

PERIODO DE PRUEBA EN LA LEY BASES DESNATURALIZACIÓN FLEXIBILIZADORA DEL INSTITUTO

Natalia L. Galluccio¹

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 27.742 denominada “Ley de bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos”, realiza en el Capítulo II del Título V, modificaciones en la ley de contrato de trabajo y en lo que aquí nos ocupa, es decir, el artículo 92 bis que regula el período de prueba.

Como veremos en este trabajo, las modificaciones que se introducen, suponen el regreso de la desregulación flexibilizadora, que deja desprotegido al trabajador frente al despido arbitrario, y en todos los aspectos de la relación laboral, por cuanto se le otorga al empresario un poder absoluto de despedir sin expresión de causa a trabajadores de hasta 1 (un) año de antigüedad en el caso de las empresas de hasta 5 (cinco) trabajadores, lo que aumenta el ya sabido desequilibrio en la relación.

La extensión del período de prueba significa la precarización de las relaciones laborales, desnaturalizando la finalidad del instituto, el cual en sus orígenes ya había recibido críticas por alguna doctrina, y sabemos es utilizado por muchas empresas en fraude a la ley laboral. Esto es, mediante una intensa rotación de personal que no pasa el período de prueba, lo que sin duda se verá incrementado teniendo un período de prueba de 8 (ocho) meses o de hasta 1 (un) año, convirtiéndose ello en una especie de nueva contratación donde el trabajador no tiene las protecciones que le ley otorga para el contrato por tiempo indeterminado.

Por ello, la intención es hacer un comienzo de análisis del instituto a la luz de los principios constitucionales, y la normativa internacional, para comenzar a pensar como abogados litigantes los posibles planteos y casos que se nos puedan presentar.

II CONCEPTO Y FINALIDAD

El período de prueba, es definido por la doctrina como un lapso dentro del contrato de tiempo indeterminado, el cuales el contrato típico del derecho individual del trabajo, que no tiene plazo de finalización, por lo que dura hasta que el trabajador esté en condiciones de jubilarse (1).

En cuanto a la finalidad, dice Etala, que “la previsión de un período de prueba en el contrato de trabajo cumple la finalidad de permitir al empleador apreciar las aptitudes y destrezas que ostenta el trabajador para cubrir el puesto de trabajo vacante, y al dependiente la posibilidad de experimentar si el empleo obtenido resulta de su conveniencia” (2).

¹Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Maestrando en Derecho Laboral y Relaciones Internacionales del Trabajo. Universidad Nacional de Tres de Febrero.

Por su parte, Ferreirós decía, que el legislador establece un período de carencia durante el cual se encuentra suspendido un efecto del contrato de trabajo que es la estabilidad. Eso se establece con la finalidad de que se pueda probar la aptitud, en el caso del trabajador, para el puesto de trabajo para el que se lo requiere. (3)

Asimismo, en nuestra doctrina son citados autores de la doctrina española, cuyas definiciones también resultan ilustrativas en lo que hace a la verdadera naturaleza que tendría o debería tener el instituto.

Así, para Montoya Melgar, el período de prueba consiste en “un negocio jurídico 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 ese terreno las partes del 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).

En definitiva, el período de prueba luce como un tiempo dentro del contrato por tiempo indeterminado, el cual tendría su razón de ser en la necesidad de que el empleador evalúe las aptitudes del trabajador, teniendo en cuenta los requerimientos técnicos en la actividad de que se trate, y la conveniencia de poder evaluar a quien se toma para el trabajo, durante la efectiva prestación de servicios, a las órdenes e instrucciones del empresario. Claro está, con la posibilidad también para el trabajador de evaluar si ese trabajo o empresa le satisface.

Y además cabe recordar, que dicho espacio de tiempo está precedido por el período de reclutamiento y preselección, donde se realiza una evaluación a veces no sólo teórica, sino también práctica, de las aptitudes del postulante.

Sin embargo, cuando pensamos en las definiciones de lo que significa el período de prueba con foco en su finalidad o propósito, semejante extensión de éste -que puede llegar incluso al año- parece desnaturalizar su verdadera finalidad. Frente a estas lamentables circunstancias, se impone la necesidad de un análisis acerca de lo que, en términos de razonabilidad, se ajusta a los principios constitucionales, y particularmente la protección contra el despido arbitrario.

III. ANTECEDENTES.

Resulta útil para el análisis de la situación actual, recordar los antecedentes que ha tenido el instituto en la legislación Argentina, ya que no ha existido desde siempre.

Antes de estar regulado en la Ley de Contrato de Trabajo, el período de prueba fue introducido en algunos estatutos especiales, en el ámbito de actividades específicas. Algunos de ellos era el régimen del estatuto de encargados de casa de renta (art 6 de la ley 12981) y el de los conductores particulares (art 1 de la ley 12867), en los que se establecía un plazo de 60 días, luego del cual los trabajadores estaban amparado en la ley de contrato de trabajo.

Esto por citar ejemplo, pero fue recién en el año 1995 con la ley 24.465 (BO 28-03-1995) que incorpora el artículo 92 bis a la ley de contrato de trabajo, que

aparece el período de prueba propiamente dicho, que era de duración de tres meses, extensible por seis mediante convenio colectivo de trabajo.

Luego, la ley 25.013 (BO 24-09-1998) reduce el plazo de tres meses a 30 días, aunque mantiene la posibilidad de extenderlo a seis meses por CCT, período durante el cual cualquiera de las partes podía extinguir la relación laboral sin expresión de causa y sin derecho a una indemnización.

