ahora bien, la Ley de Bases debió modificar el art. 245 LCT para compatibilizar ambos régimen; el indemnizatorio y el periodo de prueba imponiendo el derecho a acrecer una indemnización por una antigüedad mínima de 1 (un) año o periodo fraccional superior a 6 (seis) meses.

b.- Razonabilidad del periodo de prueba de 6 (seis) meses

Ahora bien, debemos efectuar un análisis, en base al principio de razonabilidad, para entender si el periodo de prueba resulta ser un lapso ajustado y razonable. El principio de razonabilidad constituye el principio general más importante del derecho comunitario, y su justificación puede reconocerse en todos los sistemas liberales-democráticos de nuestros días.

La razonabilidad se integra por tres subprincipios: el de la adecuación, el de la necesidad, y de la razonabilidad en sentido estricto. Nuestro máximo Tribunal, ha determinado en forma clara, que la razonabilidad no puede ser fijada con

precisión matemática. No obstante, este argumento, no veda y exime al juzgador de formular argumentos racionalmente controlables⁶.

Sentado lo expuesto, podemos decir un período de 6 (seis) meses es por demás extenso, y por lo tanto resulta excesivo, arbitrario, inadecuado y desproporcionalidad con el fin que busca el instituto de prueba: la evaluación de la relación laboral. Asimismo, es violatorio a la garantía constitucional contra el despido arbitrario porque incentiva la celebración y extinción de relaciones laborales.

c.- Situación frente al art. 212 LCT

La reforma deviene más gravosa si se tiene en cuenta que durante el período de prueba queda excluida la aplicación del cuarto párrafo del art. 212 LCT.

Es decir un trabajador que quede con una incapacidad absoluta como consecuencia de una enfermedad o accidente inculpable, no podrá tampoco reclamar al empleador la indemnización del art. 245 LCT.

Es más, algunos autores como afirman que, pese a que el precepto no lo diga expresamente, tampoco resulta de aplicación ninguno de los tres primeros párrafos del art. 212, por considerar incompatible dichas reglas con una situación laboral privada de estabilidad.

Por tanto, según la postura antes expuesto, el trabajador no podría en el extenso período de prueba de 6 (seis) meses exigirle al empleador la reincorporación luego del alta médica, con asignación de tareas acorde a su capacidad laborativa, ni el pago de indemnización del art. 245 ni la del art. 247 de la LCT.

⁶ CIANCIARDO J., "Máxima de Razonabilidad y Respeto de los Derecho Fundamentales, Persona y Derecho", Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, vol. 41-1999, Servicio de Publicaciones, Universidad de Navarra: "La razonabilidad se integra por tres subprincipios: 1. Principio de adecuación: Es el que establece que la norma que regula un derecho fundamental sea la adecuada e idónea para el logro del fin que busca el legislador y el medio que emplea. 2. Principio de necesidad: Indica que se debe escoger, entre varios medios idóneos, aquél que resulte menos restrictivo de los derechos fundamentales involucrados. 3. Principio de razonabilidad en sentido estricto (proporcionalidad): aquí no existe controversia alguna doctrinaria o jurisprudencial. Se debe determinar si la medida adoptada guarda relación con el fin que procura alcanzar. Se postula un juicio de balanceo entre las ventajas y las desventajas de la medida (o balance entre costos y beneficios). La medida debe ser racional para los afectados y los límites de la racionalidad deben ser garantizados".

III) CONCLUSIÓN

Por todo lo desarrollado en este artículo, podemos concluir que extender a 6 (seis) meses el plazo del período de prueba garantiza el “gatillo fácil” de despidos e impide adquirir la estabilidad laboral en un plazo razonables, ambas violatorias contra la garantía constitucional contra el despido arbitrario.

Asimismo, la se torna arbitraria, violatoria del derecho de propiedad del trabajador, e irrazonable por innecesaria, desproporcionada con el fin de prueba, además de resultar el plazo más extenso en el derecho comparado (a excepción de España que si prevé el mismo plazo para el operario técnico titulado), sin antecedentes en nuestra legislación y jurisprudencia nacional, generando incongruencias con otros institutos de la LCT (art. 245 LCT).

Ahora bien, la realidad es que lo que está en discusión en la reforma de la Ley de Bases no sea solo el período de prueba, sino que el planteo político y macroeconomico sea si el trabajador debe merecer -o no- el cobro de una indemnización a la finalización de su relación laboral.

A fin de tirar a fondo esta idea (la de no abonar indemnización al trabajar), es necesario recurrir al fundamento de la indemnización por despido:

- a) Resarcir los daños e intereses derivados del incumplimiento de una obligación contractual (extinción del vínculo).
- b) Indemnizar al trabajador del riesgo del desempleo.
- c) Gratificar la pérdida de la antigüedad y de todos los beneficios a ella conexos y

Es justo y equitativo que quien ha trabajado hasta 6 (seis) meses según el plazo introducido por la Ley de Bases, tenga derecho a esa protección contra el despido arbitrario; de ahí que haya merecido reconocimiento en el texto del art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional de 1959.

Cabe destacar que el derecho a la estabilidad laboral es un derecho protegido por el art. 26 de la CADH. Sostuvo el Tribunal Interamericano lo siguiente: "el trabajo es un derecho y un deber social" y que debe prestarse con "salarios

justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos"⁷.

Asimismo, el Tribunal Internacional mencionado determinó las obligaciones concretas de los Estados en relación con el derecho al trabajo y la estabilidad laboral:

- a) Adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización del derecho al trabajo
- b) Proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado,
- c) En caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional).
- d) Se debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos.

IV) BIBLIOGRAFIA

- MAZA, M. A y HOCKL, M. C., "Tratado de Derecho del Trabajo. Buenos Aires, 2008.
- ETALA, C. A., "Contrato de trabajo", Ed. Astrea, Buenos Aires 1998.
- MONTOYA MELGAR, A., "Derecho del Trabajo", Tecnos, Madrid, 1985.
- CIANCIARDO J., "Máxima de Razonabilidad y Respeto de los Derecho Fundamentales, Persona y Derecho", Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, vol. 41-1999,
- CS, "Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud SA s/ acción de amparo", Fallos 333:2306. Id SAIJ: FA10000047.
- Corte IDH, "Caso Lagos del Campo vs. Perú", Sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C N.º 340. Disponible en

⁷ Corte IDH, "Caso Lagos del Campo vs. Perú", Sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C N.º 340. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf, fecha de consulta: abril de 2021.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf, fecha de consulta: abril de 2021.

- LIVELLARA, C. A., "Derechos y Garantías de los trabajadores incorporados a la Constitución reformada", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.