

CAPÍTULO VII^{α*}

MODALIDADES CONTRACTUALES*

I. Reglas generales en materia de contratación laboral y sus excepciones. Las llamadas modalidades contractuales

A. Las modalidades de los actos jurídicos en general y el contrato de trabajo

En el derecho civil se habla de *modalidades* de los actos jurídicos, utilizándose la expresión para referir a ciertos elementos accidentales que alteran los efectos normales de aquellos actos, ya sea tornando incierta la existencia de los derechos respectivos, postergando su ejercicio o, finalmente, gravando con obligaciones accesorias su adquisición. Las modalidades que responden a esta noción son, respectivamente, la condición, el plazo y el cargo ¹.

No obstante que todos los actos jurídicos son susceptibles de presentar modalidades, en nuestro Código Civil la cuestión fue tratada como un capítulo de las obligaciones (Títulos V y VI de la Sección Primera del Libro Segundo, que se refieren a las obligaciones condicionales y a las obligaciones a plazo) metodología que ha sido objeto de crítica por la doctrina ².

Dado que la observación metodológica resulta atinada, pues las modalidades son elementos accidentales de cualquier tipo de acto jurídico y no sólo de las obligaciones, se afirma, como ejemplos en los cuales se observa una variada aplicación del concepto, que es posible hablar de una hipoteca condicional, de un dominio revocable o de una disposición

^α 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, Buenos Aires, 2006

* Apartados I y II por Diego M. Tosca
Apartado III por Miguel A. Maza y María Cecilia Hockl
Apartados IV a IX por Carlos Livellara

¹ LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, T II, 19na. edición, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 2001, pág. 316.

² LLAMBIAS, J., *op.cit.* pág. 316; BELLUSCIO, Augusto C. (Dir.), *Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado*, T 2, 3ra. reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 743.

testamentaria hecha bajo condición ³, pudiéndose afirmar, genéricamente, que cualquier contrato puede celebrarse sujeto a determinada modalidad ⁴.

Esclarecido - sólo en la medida que aquí interesa - el concepto de modalidad en el derecho civil, la pregunta obligada en la siguiente: ¿ el contrato de trabajo puede celebrarse sujeto a determinada modalidad ? y de ser afirmativa la respuesta ¿ cuándo se hace referencia a modalidades del contrato de trabajo, se está indicando la presencia de alguna de las modalidades de los actos jurídicos contempladas por el codificador civil ?.

Es posible - aunque no frecuente - que se celebre el contrato de trabajo condicionando su validez o eficacia a la realización de un hecho incierto y futuro (art. 528 Código Civil), o que se subordine su fecha de inicio a determinado plazo. No resulta aceptable en cambio, por afectación del orden público laboral, que la eficacia del contrato de trabajo se encuentre subordinada al cumplimiento de determinado cargo por parte del trabajador. Sí podría establecerse un cargo al sujeto empleador.

Sin perjuicio de que esas situaciones - aunque en forma harto improbable - pueden presentarse, lo cierto es que no es ese el significado que en derecho del trabajo se asigna a la expresión *modalidades contractuales*.

Ya se ha dicho que en el derecho civil se define a la modalidad (cualquiera de las indicadas) como un elemento accidental del negocio jurídico que subordina la eficacia de éste a su realización ⁵. En derecho del trabajo en cambio su utiliza la expresión para distinguir los diversos tipos de contratos de trabajo, según su duración, el carácter continuo o discontinuo de la prestación del trabajo u otras características del contrato que seguidamente se explicarán.

Pero se trata en todos los casos, y desde el momento mismo de su celebración - cualquiera sea la forma en que la misma se manifieste - de un negocio jurídico puro y simple en la concepción del Código Civil.

Es que el contrato de trabajo, cualquiera sea la modalidad en que se presente - por tiempo indefinido, a plazo fijo, a tiempo parcial, etc. - como acto jurídico produce plenos efectos desde su celebración. Ciertamente es que cuando se trata de una vinculación distinta a la que privilegia el ordenamiento legal (el contrato por tiempo indeterminado, cabe adelantarlo) en lo que hace al tiempo de duración de la relación, se suele subordinar su eficacia como tal al cumplimiento de determinada circunstancia objetiva, ajena a la mera voluntad de las

³ LLAMBIAS, Jorge Joaquín, RAFFO BENEGAS, Patricio y SASSOT, Rafael, *Manual de Derecho Civil, Obligaciones*, 13ra. edición, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2002, pág. 211.

⁴ Con algunas limitaciones cuando se trata de un acto jurídico cuyo objeto se refiere a cuestión de orden público (BELLUSCIO, *op. cit.*, pág. 743).

⁵ BELLUSCIO, A., *op. cit.*, pág. 744.

partes, impuesta por normas heterónomas ⁶. Pero de ello no se deriva una afectación a la operatividad o eficacia del contrato de trabajo. Si el presupuesto exigido por la norma legal para habilitar la contratación distinta a la de plazo indeterminado no está presente, se activa la sustitución automática de la cláusula que resultó improcedente para el caso por la que corresponde de acuerdo al régimen legal. Lo que debe considerarse, en definitiva y sin perjuicio de lo que se explicita luego en detalle para cada tipo contractual, es que se trata de un contrato por tiempo indeterminado. Sólo en este aspecto puede realizarse un paralelo entre las modalidades de los actos jurídicos - que subordinan la eficacia del acto a la realización de la condición, plazo o cargo - y el contrato de trabajo, por así decirlo, especial (en cuanto no es por tiempo indefinido) dado que la ausencia del requisito particular hace desaparecer la especificidad del contrato, convirtiéndolo en el genérico sin finalización preestablecida.

Se observa entonces que cuando el ordenamiento argentino, en el Título III de la L.C.T., habla "de las modalidades del contrato de trabajo" se va ocupar en rigor de los distintos tipos de contratos, contratos todos ellos que, no por tener un plazo determinado o por establecer una jornada inferior a la habitual de la actividad, dejan de constituir un acto jurídico puro y simple, sin sujeción a modalidad alguna en términos del código civil⁷.

B. Modalidades del contrato de trabajo. Clasificación

Siguiendo a Litterio⁸ es posible efectuar diversas clasificaciones de los modos o tipos del contrato de trabajo, según qué aspecto del mismo se considere.

El principal elemento tenido en cuenta en el momento de diferenciar tipos de contrato ha sido y es actualmente la duración prevista para el vínculo. Cabe señalar en primer lugar que el contrato de trabajo es de los denominados como de *relación sucesiva* o de *duración*⁹,

⁶ Es lo que Juan Angel CONFALONIERI denomina "principio de causalidad u objetividad", contemplado en forma genérica en el art. 90 inc. b) de la L.C.T. y para un ámbito causal específico en los arts. 99 y 100, para el trabajo eventual. (autor citado, *Duración del contrato de trabajo. Posiciones del orden normativo (preferencia y estímulos) necesidad de corregir algunos errores*).

⁷ En tal sentido se manifiesta Norberto CENTENO, aunque sin explicitar los fundamentos de su afirmación, al indicar que "Lo de *modalidades* del contrato de trabajo, excede del alcance que el Código Civil asigna a las obligaciones y que pueden además encontrarse en los contratos, como son la condición, el plazo y el cargo (autor citado en *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, T I, Ediciones Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1978, pág. 410).

⁸ LITTERIO, Liliana H., *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (dirigido por Jorge Rodríguez Mancini)*, 4ta. edición, Astrea, Buenos Aires, 2000, pág. 177 y sig.

⁹ Horacio DE LA FUENTE lo llama de *ejecución continuada*, en cuanto la relación jurídica que crea no se agota mediante la realización instantánea del acto, sino que está destinada a prolongarse en el tiempo a través de prestaciones sucesivas

es decir, que se desenvuelve a lo largo del tiempo, en oposición a las relaciones *instantáneas* cuyo cumplimiento es fugaz y en un solo acto, como la compraventa o la cesión de derechos. Tratándose entonces de un contrato de duración sucesiva, según se encuentre o no determinado el momento de su extinción, puede clasificarse el contrato como de duración *indeterminada* o *determinada*, en este último caso, a su vez, puede tratarse de un plazo cierto de terminación, o sujetarse la extinción a un hecho futuro que no se conoce de antemano cuándo sucederá.

Por otra parte, según la calidad del *sujeto* contratante del lado del trabajador, puede tratarse de un *contrato individual* de trabajo o de un *contrato de grupo o por equipo de trabajadores*.

Las clasificaciones precedentes tienen en mira el tipo de relación que se entabla, desde una perspectiva estática de lo convenido.

Indagando ya en la prestación de trabajo en sí misma, según la *frecuencia* en que se cumple es posible hablar de contrato de prestación *permanente* o *continua* frente a aquellos otros de prestación *discontinúa*, en los cuales la relación tiene vocación de permanencia, pero las prestaciones de las partes - a excepción de los deberes de conducta - se ven interrumpidas en el tiempo para repetirse periódicamente.

A estas clasificaciones tradicionales, en las cuales el factor tiempo es determinante en la definición ¹⁰, es posible agregar tantas otras como el ordenamiento legal o las partes - sin afectar el orden público - permitan a partir de la consagración de nuevos tipos de contratos.

Así por ejemplo, con la proliferación del contrato a tiempo parcial, será válido calificar al contrato *según la duración de la jornada* (completa o parcial).

Con la difusión del contrato de aprendizaje podrá diferenciarse el contrato *según su finalidad principal* ya sea esta la prestación de un servicio a cambio de una remuneración o la formación teórica práctica del trabajador.

A partir del retorno, con las nuevas tecnologías de comunicación, del trabajo a domicilio (uno de cuyos casos paradigmáticos actuales es el teletrabajo) podría clasificarse el contrato *según el lugar en que se presta el servicio*.

Se observa con ello que de ningún modo las llamadas modalidades contractuales pueden conformarse en una clasificación cerrada o taxativa. La dinámica de las relaciones

(autor citado en *Tratado de Derecho del Trabajo*, T 3, Astrea, Buenos Aires, 1982, pág. 539).

¹⁰ El factor tiempo en sus diversas implicancias en la relación de trabajo. En principio es dable considerar tres facetas: a) la que se vincula a la prestación del contrato o relación; b) lo relativo a la continuidad o discontinuidad de la prestación y c) el referido a la jornada de trabajo (conf. MAZA, Miguel Angel, *Consideraciones en torno al plazo del contrato de trabajo*, D.T. 1983-B, pág. 1097.

laborales obliga al legislador a revisar constantemente los tipos contractuales, dando origen así a nuevas modalidades, tarea que no es absolutamente ajena a la voluntad individual - sin perjuicio de que deban siempre observar los estrictos límites que impone el orden público laboral - o, finalmente, a nuevas formas contractuales que puedan surgir a través de la negociación colectiva¹¹.