En el año 2000, la ley 25250 (BO 2-6-2000) establece que el contrato de trabajo por tiempo indeterminado – exceptuando el contrato por temporada- se entiende celebrado a prueba durante los primeros tres meses, pudiendo ser extendido por seis mediante CCT, y si se trataba de pequeñas empresas el período de prueba era de seis meses extensible a doce meses en caso de trabajadores calificados.

Así, llegamos a la redacción de la ley 25.877 (BO 19-03-2004), cuya principal modificación radica en la unificación del período de prueba a tres meses, sin importar el tipo de empresa de que se trate, por lo que tampoco puede extenderse por CCT como se establecía anteriormente.

IV. DEL NUEVO ART. 92 BIS POR LA LEY BASES, LO QUE NOS QUEDÓ, Y SUS INCONGRUENCIAS.

La ley 27.742 (BO 8-7-2024) en su TÍTULO V denominado “Modernización laboral”, Capítulo II sobre “Modificaciones a la Ley de Contrato de Trabajo” establece:

“Artículo 91.- Sustituyese el artículo 92 bis de la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias por el siguiente:

Artículo 92 bis: Período de prueba. El contrato de trabajo por tiempo indeterminado se entenderá celebrado a prueba durante los primeros seis (6) meses de vigencia. Las convenciones colectivas de trabajo podrán ampliar dicho período de prueba:

- a) hasta ocho (8) meses, en las empresas de seis (6) y hasta cien (100) trabajadores;*
- b) hasta un (1) año en las empresas de hasta cinco (5) trabajadores.*

Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo a la extinción. El período de prueba se regirá por las siguientes reglas:

(i) Un empleador no puede contratar a un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el período de prueba. De hacerlo, se considerará de pleno derecho, que el empleador ha renunciado al período de prueba.

(ii) 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. En especial, se considerará abusiva la conducta del empleador que contratare sucesivamente a distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente.

(iii) Las partes tienen los derechos y las obligaciones propias de la relación laboral, con las excepciones que se establecen en este artículo. Tal reconocimiento respecto del trabajador incluye los derechos sindicales.

(iv) Las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la seguridad social, con los beneficios establecidos en cada caso.

(v) 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.

(vi) El período de prueba se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la seguridad social.

El empleador deberá registrar al trabajador desde la fecha de inicio de la relación; caso contrario, se considerará que ha renunciado al período de prueba”.

Ahora bien, veremos las modificaciones introducidas por la ley en comentario en lo que hace a este instituto.

Con la actual redacción volvemos a la distinción según el tipo de empresa, la que había sido finalmente superada por la ley 25.877. Otra vez como lo hacía la 25.250 distinguimos entre empresas en general y pymes, y dando la posibilidad de extenderlo por disponibilidad colectiva.

Esto es, empresas en general: 6 meses.

Posibilidad de extenderlo por Convenio Colectivo de Trabajo por los siguientes períodos:

1. Empresas de entre 6 y hasta 100 trabajadores: 8 meses.
2. Empresas de hasta 5 trabajadores: 12 meses.

Durante dicho período, cualquiera de las partes puede extinguir la relación sin expresión de causa, es decir, el trabajador puede ser despedido sin derecho a indemnización alguna, y durante el cual no se aplican todas las normas de protección del contrato de trabajo por tiempo indeterminado.

En cuanto a las reglas del período de prueba, las mismas subsisten, las que podemos sintetizar de la siguiente forma:

1. Un empleador no puede contratar a un trabajador más de una vez utilizando el período de prueba.
2. *Se aplicarán sanciones en caso de uso abusivo, como la contratación sucesiva de distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo.*
3. *Rigen los derechos y obligaciones propios de la relación laboral, salvo los excluidos expresamente en el artículo. Se mantiene el deber de realizar aportes y contribuciones a la seguridad social. Y el reconocimiento de los derechos sindicales.*

4. Derecho el trabajador a las prestaciones por accidente o enfermedad de trabajo o inculpable. En este último caso las prestaciones perduran hasta la finalización del período de prueba si el empleador rescindiere el contrato de trabajo durante ese lapso. Queda excluida la aplicación de lo prescrito en el cuarto párrafo del artículo 212.

5. Asimismo, como es obvio, el período de prueba es tiempo de servicio a todos sus efectos.

6. Se mantiene la exclusión de la aplicación del período de prueba cuando el empleador no registrare al trabajador, entendiéndose que ha renunciado al mismo.

En este último punto, no podemos dejar de hacer referencia a que la ley establece un nuevo mecanismo para el registro del contrato de trabajo en el caso de empresas de hasta 12 trabajadores, el que debe ser reglamentado. Por otra parte, establece que en los casos de intermediación (empresas de servicios eventuales, contratistas, etc), la registración del contrato de trabajo por parte de cualquiera de los que intervengan en la cadena de intermediación es suficiente a los efectos de dar por cumplida la obligación de registrar al trabajador.

Con ello, en estos últimos casos, a priori no podríamos hacer exclusión del período de prueba a fin de hacer valer la protección por despido arbitrario, como sí en el caso del trabajador no registrado, a quien el período de prueba le será inoponible, haciéndose acreedor de la indemnización por despido.

Recordemos que, en este sentido ya ha resuelto la jurisprudencia:

"Si bien según la primera parte del art. 92 bis, LCT "el contrato de trabajo por tiempo indeterminado se entiende celebrado a prueba durante los tres primeros meses de vigencia", es imprescindible destacar que no siempre los tres primeros meses del contrato de trabajo por tiempo indeterminado van a poder ser considerados período de prueba. No lo van a ser -por exclusión expresa de la norma- en el supuesto del contrato de trabajo de temporada, como tampoco en el caso en que las partes pacten que así no sea, ya que nada impide al empleador renunciar al período de prueba o pactar con el trabajador que éste tendrá una duración inferior a tres meses; en tales casos el orden público laboral no se ve comprometido, sino que -antes bien- se beneficia al trabajador colocándolo en mejor situación que la regulada por la ley. Tampoco van a poder ser considerados período de prueba los tres primeros meses del contrato por tiempo indeterminado en los supuestos de los numerales 1 y 3, art. 92 bis LCT, esto es, cuando el trabajador hubiese sido ya -con anterioridad- contratado por ese mismo empleador "utilizando el período de prueba", ni cuando "el empleador..." no hubiese registrado "...al trabajador que comienza su relación laboral por el período de prueba". En ambos casos, de conformidad con lo establecido en los ya citados numerales 1 y 3 del art. 92 bis, se entenderá que el empleador ha renunciado al período de prueba. Resulta indiscutible que si la LCT sanciona al empleador estableciendo que si decide manejarse violando las limitaciones de los numerales 1 y 3, art. 92 bis, LCT, no puede prevalerse de los beneficios del período de prueba, mal puede la jurisprudencia plenaria (Sawady, año 1979) eliminar parte de los efectos de esa sanción, entendiendo que -igualmente- está eximido de la obligación de pagar indemnización por despido. Aplicar hoy la doctrina plenaria sentada in re "Sawady" en un contexto

normativo distinto (Ley 25877), implica premiar la múltiple ilicitud en que potencialmente pueden incurrir ciertos empleadores, posibilitando, consintiendo y fomentando -desde los estrados judiciales- la violación de las disposiciones legales. Corresponde incorporar a la condena oportunamente dispuesta la obligación de abonar la tarifa indemnizatoria de los arts. 232 y 245, LCT". (5)

Del fallo citado, se sigue que en el contexto actual de desprotección en el que se ha colocado al trabajador, no sólo al extenderse el período de prueba, sino también al eliminarse las multas por trabajo no registrado, no puede válidamente premiarse al empleador que no ha registrado la relación laboral, invocando dicha doctrina plenaria (Sawady c /SADAIC).

Entonces, si se despide sin causa a un trabajador no registrado dentro del extenso "período de prueba" vigente, le va a corresponder la indemnización por despido arbitrario, con todos sus rubros. Con una antigüedad mayor a tres meses para un trabajador no registrado, no cabe duda de esto último ya que en ese punto no se ha modificado la tarifa establecida por el art 245 LCT. La discusión seguiría presente en el caso del trabajador que ni siquiera cumple dicha antigüedad, en cuyo supuesto en el precedente citado, se hace lugar a la tarifa indemnizatoria del art 245 LCT, aun cuando el despido ocurrió antes de los tres meses, entendiéndose que no puede válidamente beneficiarse al empleador que ha obrado al margen de la ley, incurriendo al no registrar al trabajador, en múltiples ilícitos.

Por otra parte, respecto de la posibilidad de que por contrato formal las partes establezcan un período de prueba inferior a los seis meses que establece la norma, o el que disponga el convenio colectivo en los casos especiales citados, no habría óbice legal para ello, por cuanto siempre se pueden pactar condiciones superadoras, por encima del mínimo que establece el orden público laboral.

Respecto de la exclusión de la aplicación de lo prescripto por el art 212 de la LCT durante el período de prueba, es decir, que el trabajador que durante dicho lapso quede con una incapacidad absoluta no es acreedor de la indemnización del art 245, ya estaba prevista en la norma anterior. No obstante, con la extensión del período de prueba a 6 meses en términos generales, ya que puede llegar a 8 meses o hasta 1 año, dicha exclusión toma otra relevancia, apareciendo como incompatible con los principios de equidad y justicia social que debe inspirar a las normas del derecho del trabajo y son receptados por el art 11 de la LCT. Nótese la situación de precariedad en la que se encontraría un trabajador con 6 o más meses de antigüedad que aún se encuentra en período de prueba, ya que si se incapacita no tiene la protección del art 245, y en el caso de requerir la reincorporación con tareas livianas, o acordes a su capacidad laboral luego de obtener el alta, podría ser fácilmente despedido.

También toma mayor virtualidad el caso de la mujer embarazada en período de prueba, ya que, al no preverse ninguna excepción a la regla, parecería que la protección de la maternidad cedería frente a la facultad del empleador de despedir. Esto último también ya ha sido materia de discusión, existiendo diferentes posturas. En este punto, coincidimos con la postura que ha dicho: "... el objetivo del período de prueba no es conceder un 'bill' de indemnidad a favor del empleador para canalizar prácticas discriminatorias o disvaliosas, por lo que el despido injustificado de la trabajadora en estado de gravidez durante

tal lapso genera la consiguiente responsabilidad indemnizatoria prescripta por el art 178 de la Ley de Contrato de Trabajo [...] siempre podría el empleador exonerarse de toda responsabilidad indemnizatoria, acreditando que su decisión rescisoria tuvo alguna causa objetiva – es decir que, durante el período de prueba, la trabajadora embarazada injurió sus intereses particulares-, lo que implicaría obligarlo a expresar, en su decisión rupturista, la justa causa del despido de conformidad con los artículos 242 y 243 de la Ley de Contrato de Trabajo”(6-7)

Es decir, recordemos que el art 178 de la LCT establece una presunción de que el despido obedece a la maternidad, cuando es dispuesto en el plazo de los siete meses y medio anteriores y siete meses y medio posteriores a la fecha del parto, dando lugar a una indemnización agravada. Con esto ahora tenemos la protección de esta norma, frente a lo dispuesto por el art 92 bis en su actual redacción, que al habilitar la posibilidad de un período de prueba de hasta 1 año, dejaría a la mujer durante todo el transcurso del embarazo a merced del capricho de la parte empresaria, que puede despedirla sin expresión de causa, por lo que corresponde a los operadores jurídicos una aplicación de la norma al caso concreto que esté en armonía con el resto del ordenamiento jurídico.