II. El contrato por tiempo indeterminado

A. Diferencia con la indeterminación del plazo en el derecho civil

Señala Alonso Olea que el contrato de trabajo es un negocio jurídico de extrema vitalidad, de gran dureza y resistencia en su duración¹².

Esta gráfica expresión está haciendo referencia sin duda a cierto tipo de contrato de trabajo: al celebrado por tiempo indeterminado. En palabras de Ramírez Gronda, se trata del contrato *sin plazo*, relación cuyo límite está dado - normalmente - por la declinación de las energías del trabajador o por los extremos de edad y antigüedad que fijan las leyes de previsión social¹³. Es que el ordenamiento laboral, tomando como dato de la realidad el carácter insustituible e indispensable que generalmente tiene para el trabajador la contraprestación que recibe por su trabajo, pretende que la relación se mantenga hasta el momento en que se encuentre en condiciones de reemplazar el salario - ya sea por la edad que alcanza o por alguna otra contingencia - por los beneficios establecidos para el caso por el sistema de seguridad social.

Puede advertirse desde ya que la llamada indeterminación del plazo del contrato de trabajo se diferencia sustancialmente - en rigor, resulta antagónica - con el alcance que tiene este concepto en el derecho civil.

Es que en el derecho civil, históricamente, no se establecieron reglas especiales sobre la duración del contrato de trabajo, las partes podían libremente determinar el plazo de la convención, siguiendo en esto los principios generales de la libertad de contratación.¹⁴

Nuestro Código Civil, al ocuparse de la locación de servicios, nada dispone sobre la duración del contrato, por lo que se trata de una materia absolutamente disponible para las

¹¹ En España, el art. 15 E.T. al regular el "contrato eventual por circunstancias de producción" dice que el mismo puede concertarse por una duración no mayor de seis meses dentro de un período de 12 meses, *salvo que por convenio colectivo se admita una duración mayor*.

¹² Autor citado, en *Derecho del Trabajo*, en coautoría con Ma. Emilia Casas Baamonde, 14ta. edición, Universidad Complutense, Madrid, 1995, pág. 234.

¹³ Autor citado en *Tratado de Derecho del Trabajo*, dirigido por Mario Deveali, segunda edición, La Ley, Buenos Aires, 1971, pág. 597.

partes. Sólo se ocupa, en los arts. 1507 y 1604, de los términos de la locación de cosas. Comentando igual metodología seguida por el codificador civil uruguayo - tratamiento exclusivo del plazo en lo que se refiere a las cosas, no a los servicios - De Ferrari indica, con particular vehemencia, que ello ha sido por la inclinación que siempre tuvieron los civilistas a prestar más atención a las cosas que a los hombres¹⁵.

El derecho del trabajo, en cambio, excluye del ámbito de la autonomía de la voluntad lo atinente al tiempo de duración del contrato de trabajo¹⁶. Esta afirmación no se desmerece - sino que se confirma - por el hecho de que las leyes admiten en general la celebración de contratos a plazo (cierto o incierto) ya que la posibilidad sólo se ofrece para aquellos casos en que existen circunstancias objetivas, ajenas a la mera discrecionalidad de los sujetos intervinientes, que justifican la contratación temporaria. Incluso cuando en nuestro derecho, durante la vigencia de la 11.729, no se exigía la existencia de una causa que justificara la contratación a plazo, ello no significaba que llegada la expiración del mismo el vínculo concluía sin consecuencias indemnizatorias para el empleador, ya que el art. 158 establecía que las obligaciones de los tres artículos anteriores (entre los que se encontraba la indemnización por despido) regirían también para "los contratos de empleo a plazo fijo". Y la obligación de indemnizar el despido incausado constituye, como se verá más adelante, una de las principales consecuencias y modo de asegurar la regla de indeterminación del plazo.

Queda en claro entonces que si en el derecho civil la indeterminación del plazo significa la posibilidad para las partes de fijarlo libremente, o si no estuviese fijado la procedencia de la resolución unilateral¹⁷, en materia laboral constituye, por el contrario, una

¹⁴ DE FERRARI, Francisco, *Derecho del Trabajo*, Vol II, 2da. edición, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1969, pág. 168.

¹⁵ DE FERRARI, F., *Op. Cit.*, pág. 168.

¹⁶ Por ello no parece acertado expresar, como lo hace Horacio DE LA FUENTE, que "el contrato de trabajo puede ser celebrado por un tiempo determinado o indeterminado" (autor citado, *Op. Cit.*, pág. 563). Se trata tal vez de una mera cuestión terminológica, ya el mismo autor sostiene en páginas anteriores, con todo acierto y rigor, que "la sola voluntad de las partes no es suficiente para justificar la existencia del plazo extintivo" (*Op. Cit.*, pág. 540), pero debe evitarse, atento la trascendencia del instituto, calificar como *posibilidad* lo que constituye una *imposición* del régimen legal. En realidad, lo único que las partes "pueden" hacer es escoger el tipo de contrato que impone las características de la tarea para la cual se destina al trabajador: si se trata de una necesidad permanente, o con vocación de permanencia, la contratación será por tiempo indeterminado, y si el objeto de la vinculación se conforma con un trabajo temporario - con finalización de fecha cierta o incierta - corresponderá una contratación a plazo fijo o eventual.

¹⁷ Lo que no significa por cierto que las partes puedan hacer un uso abusivo o sin sujeción a consideración alguna de la otra de esa posibilidad. En tal sentido se expide la jurisprudencia al señalar que "aún hecho sin término el contrato de locación de servicios, las partes - especialmente el locador del servicio - no podrían eximirse de responsabilidad si lo rescinde en forma intempestiva" (C.N.A.Civ., sala B, 14/05/2001 in re "Paradiso, Guillermo Oscar c/ Equipo de Salud S.A. s/ daños y perjuicios), al cual hace remisión C.N.A.T. Sala X,

imposición del orden legal, que pretende que el contrato se mantenga hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de jubilarse, en tanto no se configure justa causa de extinción.

Así lo dispone el ordenamiento legal argentino al indicar, en primer lugar, que el contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado (art. 90 L.C.T.) para establecer en la norma siguiente que el mismo dura hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignan las regímenes de seguridad social, salvo que se configuren algunas de las causales de extinción previstas en la ley.

No debe entenderse incluido entre tales causales el llamado despido sin causa¹⁸, ya que tal acto, si bien eficaz, constituye un obrar ilícito, por lo que no podría ser previsto por el ordenamiento como una *causa* legal de extinción.

Si no existe una causa objetiva que habilite una contratación temporaria la determinación del momento en que concluirá el vínculo está absolutamente excluido del ámbito de la autonomía de la voluntad. De allí su diferenciación con el régimen del derecho civil. El hecho de que, no obstante ello y por aplicación del régimen de estabilidad impropia o relativa, se otorgue eficacia a la extinción incausada, no altera la conclusión. Se trata aún en caso que se configure este último supuesto de un contrato por tiempo indeterminado, lo que origina justamente como consecuencia el deber reparatorio por la ruptura anticipada.

B. Fundamentos de la indeterminación del plazo

Luego de hacer referencia a la vieja regla del código civil francés que prohibía comprometer servicios personales a perpetuidad, reseña De Ferrari que las actuales leyes del trabajo tienden, en cambio, a que el contrato de trabajo tenga una duración indefinida y abarque, si es posible, toda la vida del trabajador, permitiendo el servicio perpetuo - cabría sostener, con mayor rigor, promocionando o promoviendo el servicio perpetuo -. Explica asimismo que estas fórmulas del derecho del trabajo no buscan someter al hombre a una

28/4/2003 M.R.S.V. c/ C.A. (D.T. 2003-B, pág. 1030 y sig.) para reconocer un resarcimiento a una empleada doméstica a la cual, en el voto mayoritario, se la excluye del ámbito del derecho del trabajo (puede verse posición crítica al respecto en TOSCA, Diego, *Los trabajadores dependientes que se desempeñan en el servicio doméstico y que no se hallan alcanzados por el ámbito de aplicación personal del decreto ley 326/56*, D.T. 2003-B, pág. 1805 y sig.).

¹⁸ No parece en tal sentido acertada la opinión de LITTERIO en cuanto a que el citado art. 91 prevé que las partes pueden extinguirlo en cualquier momento con o sin causa justificada (LITTERIO, L. *Op. Cit.*, pág. 183).

nueva esclavitud, sino liberarlo económicamente, permitiendo lo mismo que el Código Civil prohibió con el ánimo de defenderlo de las prácticas de servidumbre ¹⁹.

No debe sorprender que esta propuesta de servicios para toda la vida activa sea vista como una solución liberal - en el sentido literal del término - ya que, por un lado, debe tenerse especialmente en cuenta que la indeterminación del plazo está puesta siempre sólo a favor del empleado, quien por su mera voluntad y sin mayores consecuencias ²⁰, puede en cualquier momento poner fin a la vinculación²¹. Por otra parte, tratándose de una relación manifiestamente desigual en lo que respecta al poder negociador de los sujetos, cabe recordar el aforismo de Lacordaire: "entre el fuerte y el débil, la libertad oprime, la ley libera"²². Tan notable consideración justifica por sí sola la imposición legal.

Y esa liberación esta dada en razón de que, siendo como ya se dijo el salario el medio de subsistencia indispensable para el dependiente, el hecho de tener asegurado por mandato legal el mantenimiento del contrato de trabajo hasta el momento de acceder a la jubilación cobra un valor apreciable. Y ello considerando tan sólo uno de los aspectos del contrato de trabajo, el carácter alimentario que tiene para el trabajador la prestación obtenida. Pero no puede perderse de vista la significancia que tiene para el ser humano el contar con un empleo estable en cuyo marco logra obtener una realización integral de su persona ²³.

Desde un plano absolutamente metajurídico, pero que no debe ser desdeñado teniendo en cuenta que constituye un aporte sociológico que siempre ha servido de fuente material al derecho del trabajo, se ha analizado la estabilidad del empleo (consecuencia necesaria de la indeterminación del plazo en la forma que lo concibe la disciplina laboral) como elemento contribuyente al progreso social²⁴.

¹⁹ DE FERRARI, F., *Op. Cit.*, pág. 169 y sig.

²⁰ Sólo suele imponer la legislación la obligación de preavisar la renuncia al empleo.