En este sentido, la jurisprudencia ha dicho:

“Corresponde admitir el agravamiento indemnizatorio fundado en la vulneración de la estabilidad especial por maternidad prevista en el art. 177 de la LCT., puesto que la demandada reconoció haber recibido la comunicación del embarazo, y el despido directo se le comunicó dentro del período de tutela especial establecido en el art. 178 del mismo cuerpo legal. [...] El hecho de que el despido directo se haya dispuesto dentro del período de prueba establecido en el art. 92 bis de la LCT., no empece la procedencia del agravamiento indemnizatorio del art. 177 de la misma norma, pues la norma citada en primer término, expresamente dispone que rigen para las partes los derechos y obligaciones propios de la relación laboral, fórmula que no las exime del deber de abstenerse de incurrir en actos discriminatorios.[...] Toda vez que el art. 177 3er. párr. de la LCT. garantiza expresamente la estabilidad de la mujer durante la gestación, queda desplazada la normativa invocada por la empleadora relativa al período de prueba, por lo tanto, por más que el despido se haya dispuesto dentro del plazo establecido por el art. 92 bis, corresponde el agravamiento indemnizatorio por la vulneración de la estabilidad especial por maternidad prevista en el art. 177 de la LCT” (8).

Todo esto nos lleva a la discusión más profunda que debemos plantearnos con la norma en estudio, como es su constitucionalidad frente a la protección contra el despido arbitrario, y las normas internacionales.

V. EXTENSIÓN DEL PERÍODO DE PRUEBA Y LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO.

Con lo dicho hasta aquí, cabe preguntarnos, si un período de prueba tan extenso colisiona con la protección constitucional contra el despido arbitrario.

Es interesante el diario de sesiones de la convención constituyente de 1957, en cuyo despacho la comisión redactora insertó la protección contra el despido arbitrario. Este principio, colocado de modo expreso en el artículo 14 bis, tuvo

para el miembro informante Bravo, dos fines: asegurar al trabajador los salarios necesarios para su subsistencia y permitir llegar a la jubilación.

Asimismo, dejaba aclarado que la protección contra el despido arbitrario tutelaba al trabajador, a la vez que constituía un “factor de tranquilidad y seguridad social”, pudiendo ser reglamentado de distintas maneras, ya sea imponiendo al empleador una indemnización por despido, o reincorporando al dependiente (9).

En este sentido, se ha dicho que al reglamentar esta cláusula de protección contra el despido arbitrario, se debe tener especial cuidado, de manera que “no se admitan tantas y tan variadas causales de despido que importen anular en la práctica lo que consignamos hoy en el despacho de mayoría” (convencional Bravo). (10)

Particular relevancia adquieren hoy estas palabras del convencional Bravo en la convención constituyente de 1957, cuando asistimos a un lamentable período de flexibilización y precarización laboral, con la extensión del período de prueba, que priva a un trabajador que ha adquirido la antigüedad como mínimo de seis meses en el empleo, si no le cabe un período de prueba mayor por disponibilidad colectiva, de la protección contra el despido arbitrario. Asimismo, nos recuerda las causales de despido incorporadas en el art 245 bis, las que sin duda recibirán numerosos planteos de inconstitucionalidad, aunque su análisis excede el propósito de este trabajo.

La precarización del contrato de trabajo con un período de prueba extenso como el que se establece en la ley bases, por cuanto el trabajador carece de estabilidad, y queda sujeto a los poderes del empleador, en caso de enfermedad como vimos, ya que se excluye la aplicación del art 212 LCT, sin duda dará lugar a numerosas situaciones que van en desmedro de la protección constitucional, y deberán ser resueltos jurisprudencialmente.

En materia de normativa internacional, tenemos el Convenio^o 158 de la OIT, regula la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones subrayó que la forma en que se define la terminación de la relación de trabajo reviste singular importancia, ya que no debería permitir que el empleador se sustraiga al cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la protección prevista en caso de despido(11) .

En el artículo 4 del Convenio, se prohíbe el despido sin causa, en los siguientes términos: “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

Importa ampliar sobre lo que constituiría causa justificada en la capacidad o conducta del trabajador, ya que en términos generales debería el empleador justificar el despido en alguno de esos supuestos. Respecto de la última citada no está definida de manera específica, pero podría consistir en aquellos casos de despidos por reducción de personal o cierre de la empresa, en cuyo caso en nuestro país debería iniciarse el procedimiento preventivo de crisis.

Así, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, ha dicho:

Causas relacionadas con la capacidad del trabajador: “La falta de capacidad, o de aptitud, del trabajador puede obedecer a dos motivos: a) carencia de las competencias o cualidades necesarias para desempeñar ciertas tareas, lo que redundaría en un desempeño insatisfactorio; y b) desempeño laboral insuficiente no por causa de una falta cometida deliberadamente, así como diversos grados de incapacidad para hacer el trabajo a raíz de una enfermedad o lesión”.

Causas relacionadas con la conducta del trabajador: “Las «faltas» pueden pertenecer a dos categorías: a) la primera suele referirse a la mala ejecución de las tareas para cuya realización se empleó al trabajador, lo que comprende, por ejemplo, la negligencia en el trabajo, la violación del reglamento de la empresa o la desobediencia de órdenes legítimas; y b) la segunda abarca diversas formas de comportamiento reprobables tales como indisciplina, violencia, agresión, injurias, la perturbación de la tranquilidad del lugar de trabajo, etc” (12).

Además, específicamente sobre el período de prueba, el art. 2 del citado convenio dice lo siguiente:

“1. El presente Convenio se aplica a todas las ramas de actividad económica y a todas las personas empleadas.

2. Todo Miembro podrá excluir de la totalidad o de algunas de las disposiciones del presente Convenio a las siguientes categorías de personas empleadas:

(a) los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada o para realizar determinada tarea;

(b) los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable;

(c) los trabajadores contratados con carácter ocasional durante un período de corta duración” (la negrita me pertenece).

Con esto, debemos preguntarnos si un período de prueba de 6 meses o más puede juzgarse como razonable. Teniendo en cuenta las definiciones sobre la finalidad del período de prueba que hemos expuesto más arriba, nos encontramos con que en la teoría el mismo suponer en provecho tanto del empleador como del trabajador, pero en la práctica, es el empleador el que se beneficia de este período. Máxime, cuando se trata de un puesto de trabajo con conocimientos específicos, donde las aptitudes técnicas del trabajador ya han sido evaluadas en la etapa precontractual. Y respecto al desenvolvimiento social del trabajador, su capacidad para seguir órdenes e instrucciones, interrelacionarse con sus compañeros de trabajo y el entorno en general, estimamos que el período anterior de tres meses era más que suficiente.

Regular un período de prueba excesivo, supone dar una vía libre al empleador para despedir sin causa justificada, con la sola invocación del art 92 bis de la LCT. Esto, sin perjuicio de los planteos específicos que puedan darse en el caso concreto, como hemos también hecho referencia.

Así, se saca de la órbita de evaluación del juez, el examen de lalicitud de la causa que hay detrás de ese despido fundado sólo en que el trabajador se produce dentro del lapso de vigencia del período de prueba.

VI. DERECHO COMPARADO. EL CASO FRANCÉS DEL CONTRATO PARA EMPRENDEDORES Y EL PRONUNCIAMIENTO DE LA OIT.

En el derecho comparado, encontramos un antecedente de utilidad en el derecho francés, con el denominado "*contrat nouvelle embauche*", o "contrato de nuevo empleo", que fue un contrato de trabajo que estuvo vigente desde el 2005 al 2008. Se trataba de un contrato de duración de tiempo indeterminado, pero destinado a pymes de veinte empleados como máximo. Contemplaba un período de dos años llamado "consolidación del empleo", el cual es asimilable a nuestro período de prueba, y durante dicho período era posible el despido sin expresión de causa, sujeto a un breve aviso.

Este contrato recibió duras críticas y fue objeto de gran litigiosidad, pronunciándose los sindicatos en contra con la crítica centrada en la precariedad que resulta para el empleado, que se verá disuadido de protestar contra las malas condiciones de trabajo o impago de horas o cualquier otra cosa por miedo a disgustar a su jefe y por lo tanto ser despedido, lo que se vio verificado en los hechos, con las encuestas realizadas por el Ministerio de Trabajo de ese país, cuyos resultados según se informa arrojan que de los empleados contratados bajo esta modalidad, un año después por lo menos la cuarta parte fue despedida, la otra cuarta parte renunció, y sólo la mitad seguía trabajando (13).

Incluso, si navegamos por los titulares del momento, vemos que se presenta abiertamente como "ventaja" la posibilidad de simplificar la ruptura del contrato de trabajo (14).

En lo que aquí nos interesa, la situación descrita fue motivo de pronunciamiento tanto de los Tribunales Franceses como de la propia OIT.

Los primeros pronunciamientos datan del año 2006. El primero de ellos fue del tribunal laboral de Longjumeau, condenando a un director de una PME por "*despido abusivo del período de consolidación*".

Según cuentan los diarios franceses, se trata de un empleado contratado el 21 de mayo de 2005 con carácter indefinido en una PYME como interventor técnico de automoción, tomó posesión de sus funciones el 6 de junio. Un mes después, su empleador decide renovar su período de prueba por un mes más, es decir hasta el 6 de agosto. Ese día, a Philippe ya no le ofrecieron un contrato indefinido sino un CNE (creado cuatro días antes), a través de otra PYME, para trabajar en el mismo puesto, con el mismo salario y en la misma empresa. El 31 de agosto fue despedido sin ningún motivo. Decide presentar una denuncia. "*Estaba acostumbrado a cubrir los huecos durante las vacaciones*", dice Philippe. "*Mi motivación era conseguir un trabajo y firmé sin hacer preguntas...*".

Las dos empresas, consideradas "*estrechamente vinculadas*", fueron condenadas a pagar 17.500 euros en concepto de indemnización por "*terminación injustificada del período de prueba*" y "*ruptura del período de consolidación*". Con, como beneficio adicional, un recordatorio del tribunal laboral: "*Según el informe presentado al Presidente de la República [...] el CNE*

está destinado a incentivar las 'nuevas contrataciones' y no puede utilizarse únicamente con fines de precarizar la situación de un trabajador y de eludir el derecho de despido". (15).

El caso más resonante, fue el de una trabajadora contratada bajo esta modalidad denominada "*contrat du travail des nouvelles embauches*", quien fue contratada, en calidad de secretaria, bajo dicha modalidad, pero anteriormente había prestado servicios para el mismo empleador mediante un contrato de duración determinada, constituyendo un claro abuso.