²¹ En ese sentido se indica que "el reforzamiento de la duración indefinida del contrato de trabajo está concebido y opera a favor del trabajador, interesado en la estabilidad de su empleo; no es que se le imponga, sino que se le concede" (ALONSO OLEA, *Op. Cit.* pág. 239).

²² Citadas por RAMIREZ MARTINEZ, Juan M. (Dir.), *Curso de Derecho del Trabajo*, 10ma. edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 24.

²³ En esta línea se ubica el segundo párrafo del art. 4 de la L.C.T. cuando expresa que "El contrato de trabajo tiene por objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley".

²⁴ Refiere Susana TORRADO, remitiéndose a Gino GERMANI, que durante las migraciones internas en la Argentina llegan a la ciudad desde el campo nuevos sectores sociales pobrísimos, con muy poca cultura, para quienes tener un puesto de empleo **estable** constituía una movilidad ascendente (reportaje a Susana Torrado publicado en el diario La Nación de Buenos Aires, el 24 de enero de 2004, cuerpo principal, pág. 16).

La justificación de la indeterminación del plazo en el contrato de trabajo está dada, entonces, en la necesidad del trabajador subordinado de contar, al menos en expectativa, con el empleo permanente hasta el momento en que se reconoce su derecho a acceder a los beneficios del sistema de seguridad social. De allí que no se comparten las posiciones doctrinarias que fundamentan la indeterminación del plazo en necesidades económicas u organizacionales de la empresa o del sistema productivo ²⁵.

Sí resulta aceptable en cambio la consideración de la regla de la indeterminación del plazo desde el punto de vista del empresario cuando se afirma que "a actividades permanentes corresponden contratos permanentes"²⁶, pues con ello se concilia el imperioso deber social - elevado al rango de valor jurídico - de que el trabajador mantenga su puesto de trabajo mientras subsistan los motivos o necesidades empresarias que dieron causa a su contratación - y siempre, claro está, que no se configure alguna de las causales admisibles de extinción - y se respeta la imposibilidad real del empresario que, por contar sólo con una fuente de trabajo que está desde el inicio condenada a su desaparición por cubrir una necesidad temporaria, sólo se halla en condiciones de ofrecer un contrato de trabajo sujeto a tal limitación temporal.

No obstante lo anterior no debe soslayarse que la continuidad indeterminada del contrato, como afirma Vázquez Vialard, beneficia también a la empresa, entre otras razones, por el costo que implican las tareas de reclutamiento, aprendizaje y experimentación de las

²⁵ En tal sentido se afirma que el contrato por tiempo indeterminado "está de acuerdo con una de las tantas características de la organización comercial e industrial moderna, especialmente en el sector comercial (en sentido estricto) que precisa trabajadores permanentes capaces de suministrar a la organización de que se trate la mayor parte de su actividad profesional, si no toda (RAMIREZ GRONDA, *Op. Cit.*, pág. 597). Esta inversión del basamento de la indeterminación del plazo contractual ha llevado a que la legislación admita modalidades contractuales temporarias sin suficiente justificación, con el loable pero hasta ahora infructuoso propósito de disminuir de ese modo el nivel de desempleo, adaptándose en teoría el modo contractual a las nuevas realidades en la organización empresaria. Así lo hizo en nuestro país, con magros resultados de acuerdo a sus fines, la ley 24.013 en los arts. 28 y siguientes, hoy día derogados, donde se legislaba sobre cuatro tipos contractuales temporales. Tal fenómeno fue - como tantos otros - tomado de la experiencia española, de lo que da cuenta Alonso Olea indicando que "el principio de estabilidad padece hoy, en época de cambios tecnológicos y crisis económica, un retroceso - del que es reflejo el E.T., art. 17.3- buscado para dar alicientes a la celebración de contratos de trabajo y con ella a la reducción del paro la admisión amplia de contratación por tiempo limitado es uno de los aspectos más salientes de los varios que conforman la "flexibilización" actual del derecho del trabajo; el empresario se descarga en parte del riesgo derivado del nivel de actividad económica, al poder acomodar a éste - en general y no en supuestos concretos - la dimensión de su personal" (ALONSO OLEA, *Op. Cit.*, pág. 235).

²⁶ FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, T I, La Ley, Buenos Aires, 1992, pág. 763.

personas que se incorporan al grupo, y el mayor compromiso hacia la organización que la continuidad genera en el trabajador²⁷.

C. Principales efectos de la indeterminación del plazo

Como consecuencia del carácter indeterminado del contrato de trabajo que privilegia el ordenamiento legal, el derecho del trabajo ofrece soluciones propias o peculiares para distintos supuestos en los cuales, por aplicación del derecho civil o directamente de principios generales del derecho, se concluiría, generalmente, en la extinción de la vinculación²⁸. Y aún cuando esta última situación se concrete, el derecho laboral, como derivación del principio protectorio, penaliza el acto disolutorio incausado pretendiendo no sólo sancionar y reparar, sino, especialmente en lo que a la materia en debate interesa, persuadir o desalentar la extinción.

Cada una de las consecuencias o efectos que a continuación se enumeran se refieren a particulares sucesos que se presentan durante la ejecución o en la extinción del contrato, por lo que su problemática integral no será aquí tratada, sino que se difiere al desarrollo específico a los capítulos correspondientes de esta obra. No obstante ello aquí se los presenta en relación con la regla de indeterminación del plazo contractual y a fin de que pueda tomarse una cabal dimensión de su alcance.

a) Presunción a favor del contrato por tiempo indeterminado

Constituyendo la regla general el contrato por tiempo indeterminado, la fijación de un plazo para la vinculación, ya sea cierto o incierto, revista carácter de excepción. En consecuencia, será el empleador que pretende la existencia de la contratación temporaria quien deba demostrar su real configuración, lo que implica acreditar los presupuestos fácticos a los cuales el ordenamiento condiciona la admisibilidad de la vinculación de excepción.

Pero dado que la indeterminación del plazo está impuesta a favor del trabajador, cuándo sea éste quien sostenga que el contrato celebrado tiene carácter temporal y la cuestión se controvierta, pesará sobre sí el deber probatorio²⁹.

²⁷ Autor citado, *Tratado de Derecho del Trabajo*, T 2, Astrea, Buenos Aires, 1982, pág. 251 y sig.

²⁸ Con arreglo al derecho civil o comercial, explica De Ferrari, no se mantendría el contrato en caso de venta del establecimiento, de accidente, de enfermedad prolongada, de huelga, etc. (*Op. Cit.*, pág. 171).

²⁹ Esta situación podría configurarse, según se ejemplificariza, en un caso que el trabajador sostenga que se trata de una contratación eventual y fuese despedido pendiente el evento al cual se sometió la finalización del vínculo, en cuyo supuesto tal vez exista en real interés en demostrar la naturaleza temporaria del

b) Conservación del contrato en caso de duda

Si se presentare alguna duda sobre la efectiva existencia o continuación del vínculo laboral debe estarse al mantenimiento del contrato, como modo de asegurar o hacer efectivo el principio de indeterminación del plazo.

Esta regla, que tiene consagración en el derecho positivo en el art. 10 de la L.C.T., resulta de suma utilidad en aquellas situaciones en que se debate la extinción contractual en base a un comportamiento tácito, a una omisión o silencio del trabajador, como sucede en el caso de extinción tácita por mutuo acuerdo o en el caso de abandono de trabajo. Sólo cuando los hechos demuestren acabadamente el real desinterés del trabajador - y cumplidos los demás recaudos legales - podrá aceptarse la conclusión del vínculo.

c) Admisión de la modificación unilateral de ciertas condiciones contractuales

La modificación bilateral, consensuada, de las condiciones de contratación, no constituye por cierto una particularidad del derecho del trabajo. Es una derivación natural del principio de autonomía de la voluntad, que tendrá, eso sí, mayores límites en el contrato de trabajo en razón del extenso campo que ocupa en el mismo el orden público laboral.

Lo que sí se presenta como novedad es la facultad que se otorga al empleador de modificar ciertas condiciones - no esenciales - y dentro de determinados límites, relativas a la prestación de trabajo. Y ello puede verse justificado sin duda en la necesidad de efectuar ajustes o "retoques" en una relación que se pretende duradera.

La negativa de esta facultad, derivada del poder de dirección, podría llevar, ante la necesidad imperiosa de pequeños cambios, a la frustración definitiva del contrato, lo que aparece reñido con la regla de indeterminación del plazo que se tiene como norte.

d) Continuación del contrato ante el cambio de empleador

Sabido es que un cambio en la persona del trabajador supone, regularmente, la disolución del contrato de trabajo³⁰. En cambio la figura del patrono es, por regla general, de mucho menor importancia, razón por la cual es posible que sea sustituido por otro nuevo, sin que ello influya en la existencia y contenido del contrato³¹. Por otra parte, atento las modalidades propias de la relación de trabajo, se formula una clara distinción entre el carácter de las prestaciones a cargo de cada una de las partes. Las que corresponden al trabajador, consistentes en la puesta a disposición de su capacidad de trabajo, tienen un marcado tinte de carácter personal. Pero no ocurre lo mismo, salvo situaciones de excepción, con las obligaciones del empleador. Aquéllas son obligaciones "intuitu personae",

vínculo por el mayor derecho indemnizatorio que puede proporcionar la ruptura ante tempus (Conf. CENTENO, N., *Op. Cit.*, pág. 414).

³⁰ KROTOSCHIN, Ernesto, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1962, pág. 447.

por lo cual se considera que la tarea a cargo del trabajador es infungible. No sucede normalmente ello respecto de la persona del empleador, no interesa tanto quien realiza las obligaciones a su cargo, en la medida en que se satisfagan debidamente.

Teniéndose en cuenta las apuntadas particularidades del contrato de trabajo, se acepta que cuando se produce una modificación de la persona del empleador por haberse concretado una transferencia –por actos entre vivos o mortis causa- de la empresa o establecimiento, los contratos de trabajo continúen en vigencia con el sucesor, y ha sido común establecer incluso, con el alcance que para el caso precisa el régimen legal, un sistema de responsabilidades solidarias en cabeza de transmitente y adquirente de determinadas obligaciones derivadas de los contratos de trabajo vigentes o extinguidos.

Esta particular solución que brinda el derecho del trabajo facilita la continuidad indeterminada de la vinculación, en un supuesto en el cual las leyes civiles, por aplicación del principio que veda la extensión de los efectos de los contratos a terceros (art. 1195 Código Civil) conducirían a la extinción de la vinculación.

e) *Carácter ilícito del despido incausado*

Si como se dijo y fundamentó precedentemente el contrato de trabajo, como regla, es por tiempo indeterminado y dura hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de jubilarse, resulta válido predicar en consecuencia que la disolución dispuesta por el empleador sin causa justificada constituye un obrar contrario a lo estatuido legalmente, es decir, un acto ilícito³².