El Tribunal de apelación francés resuelve en favor de la actora, y luego el Tribunal de Casación francés confirma la sentencia de dicho Tribunal, aplicando directamente al caso el Derecho internacional: art. 4 del Convenio nº 158 OIT.

En base al mismo resuelve a favor de la trabajadora reconociendo que el período de consolidación de la modalidad contractual citada –equiparable al período de prueba– durante el cual se permite la resolución contractual sin que el juez pueda examinar el carácter "real y serio" del despido vulnera el art. 4 del Convenio nº 158 OIT.

Asimismo, dice que tampoco resulta "razonable" su duración de dos años, por lo que no puede ser de aplicación el art. 2 de la citada norma internacional que permitiría a los Estados firmantes excluir de la aplicación del Convenio a "los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable" (16).

En la sentencia, el Tribunal de Casación Francés textualmente dice: "...que en los términos del artículo 4 del Convenio núm. 158 de la OIT, directamente aplicable en el derecho interno, un trabajador no puede ser despedido sin que exista una causa válida de despido ligada a sus aptitudes o conducta o basada en las condiciones operativas necesidades de la empresa, establecimiento o servicio (...)". Y luego se refiere a las normas de derecho interno que incorporan este tipo de contrato indefinido con un "período de consolidación", que nosotros conocemos como "período de prueba", de dos años, declarando que no son aplicables "en el sentido de que excluye las disposiciones generales relativas al procedimiento de despido previo, a la exigencia de causa real y grave, a su declaración y a su declaración. control, privando así al trabajador del derecho a defenderse antes de su despido y le impone exclusivamente la carga de probar el carácter abusivo del despido, no cumple con los requisitos del citado convenio internacional" (17).

Posteriormente, la propia OIT se pronuncia al respecto, en respuesta a la reclamación sindical presentada contra él por supuesta vulneración del Convenio nº 158 OIT y de la Recomendación nº 166. La organización sindical hace hincapié en la desprotección de estos trabajadores a los cuales no le son aplicables las normas relativas a la extinción del contrato, permitiendo el abuso por parte de la patronal mediante la rotación de sucesivas contrataciones y despidos.

En virtud de ello, tiene lugar en noviembre de 2007 el pronunciamiento del Comité de la OIT (18). En su Resolución, el Comité analiza la exclusión que prevista en el artículo 2.2 del Convenio 158, el cual autoriza a excluir de la

aplicación de todas o algunas disposiciones del mismo a determinados empleados: a) los trabajadores contratados en virtud de un contrato de trabajo por un período o tarea determinados; b) los trabajadores en período de prueba o sin el período de servicio exigido, siempre que la duración del período esté fijada de antemano y sea razonable; o c) trabajadores contratados de forma ocasional por un corto período de tiempo.

Textualmente dice: “Corresponde a cada país para el que está en vigor el Convenio determinar lo que es razonable, teniendo debidamente en cuenta el objetivo del Convenio, que es garantizar la protección de todos los trabajadores de todas las ramas de la actividad económica contra los despidos injustificados. A este respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones consideró que un período de servicio excesivamente largo podría privar a los trabajadores de la protección prevista en el Convenio” (conclusión del comité, párrafo 68).

En consecuencia, con este antecedente hemos tenido el propósito de ilustrar sobre las consecuencias experimentadas en otras partes del mundo con los intentos de flexibilización laboral implementando tipos de contrataciones que significaban un período de prueba por demás extenso, en desmedro de los derechos de los trabajadores.

Si bien en el caso francés del “Contrat nouvelle embauche” se extendía la precariedad del contrato a dos años, no debemos pasar por alto los datos de su implementación y el pronunciamiento de los organismos internacionales.

Como vimos, haber implementado dicha especie de “período de prueba” o como le decían específicamente en su traducción al español, “período de consolidación”, con la excusa de favorecer la generación de empleo, y a los emprendedores, no trajo los resultados esperados, y así lo demuestran las encuestas publicadas por el Ministerio de Trabajo Francés ya citadas, que enseñan una realidad al año de implementación donde por lo menos un cuarto de los contratados bajo esta modalidad, habían sido despedidos.

A los resultados de las encuestas, se suma que esto tuvo un aumento significativo de la litigiosidad en materia laboral que termina con el pronunciamiento mencionado de la OIT, sellando la suerte de este intento flexibilizador, finalmente derogado en 2008.

VII. APLICACIÓN DEL CONVENIO 158 OIT A NUESTRO DERECHO INTERNO.

Se podrá decir que el convenio nro. 158 de la OIT no ha sido ratificado por nuestro país. Sin embargo, como mínimo las disposiciones allí establecidas y las recomendaciones relacionadas, son un criterio orientador en torno a las normas laborales, y su interpretación, que debe ser siempre en el sentido de protección a la parte más débil, salvaguardando las garantías constitucionales.

Nuestro más alto Tribunal, en el fallo “Alvarez c Cencosud”, ha reconocido la aplicación de dicho convenio diciendo: “...aun cuando la República no ha ratificado el Convenio N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo (OIT, 1982), que el mentado Comité no ha dejado de considerar que los alcances del derecho al trabajo del PIDESC son determinables a la luz del

instrumento citado, al menos en cuanto "impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente" (Observación general N° 18, cit., párr. 11). Y, es de importancia subrayarlo, dicho Convenio, además de excluir los motivos discriminatorios como causa justificada para la terminación de la relación de trabajo (art. 5.d), prevé, dentro de la sección aludida anteriormente por el Comité, que los tribunales llamados a resolver sobre el carácter justificado o injustificado de dicha terminación puedan, en este último supuesto, "anular la terminación" y ordenar la "readmisión" del trabajador (art. 10)" (19).

Es decir, sería operativo por vía de la Observación General 18 de 2005 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) que interpretando la definición del derecho a trabajar que el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales - PIDESC - contiene en su artículo 6° dijo textualmente:

"El Convenio N° 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo (1982) establece la legalidad del despido en su artículo 4° e impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a los recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente" (párrafo 11 de dicho instrumento).

Por su parte, a favor de la aplicación del convenio se ha expresado el Dr. Roberto C Pompa, señalando que "aún cuando no ha sido ratificado, como norma de jus cogens resulta obligatoria para los Estados Partes desde el momento que la declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998, obliga a los estados miembros más allá de cualquier ratificación o acto nacional de incorporación o reconocimiento, en tanto aquellos derechos de más alto valor y eficacia se consideran esenciales a la conciencia jurídica universal y en consecuencia previos y superiores a cualquier ordenamiento nacional, en tanto como lo ha manifestado el Director General de la OIT (año 1998), la declaración rige automáticamente para todos los países que hayan aceptado la Constitución de la OIT, independientemente de que hayan ratificado o no los convenios fundamentales de la OIT" (20).

En definitiva, el instrumento citado ha sido reconocido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia por su valor orientativo en torno a los principios fundamentales que deben informar la interpretación y aplicación de las normas de derecho del trabajo. Por ello es que si bien somos conscientes de que su operatividad no es receptada unánimemente debido al obstáculo de la no ratificación por nuestro país, no podemos desconocer su contenido y principios, por cuanto el derecho al trabajo es un derecho humano fundamental(21).

VIII. CONCLUSIONES

Tratándose el Derecho del Trabajo de un derecho social, cuyo propósito es regular la actividad creadora del hombre, por medio de la cual obtiene los medios para su subsistencia y se expresa y desarrolla como ser humano, no debemos olvidarnos de sus principios fundamentales, que deben inspirar la interpretación y aplicación de las normas.

Así, es que la extensión del periodo de prueba a seis meses en términos generales, o más para los casos específicos previstos por la norma – en caso de ampliación por CCT-, durante el cual el empleador puede despedir sin causa al trabajador, sin derecho a defenderse impugnando ante un juez la causa de despido, y sin resarcimiento, viola la protección constitucional contra el despido arbitrario contenida en el art 14 bis.

Se priva al trabajador de la mayor parte de sus derechos en materia de despido, en que la carga de la prueba del abuso del despido va a recaer en el trabajador, por lo que nos encontramos frente a una regresión que va a contramano de lo establecido por los principios fundamentales del derecho laboral, establecidos por la Constitución Nacional, Tratados Internacionales, y reconocidos por la jurisprudencia.

En virtud de ello, si lo que se busca es el fomento del empleo registrado, dejar sin protección al trabajador, quedando sujetos a los caprichos del empresario, y a la precarización de las condiciones de labor frente a la falta de estabilidad, no parece ser el camino adecuado o luce como irrazonable.

Así las cosas, va a corresponder al juez en cada caso concreto, establecer o evaluar la razonabilidad de la duración del período de prueba, como así también si el despido obedeció a la capacidad del trabajador para su puesto, o por el contrario constituye un ilícito con el consecuente derecho del trabajador a ser resarcido.

Esto último, además de las situaciones de fraude o abuso que facilita la implementación de un período de prueba tan extenso, todo lo que traerá un aumento de la litigiosidad, como se ha experimentado en otros países al intentar implementar sistemas similares, tales como se ha expuesto en el presente trabajo, con resultados negativos demostrados que obligaron a dar marcha atrás, luego del pronunciamiento de los organismos internacionales.

REFERENCIAS

1. Grisolia, Julio, Tratado de derecho del Trabajo, Tomo II pág. 1183. Ed Abeledo Perrot. Año 2013.
2. Etala, Carlos Alberto, Contrato de Trabajo. Ed Astrea, pág. 257.
3. Ferreiros, Estela M, "El fraude a la ley. La responsabilidad social empresarial. La ética", ponencia presentada en el VI Congreso Nacional de Derecho Laboral y II Encuentro Nacional de Maestrandos, realizado en Mar del Plata los días 7 y 8 de noviembre, organizado por la Sociedad Argentina de Derecho Laboral y la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (Untref), SUMMA LABORAL, t I, 1ª. Ed., Abeledo Perrot 2011, pag. 640. Op. Cit. Grisolia, Julio, Tratado de derecho del Trabajo, pag.1185.
4. MONTROYA MELGAR, Alfredo, Derecho del Trabajo, Editorial Tecnos, Madrid, 6ª. Edición, 1985, pág. 492 y sgtes. Citado por Miguel A. Maza y María Cecilia Hockl, en el Capítulo VII del Tomo II del Tratado de Derecho del Trabajo (Mario Ackerman, Dir, Diego Tosca, Coord, a cargo de Diego M. Tosca, Miguel A. Maza, María Cecilia Hockl y Carlos Livellara, pag. 377 y ss, Buenos Aires, 2006