Como tal, el ordenamiento legal prevé una indemnización reparatoria para el caso (no debiéndose caer en el error, bastante común, de considerar - inversamente a lo aquí sostenido - que se trata de un acto ilícito porque existe un deber de indemnizar).

Y esa indemnización que manda pagar el ordenamiento legal, dado su función *disuasiva*³³, se presenta como la garantía - por cierto relativa - de la indeterminación del plazo. De poco serviría sostener que el contrato es por tiempo indeterminado si la ruptura injustificada ninguna consecuencia acarrea para el incumplidor.

La entidad de esa garantía, que se relaciona con el tipo de estabilidad que el ordenamiento reconozca³⁴, afianzará o debilitará la regla de la indeterminación del plazo

³¹ KROTOSCHIN, E. *Op. Cit.*, pág. 448.

³² Esta conceptualización dista de ser pacífica en doctrina. Puede cotejarse un racconto de las distintas posiciones y sus fundamentos en ACKERMAN, Mario, *Validez constitucional de la tarifa con tope en la indemnización por despido arbitrario de cara a la doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia*, Revista de Derecho Laboral 2000-I, Rubinzal - Culzoni, págs. 151 y sig., en particular nota 9 de pág. 152.

³³ ACKERMAN, M., *Op. Cit.*, pág. 154 y 155.

³⁴ Sobre las diferentes formas de estabilidad ver Tomo I Capítulo IX.

contractual, pudiéndose sostener, como consideraciones extremas, que cuando el sistema legal nulifica el despido injustificado, ordenando la reincorporación del empleado (estabilidad propia o absoluta) la continuación o permanencia del contrato se encuentra plenamente asegurada, sucediendo lo contrario, es decir, vaciándose de todo contenido el postulado de indeterminación de plazo, si ante la denuncia contractual incausada no se establece penalidad alguna para el infractor³⁵.

III. El periodo de prueba en el contrato de trabajo.

A. Introducción

Se ha de examinar un instituto que constituyó en Argentina –desde 1995- un hito legal en lo relativo al ingreso de los trabajadores a las empresas; esto es el *período de prueba* o de verificación de las condiciones personales y profesionales de aquél. Empero, no debe dejarse de advertir, para aclarar aquello que se expondrá en las siguientes páginas, que en muchas ocasiones la adopción de este instituto ha respondido, más que a esa razonable función inicial de la relación de trabajo, a la intención de flexibilizar la posible expulsión del personal sin costos indemnizatorios. Se lamenta tener que anticipar que, como se verá más adelante, la describir la forma en que el instituto ingresó a nuestra Ley de Contrato de Trabajo, ese recurso a la utilización del periodo de prueba presenta en nuestro país un cabal ejemplo.

Por otra parte, desde ya se anticipa, coincidiendo con Ackerman (³⁶), que en el contexto de un régimen de inestabilidad laboral (³⁷) o estabilidad relativa impropia -por usar la terminología más generalizada- resulta poco justificable la introducción de un período de prueba, instituto más bien pensado en el derecho comparado para preceder a contratos de trabajo tutelados con estabilidades intensas como la relativa propia o la absoluta.

Hechas estas aclaraciones, se intentará representar, prieta pero suficientemente, qué se entiende por periodo de prueba en los contratos de trabajo.

B. Concepto.

a) Algunas descripciones aportadas por la doctrina.

³⁵ Situación esta última que en nuestro derecho resulta constitucionalmente inadmisibile, atento "la protección contra el despido arbitrario" garantizada por el art. 14 bis. C.N., postulado constitucional en el cual, en consecuencia, cabe encontrar sustento de máximo reconocimiento normativo a la regla de indeterminación de plazo contractual.

³⁶ ACKERMAN, Mario E. *Periodo de prueba en Reforma Laboral Ley 25.877*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, pág. 54.

³⁷ En tanto en nuestra ley de contrato de trabajo el despido incausado o injusto dispuesto por el empleador es válido para romper, por su sola decisión, el contrato, aún cuando luego resulte generador de la indemnización tarifada prevista en el art. 245 de dicho régimen.

Desde la perspectiva de los autores se han elaborado diversas definiciones del denominado período de prueba. Así, De la Cueva señaló que “se conoce con el nombre de período de prueba en las relaciones de trabajo, un término breve, al iniciarse la prestación de servicios, destinado a que el trabajador pruebe su aptitud”⁽³⁸⁾.

Para el profesor español Montoya Melgar 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”⁽³⁹⁾.

Pérez Botija⁽⁴⁰⁾ caracterizaba a este instituto explicando que el período de prueba tendría la virtualidad de dar la oportunidad de conocer la capacidad profesional, así como las posibilidades de rendimiento del trabajador, su psicología y su espíritu de laboriosidad.

Martín Valverde⁽⁴¹⁾, por su parte, señala que la característica del período de prueba es una experimentación sobre el terreno de la relación laboral con carácter temporal y provisional.

Entre nosotros Carlos A. Etala⁽⁴²⁾ lo ha conceptualizado como un medio de permitir al empleador apreciar las aptitudes y destrezas que ostenta el trabajador para cubrir el puesto de trabajo vacante. Como se ve, este jurista lo caracteriza lisa y llanamente con un instituto introducido para usufructo del empleador.

Litterio⁽⁴³⁾, en cambio, lo describe como un test que sirve a ambas partes. Así, dice que “Se trata del lapso durante el cual el empleador puede constatar la habilidad, destreza y otras cualidades del trabajador y éste, a su vez, puede experimentar las ventajas e inconvenientes del puesto.

Rodríguez Mancini y Confalonieri (h), por su parte, se refieren al período de prueba como “una institución recogida en otros países sobre la base de la aceptación de un

³⁸ DE LA CUEVA, Mario, *Derecho Mexicano del Trabajo*, T. 1, 6ª. Edición, Ed. Porrúa, México, 6ª. Edición, 1964, pág. 764.

³⁹ MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, Madrid, 6ª. Edición, 1985, pág. 492 y sgtes.

⁴⁰ PEREZ BOTIJA, Eugenio, *Curso de Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1948, págs. 141 y sgtes.

⁴¹ MARTIN VALVERDE, Antonio, *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Editorial de Montecorvo S.A., Madrid, 1976.

⁴² ETALA, Carlos A., en *Contrato de Trabajo*, Editorial Astrea, Bs. Aires, 1998, págs. 205/206, así como en “El periodo de prueba en la ley 25.013”, DT 1999-A-211, opinión reiterada en “El periodo de prueba en la ley 25.877”, revista Lexis Nexis Laboral y Seguridad Social, 2004, N° 8, págs. 482 y stes.

⁴³ LITTERIO, Liliana Hebe, en *Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social*, dirigido por Jorge RODRIGUEZ MANCINI, Editorial Astrea, 4ta. edición, Bs. Aires, 2000, pág. 184.

mejor conocimiento de los sujetos del contrato que se someten –recíprocamente- a la experiencia de la relación para establecer si resulta de su conveniencia” (44). Es lógico entonces, sostienen estos autores, que durante ese lapso “no se considere indemnizable una decisión de disolver el contrato”.

Se ha de entender aquí que el período de prueba constituye una etapa, posterior a la selección de los candidatos a ocupar puestos de trabajo dependiente efectuada por el empresario o quien lo represente (45), de carácter preliminar dentro del contrato de trabajo, y en el cual las partes, pero sobre todo el trabajador (46) ya que busca que el empleador lo acepte (47), se prueban, muestran sus actitudes y aptitudes a fin de concretar la vinculación contractual en ciernes.

Sin embargo, esta definición pura o abstracta no parece válida a la hora de definir el periodo de prueba en el contrato de trabajo de acuerdo al art. 92 bis de la LCT. En este específico contexto, pensamos que se trata de un 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 contractual. Esto es así, pues, la propia ley ha permitido que la promesa mutua a que hace referencia el art. 21 LCT se manifieste con una fragilidad inicial: el régimen de Contrato de Trabajo admite ahora que la promesa patronal de dar ocupación y el compromiso del dependiente de poner su capacidad laborativa a disposición del empleador, puedan extinguirse sin expresión de causa, dentro del plazo de tres meses, establecido en el art. 92 bis.

Etala (48), recordando una expresión del maestro Deveali (49), parece concordar pues ha afirmado que el periodo de prueba es “algo más bien parecido a un período de

⁴⁴ RODRIGUEZ MANCINI, Jorge y CONFALONIERI, Juan Á (h), *Reformas Laborales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000, pág. 14.

⁴⁵ Vr. Gratia: empresas selectoras de personal.

⁴⁶ El instituto, aunque establecido normativamente a favor de ambas partes, carece de relevancia para el trabajador -éste siempre puede renunciar en el trabajo libre- para quien sólo se ha previsto la exención del deber de preavisar su renuncia. Por ende, hemos de examinarlo con esta advertencia.

⁴⁷ Fuera del marco ideal del pleno empleo es raro que un trabajador pueda elegir a su empleador, por lo que la prueba difícilmente sirva al trabajador para desechar la propuesta de contrato del empresario. Aunque le disgusten las condiciones personales o empresariales, carece de ordinario de libertad para dejar de tomar el empleo que se le ofrece. Mario E. Ackerman en su opúsculo “Entre el exabrupto y la esperanza” (revista DT 2003, Nro. III, marzo 2003, págs. 287 y stes, especialmente capítulo I) refleja esa falta de libertad con pluma maestra, por lo que recomendamos su lectura.

⁴⁸ ETALA, Carlos A., *Contrato de Trabajo*, ya citado, pág. 206, reiterando el concepto en su “El período de prueba en la ley 25.877”, ya citado, págs. 483.

⁴⁹ DEVEALI, Mario L. “Período de prueba y permanencia”, en DT 1946-505.

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 indeterminado”.

Resulta relevante memorar que el Mensaje de Elevación del P.E.N. que había acompañado al proyecto de la luego sancionada ley 24.465 señalaba que el período de prueba tiene la finalidad principal de facilitar la entrada de nuevos trabajadores y de estimular su contratación. Pese a ello, el Mensaje de Elevación de la ley 25.250 aclaró que se quiso restituir a la institución su sentido de adaptación y comprobación de la capacidad del trabajador, predicando que “no será más utilizado como una modalidad contractual”, en un claro reconocimiento de la disfuncionalidad que subrayamos.

b) El período de prueba en los sistemas jurídicos comparados.