5. Fizzano, Magalí Iris vs. Nakar S.R.L. s. Despido CNTrab. Sala II; 01/02/2022; Rubinzal Online; 12227/2019 RC J 447/22
6. POSE, Carlos, La figura del período de prueba frente a la trabajadora embarazada, en DT 1999-A-670, citado por Patricia M Ledesma de Fuster, "Maternidad Vs Período de Prueba, Revista de Derecho Laboral Actualidad. Ed RubinzalCulzoni. Año 2009 - 1.Tomo: 2009 – 1. Directores: Ackerman, Mario E. - Rubio, Valentín -Subdirector: Ojeda, Raúl Horacio -Directores académicos: Machado, José Daniel - Maza, Miguel Ángel - Álvarez, Eduardo Oscar -pag. 202
7. Sentencia de la Sala IV de la CNAT, in re: "Fernandez c/ Bas, del 24-4-98citado por Patricia M Ledesma de Fuster, "Maternidad Vs Período de Prueba, Revista de Derecho Laboral Actualidad. Ed RubinzalCulzoni. Año 2009 - 1. Tomo: 2009 – 1. Directores: Ackerman, Mario E. - Rubio, Valentín - Subdirector: Ojeda, Raúl Horacio - Directores académicos: Machado, José Daniel - Maza, Miguel Ángel - Álvarez, Eduardo Oscar -pag. 202.
8. Rouco Carol Débora c/ La Gota Farmacéutica S.R.L. s/ despido- Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo- Sala/Juzgado: IX- Fecha: 2-jul-2015- Cita: MJ-JU-M-93959-AR | MJJ93959 | MJJ93959.
9. Sagues Néstor Pedro, Elementos de derecho constitucional, tomo 2. Ed. Astrea, pág. 662.
10. Citado por VazquezVialard, Tratado de De Derecho del Trabajo. Ed. Astrea. 1982. Tomo II, pag. 818.
11. Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Estudio general de 1995, Protección contra el despido injustificado, párrafo 22, citado en: Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo.En su 303.^a reunión (noviembre de 2007), el Consejo de Administración convino en retomar la discusión sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166. "Esta nota, que fuera originariamente preparada para facilitar las consultas sobre los dos instrumentos que tuvieron lugar en noviembre de 2008, se entiende dar una visión global del Convenio. La nota se ha actualizado para reflejar los resultados de la 79.^a reunión de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (noviembre-diciembre de 2008). En marzo de 2009, en el marco de la Comisión de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo tuvo lugar una discusión sobre la situación del Convenio núm. 158 y de la Recomendación núm. 166. Como consecuencia de la discusión, se pidió a la Oficina que organice una reunión de un grupo de trabajo tripartito de expertos para examinar el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (véase GB.304/LILS/4 y GB.304/9/2). La reunión se efectuó en abril de 2011: Reunión tripartita de expertos encargados de examinar el Convenio y la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo (Ginebra, 18 - 21 de abril de 2011)".Fuente: <https://www.ilo.org/es/resource/nota-sobre-el-convenio-num-158-y-la-recomendacion-num-166-sobre-la-0.->
- 12.Op. Cit. Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Estudio general de 1995. Párrafo 90.

13. Fuente: https://fr.m.wikipedia.org/wiki/Contrat_nouvelles_embauches.- Informe Dares, junio 2006 N°25.4 :<https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/2006.06-25.4.pdf>.-

14. <https://www.lemoniteur.fr/article/contrat-nouvelles-embauches-pour-quelles-entreprises-quels-postes.613259>.-

15. https://www.lemonde.fr/international/article/2006/02/22/cne-premiere-condamnation-des-prud-hommes-contre-un-employeur_743777_3210.html.-

https://www.lemonde.fr/economie/article/2007/10/23/l-organisation-internationale-du-travail-prete-a-condamner-le-cne_970068_3234.html.-

16. Macarena Hernández Bejarano, “Régimen Jurídico del Contrato de Trabajo. Universidad de Sevilla. El período de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores: un ejemplo de vulneración de la carta social europea”. Revista Temas Laborales núm. 124/2014. Págs. 227-243.

17. PRUD'HOMMES. TRIBUNAL DE CASACIÓN. Audiencia pública de 1 de julio de 2008. Sentencia no. 1210 FP-P+B+R+I. Recurso No. F 07-44.124. REPÚBLICA FRANCESA- Resolución sobre el recurso interpuesto por el Sr. Philippe Samzun, contra la sentencia dictada el 6 de julio de 2007 por el Tribunal de Apelación de París (Sala 18 E), en el litigio que inicia la señora Linda de Wee. Fallo completo disponible en la web del abogado que llevó el caso: <http://me.dnr.free.fr/arretdu6juillet2/index.html>

18. Organización Internacional del Trabajo. Consejo de Administración. Ginebra, noviembre de 2007. Sexto informe complementario: Informe de la Comisión encargada de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Francia de los Convenios sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), ^{el Convenio sobre el} derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), el derecho de sindicación y el derecho de negociación colectiva, 1949 (núm. 111) relativo a la discriminación (empleo y ocupación), 1958, y (núm. 158) sobre el despido, 1982, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación General de la Fuerza de Trabajo y de Trabajadores. Disponible en:https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@rel_conf/documents/meetingdocument/wcms_087583.pdf.-

19.CSJN. RECURSO DE HECHO Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo.

20. Causa “Juares Albino c/ Frigorífico Máximo Paz SA”, Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 39, SD firme n° 3368 del 25/9/07, citado por Roberto C Pompa, “Principios Esenciales a la conciencia jurídica universal y patrimonio jurídico de la humanidad. Estabilidad y aplicación inmediata del Convenio 158 de la OIT”. <https://derecho1 sociales.uba.ar › sites › 2015/04>

21. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconoce el Derecho al Trabajo y protección contra el desempleo en su artículo 23.1: “Toda persona

tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo". La conceptualización como derecho también aparece en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 196 (PIDESC), derivado de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La Convención Americana sobre Derechos Humanos no conceptualizó directamente el derecho al trabajo, pero su Art. 6 expresamente formuló una prohibición respecto de la esclavitud, la servidumbre y del trabajo forzoso.