Para comprender acabadamente la conceptualización de los autores y el siguiente acápite –referente al concepto y naturaleza jurídica del instituto- resulta imprescindible dar una mirada, al menos panorámica, a las diversas regulaciones que en otros países ha merecido el tema.

1) España ⁽⁵⁰⁾.

En este país el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores autoriza a concertar un período de prueba durante el cual ambas partes pueden disolver el contrato sin necesidad de alegar justa causa, sin preaviso y sin indemnización alguna; el pacto es nulo si se lo estipula cuando el trabajador ya desempeñó las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.

El Tribunal Constitucional español ha tenido oportunidad de señalar que la causa de resolución del contrato durante el período de prueba carece de trascendencia, siempre que esté dentro del ámbito de libertad reconocido en la normativa, ya que no autoriza a la producción de efectos inconstitucionales ⁽⁵¹⁾.

Debe ser formalizado por escrito y con sujeción a los límites de duración que establezcan los convenios colectivos; en defecto de pacto en el convenio, no puede exceder de seis meses para los técnicos titulados y dos meses para el resto de los trabajadores. Si la empresa cuenta con una plantilla menor a veinticinco trabajadores, no puede superar el lapso de tres meses. El trabajador goza de los mismos derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe, como si fuera de plantilla.

La desvinculación, de producirse, ha de acaecer mientras esté transcurriendo el período de prueba y no después del transcurrido, al día siguiente, y ni siquiera horas

⁵⁰ Las referencias a la institución en España pertenecen al *Memento Práctico Francis Lefebvre*, Social 2000, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, España, 2000.

⁵¹ Tribunal Constitucional español, sentencias del 16-10-84 y 26-9-88.

después de expirado (⁵²), si se lo resuelve una vez finalizado éste, constituye un despido improcedente o nulo (⁵³).

El contrato a prueba requiere estar dado de alta y cotizando en el régimen general de la Seguridad Social. La presencia de una causa de discriminación de las prohibidas por la Constitución y el Estatuto de los Trabajadores anula la validez de la resolución, con la obligación consiguiente de readmisión. No cabe, pues, considerar la facultad de desistimiento como absoluta, ya que no está amparado su ejercicio con motivación torpe o calificada de fraudulenta (⁵⁴).

2) Francia.

Siguiendo a Javillier (⁵⁵) se recuerda que en Francia también es facultativo para las partes del contrato de trabajo el establecimiento de un período de prueba. Durante su transcurso, el empleador puede apreciar las aptitudes profesionales del asalariado; este último también tiene la oportunidad de conocer las condiciones y el objetivo del trabajo. La ley fija una duración máxima del período de prueba. Si se trata de contratos de duración determinada el período de prueba no puede ser mayor a un mes ni menor a dos semanas. Si es de duración indeterminada, las partes estipulan el período de prueba, que puede extenderse de uno a tres meses. Se entiende que tales regulaciones son de orden público; la duración del período de prueba no puede ser prorrogada por voluntad de las partes, pero sí disminuida.

En cuanto a la decisión de disponer la ruptura del vínculo, el empleador es “el único juez”, salvo voluntad dolosa o abuso de poder, circunstancias que deben ser probadas por el dependiente. Como regla general, también este último es el “(único) juez” respecto de la rescisión del contrato durante el período de prueba (⁵⁶).

3) Italia.

Según expresa Riva Sanseverino (⁵⁷), el período de prueba constituye en Italia una institución de antigua data. Pone de relieve la autora que en una primera época el período de prueba era una estipulación poco frecuente en las relaciones de trabajo; la ley del 13 de noviembre de 1924, para los empleados particulares, lo mencionaba como una cláusula contractual.

⁵² TSJ Burgos 31-7-91; TSJ Valladolid 29-7-91.

⁵³ TSJ Málaga, 17-1-92.

⁵⁴ T.S. 27-12-89, Ar. 9088.

⁵⁵ JAVILLIER, Jean Claude, *Manuel du Droit du Travail*, L.G.D.J., París, 1996, págs. 187a 189.

⁵⁶ JAVILLIER, *op. cit.*

⁵⁷ Mario De La Cueva señala que la autora “hizo una excelente síntesis de la evolución legislativa italiana” (*op. cit.* en nota 1, pág. 764).

En una segunda etapa, la Declaración XX de la Carta del Lavoro, dictada durante el régimen fascista, estableció para todos los trabajadores un período de prueba. Señala la autora citada “que en virtud de ese texto sostuvo la doctrina italiana que el período de prueba regía, aun faltando estipulación expresa, con cada relación de trabajo...”. También se reglamentó en los convenios colectivos de trabajo.

Un tercera época se inició con el Código Civil de 1942: “una posición ecléctica”, al establecerse en el art. 2096 que salvo disposición en contrario de las normas corporativas, el período de prueba debía resultar de un pacto escrito, lo cual -según la autora-, significó un regreso a la primera regulación.

Como apunta De la Cueva, en el sistema del Código Civil la duración del período de prueba depende de la estipulación contractual que lo consigne; la ley del 13 de noviembre de 1924 había señalado un plazo máximo de seis meses para los altos empleados y de tres meses para todos los demás; pudiéndose pactar plazos más reducidos. El régimen permite que durante su vigencia, las partes puedan disolver el vínculo sin obligación de preaviso ni derecho a indemnización; no obstante, si la prueba se estableció por un tiempo mínimo necesario, no se podrá resolver el contrato antes de su vencimiento. Por último, si se cumple el período de prueba, la relación deviene definitiva automáticamente y se computa como tiempo de servicio.

4) Latinoamérica.

En la República Oriental del Uruguay no se ha legislado sobre el instituto pero la jurisprudencia legitima que se pacte por escrito un período de prueba en el contrato de trabajo con una duración variable de acuerdo con el tipo de trabajos, tareas y calificación profesional del trabajador. En cambio la ley 10.570 prevé un período de carencia de cien jornadas para los trabajadores remunerados por jornal, por hora o a destajo, lapso que opera como condición para tener derecho a la estabilidad.

En la Consolidación de Leyes del Trabajo de la República Federativa de Brasil (art. 445), el contrato a prueba constituye un vínculo autónomo del contrato ordinario, concebido como una de las especies del contrato de trabajo a plazo determinado, con un máximo de noventa días.

Cabe agregar que el art. 58 del Código del Trabajo de Paraguay también prevé el período de prueba en el contrato de trabajo, como una etapa inicial, para apreciar las aptitudes del trabajador y para que éste verifique la conveniencia de las condiciones de trabajo contratado.

En El Salvador está permitido a las partes estipular en los contratos individuales de trabajo que los primeros treinta días sean de prueba. Dentro de ese tiempo

cualquiera de las partes puede resolver el contrato sin expresión de causa. Vencido ese plazo sin que ninguna de las partes haya manifestado su voluntad de dar por terminado el contrato, éste continuará por tiempo indefinido, salvo que las partes hayan fijado otro para su terminación -contratos por tiempo determinado- en los casos en que la ley lo permita. Si antes de transcurrido un año se celebra un nuevo contrato entre las mismas partes contratantes y para la misma clase de tareas, no podrá concertarse un período de prueba en el nuevo contrato (⁵⁸).

C) *Naturaleza jurídica del período de prueba.*

a) *Previsiones introductorias.*

Cuando se trata de establecer la naturaleza jurídica de una institución del derecho, la tarea consiste -en suma- en reconducir el material que ésta ofrece a determinados géneros fundamentales, claramente especificados, tarea que impone un constante compromiso por parte del intérprete. Compartimos los conceptos reseñados, de la autoría de Sergio Le Pera (⁵⁹), toda vez que la subsunción de un instituto jurídico en determinado género condiciona de manera rigurosa toda interpretación posterior. De tal modo, y con consciencia de la seriedad que importa tal toma de posición, se describirá la naturaleza jurídica que al período de prueba le asignó la doctrina, para luego justificar la que se considera más acertada.

No parece ocioso aclarar que, en general, los autores se han encontrado siempre con severos inconvenientes para esclarecer la naturaleza jurídica del período de prueba o del contrato a prueba.

Una primera dificultad -de carácter general- resulta de la especificidad propia del derecho del trabajo. La definición de la naturaleza jurídica de una determinada institución laboral no consiente -al menos sin las debidas adaptaciones y refinamientos del caso- la traslación inopinada de conceptos correspondientes a otras ramas del derecho (⁶⁰). Pues bien, este caso es un claro ejemplo de tal dificultad; asignar un “género” inespecífico al período de prueba, sin atención al posible menoscabo de los rasgos específicos del derecho del trabajo, resulta -según se verá- una evidencia de tal aserción. Por otra parte, la toma de

⁵⁸ Recopilación de leyes laborales/comp. Corte Suprema de Justicia, 1ª Edición, San Salvador, El Salvador, 1997.

⁵⁹ LE PERA, Sergio, *La naturaleza jurídica*, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1971.

⁶⁰ Expresa al respecto Auger Duró: “Para comprender la verdadera esencia del Derecho del Trabajo, se ha de tener ‘el propósito de encontrar el momento en que el Derecho Común se mostró insuficiente’ para regular el trabajo prestado voluntariamente, en dependencia y por cuenta ajena. El problema de esta falta de capacidad reguladora, de insuficiencia del Derecho Común, obliga a desentendernos -con las naturales reservas- de las construcciones jurídicas de naturaleza civil. Que metodológicamente nos sirvan unas directrices o sinopsis de una construcción jurídico-civil, no supone una perfecta asimilación de figuras”. Ver

posición que cada autor adopte sobre el tópico también guarda relación con la legislación considerada por éste. De tal modo, sólo se examinarán algunas de las posturas de los autores; tal selección se basará en la utilidad de sus enfoques –reiteramos, condicionados, en principio, por las regulaciones propias de sus países- para obtener una confrontación válida con nuestro sistema.

b) Distintas tesis sobre la naturaleza jurídica de la prueba en el contrato de trabajo.

Con estas prevenciones, se postula que resulta de suma utilidad práctica la elaboración del catedrático español Martín Valverde (⁶¹), a partir de los modos en que las leyes conceptualizan el instituto.

Por un lado, el mencionado jurista distingue las tesis dualistas, es decir las que consideran dos momentos contractuales y sendos contratos distintos: uno de prueba y otro, a continuación, definitivo. Según estas posturas, se trata de una contratación autónoma o desvinculada al contrato de trabajo, que “nace” a partir de su vencimiento, si es que no se lo ha resuelto.

Por el otro, sistematiza las tesis monistas, que consideran al lapso de prueba como una fase inicial del contrato (⁶²). Esto es, existiría una unidad contractual por negocio imperfecto, que consistiría en un “tramo” del contrato de trabajo que, en su caso, queda consolidado con la contratación definitiva.

En el ámbito de estas concepciones, Martín Valverde sostiene que pueden distinguirse regímenes en los que operan condiciones suspensivas, condiciones resolutorias y plazos.

Siguiendo a Cecilia Assanti, Sebastián Auger Duró (⁶³) lo define como un “contrato especial”, con las siguientes características:

- a) la no transformación, automática, de la relación de prueba a la relación de trabajo estable o normal;
- b) la retroactividad de los efectos por imposición ex lege;
- c) para determinar la especialidad es indiferente que la decisión o valoración desestimatoria se aprecie subjetiva u objetivamente.

Predica Auger Duró (⁶⁴), ferviente defensor de la tesis dualista, que se trata de un contrato “idéntico” por su objeto, y “diferente” por su función. Y ésta es, según el

“Relaciones especiales de trabajo: contrato de prueba”, de Sebastián Auger Duró, en *Revista Jurídica de Cataluña*, Año LXIV, N° 2, Abril-Junio, Barcelona, 1965.

⁶¹ MARTIN VALVERDE, Antonio, ob. cit. en nota 4.

⁶² Postura que dicho profesor suscribe y de la que, a poco se verá, también nosotros participamos en el orden de saber de nuestro régimen legal.

⁶³ AUGER DURO, Sebastián, ob.cit.

⁶⁴ Id. cita anterior.

mencionado autor, “el poder desistivo, libremente ejercitable, antes de la extinción del contrato por transcurso del tiempo, por los dos contratantes”.

Sigue diciendo el citado doctrinario que el contrato de trabajo ordinario, por haber sido precedido por el de prueba, no debe su retroactividad en forma alguna a la voluntad acorde y previa de este contrato de prueba, sino a la posterior, creadora del ordinario contrato de trabajo, de tal modo que existe dualidad de contratos, cuando la prueba es favorable: “un contrato detrás de otro”.

También abona su tesis en las normas positivas de su país: en el contrato de trabajo ordinario no hay nunca libre desistimiento para el empresario, como tampoco en ciertas situaciones, para el trabajador. Y se pregunta ¿Acaso este supuesto no provoca la especialidad contractual? ⁽⁶⁵⁾.

Montoya Melgar ⁽⁶⁶⁾ esboza una teoría dualista (“dualidad de pactos”, esto es, contrato de prueba y contrato de trabajo con “plenos efectos”) en cuanto “que elimina la posibilidad de que el contrato se celebre a prueba ope legis, y encomienda a la autonomía de la voluntad de las partes la decisión acerca de tal negociación ⁽⁶⁷⁾”.

Más adelante precisa este autor que “con todo, el E.T. no reputa especial al contrato de prueba, sino común con particularidades, la más destacada de las cuales es la libre facultad de desistimiento de ambas partes. Por lo demás, el trabajador tiene durante la prueba “los derechos y obligaciones correspondientes a su categoría profesional y al puesto de trabajo que desempeña, como si fuera de plantilla”.

Alejandro Babio ⁽⁶⁸⁾ sostuvo, dentro de la doctrina nacional, que el período de prueba tiene el carácter de contrato autónomo o independiente señalando que se enrola en las doctrinas dualistas. Así, lo entiende, como “dotado de sustantividad propia, que nace, se desarrolla y termina en una etapa previa a la incorporación o no, con carácter definitivo, del trabajador a una empresa. Para el autor, se trata de un contrato de trabajo cuyo objeto es la realización de una obra determinada -que es la prueba- cumplido el cual el mismo fenece, ya sea por la desvinculación del trabajador con la empresa, ya sea por la transformación por tácita reconducción del contrato a prueba en un contrato por tiempo indeterminado (art. 92 bis, incs. 4 y 7 de la Ley de Contrato de Trabajo, en referencia al texto según la ley 25.250, anterior a la reforma de la 25.877). Al respecto postula que, dado que el contrato celebrado a prueba comienza y termina con la realización de la obra, la ejecución del acto o la prestación del servicio para el que fue contratado el trabajador, constituye un contrato de

⁶⁵ Id. cita anterior.

⁶⁶ MONTROYA MELGAR, Alfredo, *op. cit.*

⁶⁷ Dice el art. 14.1. del Estatuto de los Trabajadores: “podrá concertarse ... un período de prueba”.

trabajo eventual. Señala que al extinguirse el contrato de trabajo celebrado a prueba, dando origen a un contrato de trabajo por tiempo indeterminado el hecho se produce por una “novación”, en cuya virtud nace un nuevo contrato de distintas características del contrato primitivo (arts. 724, 801, 802, Cód. Civil), con la particularidad de que la antigüedad generada en el trabajo durante el desarrollo del contrato celebrado a prueba se acumula a la antigüedad del contrato por tiempo indeterminado (art. 18 de la LCT).

Para Marcelo Villavicencio el período de prueba constituye una estipulación accesoria, impuesta por la ley en forma presuncional y por ende implícita en todo contrato de trabajo por tiempo indeterminado, que importa una condición suspensiva cuyo efecto es dejar latente no la vida o vigencia efectiva del contrato, el cual ya es perfecto desde su propia celebración, sino sólo algunos derechos y obligaciones (⁶⁹).

Riva Sanseverino, según la referencia de De La Cueva (⁷⁰), si bien lo encuadra como un “precontrato”, o un contrato preliminar o preparatorio, considera, a su vez, las hipótesis del contrato sometido a condición resolutoria o a condición suspensiva (⁷¹), sosteniendo dicha autora italiana que la continuación de ese contrato depende del cumplimiento de una condición suspensiva, que consiste en que el trabajador pruebe su aptitud para el trabajo; si ello ocurre, se tiene por realizada la condición y la relación de trabajo cobra todo su vigor. Para fundamentar esta tesis, dicha jurista acude al derecho común: “según el art. 1521 del Código Civil italiano, la compra-venta a prueba se entiende realizada bajo la condición suspensiva de que la cosa tenga la calidad convenida o sea apta para el fin al que se destina”.

Krotoschin, a quien se puede ubicar en el ámbito de las doctrinas monistas, en cambio afirmó que el período de prueba forma parte del contrato de trabajo, aunque algunos efectos de éste (sobre todo relacionados con los plazos u otros impedimentos de despido) quedan diferidos por el tiempo de prueba. Consideró que, en cualquier caso, “el período de prueba queda incluido en el contrato de trabajo hecho desde el principio por tiempo indefinido” (⁷²).

⁶⁸ Alejandro Oscar BAVIO, Derecho del Trabajo 1998-B, Págs. 1398/1406. La Ley.

⁶⁹ VILLAVICENCIO, Marcelo, “El período de prueba en la ley de contrato de trabajo y su reforma por la ley 25013”, DT, 1998-B, págs. 2007/30.

⁷⁰ DE LA CUEVA, ob. cit.

⁷¹ RIVA SANSEVERINO, Luisa, citada por Mario de la Cueva, op. cit.

⁷² KROTOSCHIN, Ernesto, *Instituciones del Derecho de Trabajo*, Editorial Depalma, Bs. Aires, 1968. El autor, obviamente, se refiere a la interpretación jurisprudencial vernácula que había dado cabida a un período probatorio de tres meses aún antes de su consagración normativa expresa, como así también a las normas extranjeras que examinó. Por esa razón, y desde una perspectiva estrictamente teórica, pudo concluir que “si el trabajador se opone y demuestra que dentro del período se ha patentizado su idoneidad para el trabajo, entonces lo único que es procedente es un despido con sus efectos indemnizatorios”.

El ya mencionado Martín Valverde se enrola en las tesis monistas cuando ubica al período de prueba en la fase inicial del contrato de trabajo, lo cual supone “una suspensión, al menos parcial, de las restricciones legales a las facultades de extinción unilateral del contrato” (73).

Etala, con apoyo en la tesis de Deveali, entiende que el contrato a prueba “no configura una modalidad contractual autónoma ni una facultad de las partes que pueda constituir el objeto de un pacto sino 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 por tiempo indeterminado” (74).

Apunta Javillier (75) que la naturaleza jurídica del período de prueba “ha sido un tema controversial: ¿la convención preliminar versus el contrato de trabajo, o la condición única dentro de un mismo contrato de trabajo?. Es a favor de esta última tesis que la jurisprudencia [francesa] se pronunció finalmente. Pero es preciso establecer la naturaleza de la condición: ¿suspensiva (art. 1588 C. Civ.) o resolutive? Si se tratase de aquélla, el contrato no se habría establecido sino después del período de prueba”. La jurisprudencia, aclara este catedrático, acepta la tesis de la condición resolutive.

c) La situación en orden al texto legal argentino.

Se entiende aquí que la idea básica de dos contratos –uno de prueba y otro definitivo- es refractaria a los principios básicos del derecho laboral, sobre cuya base deben valorarse todas sus instituciones. Por esa razón se expresa una opinión crítica respecto a las primeras regulaciones legales introducidas en la Ley de Contrato de Trabajo en la Argentina, que parecían diseñar un instituto que generaba una relación de naturaleza dual.

El régimen original de las leyes 24.465 y 25.013 se desentendía total o parcialmente de cuestiones relativas a la seguridad social en lo concerniente a aportes, contribuciones y/o tiempo de servicios -que sólo se computaba en caso de continuación del contrato- y de las consecuencias de la ruptura sin causa. Es que las normas legales sugerían que el período de prueba era algo ajeno a un vínculo dotado, como regla, de vocación de permanencia por mandato constitucional.

Consecuentemente, parecía que aquel período de prueba, no superado por voluntad de cualquiera de los contratantes, constituía una “nada jurídica” o un vacío artificial en la vida laboral del trabajador, incluso cuando, más allá de regulaciones o denominaciones legales, el vínculo hubiera existido ya que la prestación laboral y el pago de la remuneración

⁷³ VALVERDE, Antonio Martín, *op. cit.*, págs. 13/17.

⁷⁴ ETALA, Carlos Alberto, obras citadas.

⁷⁵ JAVILLIER, *op. cit.*

fueron cumplidos por las partes ⁽⁷⁶⁾. Ello permitía –dados los mencionados diseños legales– admitir por hipótesis algunas tesis dualistas porque tal desprotección en “pruebas” que podían ampliarse a seis meses por convenciones colectivas de trabajo (art. 92 bis, texto según las leyes 24.465 y 25.013) sólo eran concebibles en un esquema contractual que muy poco se relacionaba con el contrato de trabajo regular, y no precisamente en el único aspecto relativo a la posibilidad de ruptura sin indemnización.

Con esta reflexión cobra todo vigor lo antedicho respecto de la traslación inopinada de criterios ajenos a los principios propios del derecho laboral. Volvemos a Auger Duró, para quien la conceptualización del contrato probatorio como “especial” se vincula con el “resultado práctico del negocio”, toda vez que “es menos complejo considerar que el contrato de trabajo ordinario, cuando haya sido precedido por el de prueba, no retrotraiga sus efectos, que al revés, estimar que la relación, ahora ya de carácter definitivo, tenga por fecha-origen el día de ingreso en el trabajo” ⁽⁷⁷⁾.

Cabe entonces considerar que en el contexto de una valorización básica del “contrato realidad” y la perdurabilidad de la relación de trabajo, esta interpretación en Argentina sólo podía sostenerse recurriendo al abuso del derecho, posibilidad que mediante las dos primeras regulaciones legales argentinas en la materia (leyes 24.465 y 25.013) pudo ser posible. En efecto, en la hipótesis de continuación de aquel contrato “especial”, ajeno a elementales principios constitucionales, recién entonces nacían los apuntados derechos, siempre irreductibles de los que se había privado al dependiente en el tramo inicial de su relación de trabajo.

El régimen actual –según la reforma introducida primero por la ley 25.250 y luego por la ley 25.877), que asegura al empleado que se efectuarán los aportes y contribuciones a la seguridad social desde la contratación y que el período de prueba “se computa como tiempo de servicio a todos los efectos laborales” -independientemente de la continuidad de la relación- a nuestro modo de ver, ya no admite sostener las tesis dualistas. Empero, en el contexto de la ley 24.465, mantenido por la ley 25.013, habíamos sostenido ⁽⁷⁸⁾ la idea de que el período de prueba era parte del contrato de trabajo de tiempo indeterminado, implicando el sometimiento de ese contrato perdurable a una condición resolutoria de origen legal: la denuncia por desaprobación ⁽⁷⁹⁾.

⁷⁶ Aún cuando todo ello no diera lugar a las correlativas obligaciones al sistema de seguridad social y con desconocimiento del tiempo de servicios en caso de ruptura de la relación.

⁷⁷ AUGER DURO, op.cit.

⁷⁸ HOCKL y MAZA, “Período de prueba en el contrato de trabajo: Una tesis crítica y descripción del régimen legal instituido”, DT 2001-A-925.

⁷⁹ Y así lo expresó judicialmente Maza el 16/8/97 al sentenciar la causa “Eeren, V. c/ Jim Meyer S.R.L.” y el 28/11/97 al decidir los autos “Rodas, A. C. C/ Joe Mauro S.R.L. s/ despido”, Juzgado del Trabajo N° 62 de la Capital Federal.

Y Barassi había sostenido al respecto que la condición resolutoria consiste en la facultad del empresario de decidir sobre la aptitud del trabajador, de tal manera que si la decisión negativa se produce se tiene por realizada la condición y por disuelta la relación de trabajo ⁽⁸⁰⁾.

Es posible entender ⁽⁸¹⁾ que el legislador había generado un contrato de trabajo en el que la plenitud de la relación no estaba consolidada desde el inicio, sino sujeta a una condición con aptitud de resolver el contrato: ése era el acontecimiento futuro –y potestativo para las partes- al que se había sometido, ex lege, al contrato de trabajo ordinario. Se trataba de diseños legales claramente imperfectos, a tal punto que, de resolverse el contrato, el tiempo de trabajo no era considerado como tal ⁽⁸²⁾, así como que el empleador no debía las contribuciones ni se efectuaban los aportes legales al sistema de seguridad social.

De la Cueva expresó, desde otro punto de vista, el concepto -que vinculó al derecho italiano- de que durante todo el período, voluntariamente concertado, “...la relación jurídica que se forma está regida, desde el primer momento, por todas las normas que integran el derecho del trabajo”. De modo tal que si “...lo característico de la condición suspensiva es, precisamente, la suspensión del nacimiento de los derechos y las obligaciones...la naturaleza del período de prueba está más cerca de la idea de condición resolutoria: con el ingreso del trabajador en la empresa, o si se prefiere, al iniciarse la prestación del servicio, nacen todos los derechos y obligaciones que derivan del estatuto laboral, de tal manera que la relación jurídica se desenvuelve de manera normal, como si fuera pura y simple, a reserva de quedar resuelta si se realiza la condición” ⁽⁸³⁾.

Sobre esta base es muy útil discurrir respecto de la naturaleza jurídica que cabe asignar al instituto a partir del diseño dado por la ley 25.250 y mantenido en lo substancial por la ley 25.877, que confiere plenos efectos al contrato desde el primer momento (a partir de la celebración, conforme lo dispuesto en el art. 21 LCT) y lo trata como un vínculo contractual ya perfeccionado, puro y simple.

Precisamente, se postula la consideración de que el eón de prueba, en el régimen perfilado por la reforma producida sobre el art. 92 bis de la LCT por la ley 25.250 y ratificado por la ley 25.877, es una parte inicial del contrato de trabajo por tiempo

⁸⁰ BARASSI, Ludovico, *Il Diritto del Lavoro. Disoccupazione e Collocamento - Stipulazione del Contratto Individuale di Lavoro - Il Lavoro*, T. II, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1949; cit. por Mario De la Cueva, *op. cit.*

⁸¹ HOCKL y MAZA, *op. cit.*

⁸² Mejor dicho: el tiempo de trabajo durante el lapso de prueba sólo era considerado tiempo de servicios si el contrato no era resuelto.

⁸³ DE LA CUEVA, Mario, *op. cit.* Págs. 766/67.

indeterminado ⁽⁸⁴⁾ en el que “ciertos derechos se han sometido a un plazo suspensivo cierto”, de conformidad con las reglas de los arts. 566 y sgtes. del Código Civil.

Si bien bajo la redacción anterior al 2000 se había conceptualizado al período de prueba como un lapso en el que mediaba una condición resolutoria pendiente sobre el contrato mismo, con el marco jurídico actual, cabe concluir, tras un cuidadoso estudio, que es más apropiado observar el caso desde la perspectiva del plazo. Ello así pues el reconocimiento de algunos derechos se subordinan al transcurso de un lapso que, necesariamente, ocurrirá, pero el contrato, en la actual redacción, tiene asegurado el reconocimiento eterno de su existencia aún cuando esta resulte efímera por haberse roto el contrato antes de la finalización del período de prueba. Es decir que el contrato no está sujeto a modalidades (condición, plazo ni cargo) pero la adquisición del derecho a la estabilidad se encuentra sometido a plazo.

Se califica al plazo de suspensivo porque, sin bien con anterioridad al cumplimiento del plazo la ley dotó al período de prueba de una mayor tutela a los derechos del trabajador, no confiere hasta su acaecimiento los derechos relativos al preaviso y la indemnización. Y a ese plazo lo tildamos de cierto, pues su cómputo comienza en una fecha exacta (la celebración del contrato) y se puede determinar, con precisión y desde el inicio, el día de su culminación ⁽⁸⁵⁾.

Efectivamente, ese contrato de trabajo, que nace puro y simple, genera derechos y obligaciones para las partes desde el primer momento, aunque el legislador ha aplazado -en el sentido de sometimiento a plazo- uno de tales derechos. Así, el derecho del trabajador a ser resarcido ante el despido -establecido en el art. 245 de la LCT - no se adquiere desde el primer momento de la relación laboral, sino que está suspendido hasta que se cumpla el respectivo plazo de prueba.

El contraste con los regímenes de las leyes 24.465 y 25.013 es sustancial, por lo que no cabe ahora postular la existencia de una condición o plazo resolutorio sino sólo suspensivo: se suspende el derecho a la estabilidad; empero, otros son asegurados desde el inicio.

El derecho a la protección a la estabilidad del trabajador es un aspecto central de la cuestión. Así, puede afirmarse que en el contrato de trabajo actual, cuyo régimen legal

⁸⁴ Esta limitación a los contratos de tiempo indeterminado no es conceptual sino políticamente establecida por la ley que restringió, con buena tino a nuestro juicio, la operatividad del período de prueba solo a aquellos y no lo admitió en los contratos a tiempo determinado.

⁸⁵ HOCKL y MAZA, ob. cit.

queda definido por el art. 2 de la ley 25.877 que volviera a reformular el texto del art. 92 bis de la LCT, la estabilidad recién se adquiere cuando se cumple el plazo respectivo (⁸⁶).

Ahora bien, bajo la redacción que el art. 92 bis tenía según la ley 25.250 sostuvimos que el plazo de prueba podía ser renunciado, pues así lo preveía el texto legal en forma expresa y esta regulación específica se imponía por sobre las reglas generales del art. 570 del Código Civil (⁸⁷). Si bien es cierto actualmente, luego de la reforma introducida por la ley 25.877, se eliminó la renuncia expresa que la ley 25.250 preveía para que el empleador pudiera beneficiarse con las reducciones de las cargas patronales, no lo es menos que el apartado 1 del art. 92 bis mantiene la posibilidad de renuncia tácita (por la no registración del contrato en período de prueba), con lo que no caben dudas de que el citado período puede ser renunciado y podría hacerlo, más aún, de modo expreso antes de la contratación o durante dicho lapso.

Por ende, si el empleador renuncia a aquel plazo con anterioridad a su cumplimiento, al caer la modalidad a la que el legislador supeditó el derecho a la estabilidad, quedará desde entonces obligado a indemnizar en los términos del art. 245 LCT, amén del deber de dar preaviso de quince días o bien abonar una indemnización sustitutiva del preaviso no otorgado (⁸⁸).

D) El régimen legal del art. 92 bis lct

a) Antecedentes del instituto en Argentina.

Formalmente fue la ley 24.465 la que introdujo en 1995 el período de prueba para los contratos de trabajo regidos por la LCT, al incorporarle a este cuerpo normativo laboral el art. 92 bis. Poco tiempo después, en 1998, la ley 25.013 modificó mínimamente su régimen, en 2000 mediante la ley 25.250 la norma sufrió importantes cambios y en 2004, merced a la ley 25.877, se le dio la definición definitiva que hoy tenemos.

Empero, en rigor, la legislación ha venido a reglamentar una situación fáctica que hasta entonces y desde antaño había sido regulada, con otros alcances y consecuencias, por la jurisprudencia. En efecto, los tribunales de todo el país habían

⁸⁶ Sobre el concepto, alcances y evolución del derecho a la estabilidad, remitimos al estudio de Horacio H. DE LA FUENTE, *Principios jurídicos del Derecho a la Estabilidad*, Víctor P. De Zavallía Editor, Buenos Aires, 1976.

⁸⁷ Art. 570 Cód. Civil "El plazo puesto en las obligaciones, se presume establecido para ambas partes, a no ser que, por el objeto de la obligación o por otras circunstancias, resultare haberse puesto a favor del deudor o del acreedor. El pago no podrá hacerse antes del plazo, sino de común acuerdo".

⁸⁸ Según se dirá más abajo, la jurisprudencia ya ha tenido ocasión de decidir que, al menos con el texto de la ley 24.465, ese plazo no es renunciable para el trabajador (Sala VI, en autos "Generali Argentina Vida Cía. de Seguros de Vida S.A. c/ Salcines, A. R. s/ preaviso", sent. n° 52.762 del 25/04/2000).

interpretado que tanto el art. 157 de la ley 11.729 ⁽⁸⁹⁾ como el art. 245 LCT ⁽⁹⁰⁾ exigían una antigüedad mínima de tres meses para otorgar protección contra el despido arbitrario a los trabajadores, por lo que algunos juristas habían sostenido que se trataba de un período de prueba implícito o encubierto. Compartimos la clara afirmación de Ramírez Gronda ⁽⁹¹⁾, quien, refiriéndose a la jurisprudencia basada en el art. 157 de la ley 11.729, dijera que “*tal período de prueba ha sido extraído de la nada*”, agregando que tal instituto ha sido colocado “*contra la ley*”.

Sin embargo, algunos estatutos especiales han contemplado desde antaño la noción de período de prueba, a saber:

- La ley 12.713 de trabajo a domicilio;
- La ley 12.867 relativa a choferes particulares;
- La ley 12.908 atinente a periodistas profesionales;
- El decreto/ley 13.839/46 para empleados administrativos de empresas periodísticas;
- La ley 12.981 de encargados de casas de renta;
- El decreto 326/56 de servicio doméstico;
- El decreto 22.212/45 de médicos, odontólogos y farmacéuticos;
- El decreto 20.268/46 de empleados bancarios;

No tan añeja es la recepción del período de prueba en la ley 22.248 para el trabajo agrario.

Por su parte, el art. 92 bis LCT vino a establecer que el contrato de trabajo se entenderá celebrado a prueba durante los primeros tres meses ⁽⁹²⁾ y a autorizar a ambas partes a denunciar el contrato dentro de ese plazo sin responsabilidad indemnizatoria. Por añadidura, se había dispuesto en la ley 24.465 que el tiempo de trabajo a prueba no constituía tiempo de servicio si el contrato se resolvía, así como se eximía al empleador de las contribuciones a la Seguridad Social durante dicho lapso. Evidentemente, fue legislado

⁸⁹ Si se desea consultar jurisprudencia antigua, relativa al Código de Comercio, ver las citas efectuadas por Juan D. RAMÍREZ GRONDA, en “*Tratado de Derecho del Trabajo*, dirigido por Mario L. Deveali”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1971, 2da. edición, t. 1, pág. 673, nota 14.

⁹⁰ Ver el Plenario Nro. 218, en autos “Sawady, Manfredo c/ S.A.D.A.I.C.”, de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, del 30/3/79, publ. DT 1979. En similar sentido, S.C.B.A. 24/4/79, publ. ED 28-7-80.

⁹¹ RAMÍREZ GRONDA, ob. y lug. citados.

⁹² La ley 25.013 redujo ese tiempo a un mes y la ley 25.250 volvió a elevarlo a tres meses como regla, pero aditando una duplicación por la ley misma para el caso de las pequeñas empresas de la ley 24.467, así como permitiendo que ambos plazos -tres meses y seis meses- pudiesen ser, a su vez, duplicados por convenio colectivo. La ley 25.877 abolió esas dos posibilidades adicionales, estableciendo un plazo único de tres meses para todos los casos.

como una especie de la contratación en la que el vínculo no era pleno durante el eón de prueba, según enseguida veremos.

b) Finalidad perseguida por el precepto legal.

Etala (⁹³), como se ha asentado ya, explica que a su juicio la previsión de un período 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 LCT los empleadores estaban inducidos a efectuar contrataciones en negro destinadas a operar como verdaderos períodos de prueba sustitutos. Por eso, afirma que “El reconocimiento legislativo del período de prueba se dirigió a corregir estas distorsiones” (⁹⁴).

Sin embargo, y luego de lo hasta aquí dicho, parece relevante destacar que la introducción del período de prueba en el Régimen de Contrato de Trabajo, como una etapa inicial del contrato de trabajo por tiempo indeterminado, no debe examinarse ingenuamente con los enfoques clásicos. Postulamos que resulta necesario ab initio desenmascarar cual fue la finalidad perseguida por el legislador de 1995 al normar esta cuestión y luego examinar su régimen normativo desde esa avisada perspectiva.

Por ello, es un objetivo relevante determinar si, efectivamente, la institución bajo estudio ha introducido en el contrato de trabajo una prueba o examen o si, sencillamente, se ha denominado período de prueba a ese plazo de espera que el legislador impuso para conferir al dependiente la estabilidad. Se ha entendido en su momento, como Jorgelina Alimenti (⁹⁵), que no debería tratarse de otra cosa que una etapa de prueba y celebramos la posibilidad de que un instituto como éste se incorporara a la legislación estatal y hasta postulamos las posibles implicancias y desarrollos que esa evaluación podría tener en orden a sus contenidos, alcances y controles.

Como ya se dijo, Pérez Botija (⁹⁶) explicaba que el período de prueba serviría para dar la oportunidad de conocer la capacidad profesional, así como las posibilidades de rendimiento del trabajador, su psicología y su espíritu de laboriosidad. Martín Valverde (⁹⁷),

⁹³ ETALA, obras ya citadas, reiterando el concepto en su “El período de prueba en la ley 25.877”, ya citado, págs. 483.

⁹⁴ Este muy distinguido jurista parece obviar en su ponderado análisis que los empleadores contrataban clandestinamente antes de la ley 24.465, así como lo siguieron haciendo bajo la vigencia del art. 92 bis LCT (lo que fue expresamente advertido y admitido por los legisladores en el debate que precedió a la sanción de la reforma por la ley 25.250), por razones de patología cultural. Es que aún antes de la aparición del art. 92 bis, los jueces, como dijimos que señaló Ramírez Gronda, ya habían creado un período de prueba jurisprudencial al exigir una antigüedad mínima de tres meses para reconocer el derecho del trabajador despedido a una indemnización.

⁹⁵ ALIMENTI, Jorgelina, “El período de prueba en el Contrato de Trabajo”, publ. DT 1996, págs. 2983 y sgtes.

⁹⁶ PEREZ BOTIJA, ob. y lugar cit.

⁹⁷ MARTIN VALVERDE, ob. y lugar cit.

también lo mencionamos ya, puntualiza que la característica del período de prueba es la de permitir una experimentación sobre el terreno de la relación laboral con carácter temporal y provisional.

El régimen legal argentino, encuadrado en las doctrinas monistas ⁽⁹⁸⁾, ha instituido al período de prueba como una parte inicial del contrato mismo de trabajo y no como una etapa preliminar a la contratación definitiva. Al tomar esta postura, ha recurrido a la suspensión de la protección o tutela del derecho a la estabilidad, con lo que las dos circunstancias tornan algo dificultoso decidir a primera vista si ha primado la conceptualización de un auténtico tiempo de comprobación y examen o si, al contrario, lo que ha importado es postergar la tutela contra el despido arbitrario, como un mero recurso para flexibilizar la salida de los trabajadores (y, según algunos autores, de ese modo flexibilizar su entrada).

Adviértase que el legislador eligió usar el vocablo “prueba”, cuando podría haberlo evitado, limitándose a dar status legislativo a la tradicional doctrina jurisprudencial que condicionaba el derecho a obtener indemnización. Pudo, al redactar en 1998 los hoy derogados arts. 6 y 7 de la ley 25.013 ⁽⁹⁹⁾ o al modificar el art. 245 LCT mediante la ley 25.877, establecer esos plazos a su arbitrio, con el único límite de respetar el derecho constitucional a la protección adecuada frente al despido arbitrario. En tal posición no habría hecho falta introducir el concepto de prueba, con las dudas que ello acarrea.

Como se desprende de lo ya expuesto, la opción más clara posible, como alternativa al período de prueba en el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, y a despecho de nuestra visión negativa sobre tal posibilidad, hubiera sido la adopción de un sistema de prueba previo a la celebración del contrato. En efecto, podría haberse previsto una etapa breve, muy breve (2, 3 ó 5 días, a lo máximo, y con sólo algunas pocas horas de desempeño diario) de relación entre el candidato o los candidatos y el empresario en la que el postulante o los postulantes preseleccionados pudieran demostrar que saben trabajar y el empresario pudiese apreciar si estos trabajadores tienen las habilidades y destrezas que serán necesarias para cubrir el puesto objeto de la selección. En esta concepción, esta relación previa al contrato de trabajo, que debería ser remunerada de modo adecuado a la naturaleza de la prestación, no tendría por objeto utilizar la capacidad laborativa de los candidatos para el objeto de la empresa (lo que caracteriza al contrato de trabajo) sino conocer su capacidad, destreza, personalidad, colaboración, diligencia e iniciativa. Como es

⁹⁸ Según la caracterización de Antonio Martín Valverde ya glosada.

⁹⁹ Derogados por la ley 25.877.

evidente, esta institución no ha sido siquiera aludida por los legisladores y tampoco aparece en los proyectos del P.E.N. Si así se hubiera hecho, desde luego, no habría lugar a dudas.

De tal modo, ¿existe, efectivamente, un proceso de prueba? Luego de haber transitado por la reflexión profunda de cada arista del instituto, la respuesta es terminantemente negativa. No hay motivación, descartado el nomen juris, que lleve a aceptar que se ha instalado en la ley argentina un auténtico período de prueba, con todo lo que ello exigiría en materia de objetividad de la evaluación y de control de la decisión patronal.

No es posible hallar, bajo la apariencia de las palabras usadas por el legislador, otra cosa que un mecanismo más -y nada novedoso- a fin de flexibilizar el despido de trabajadores de escasa antigüedad, suspendiendo, bajo el pretexto de que hay una ocasión de prueba, la activación de la protección legal contra el despido arbitrario.

Es cierto que en las distintas intervenciones de los diversos legisladores que participaron en los debates de ambas Cámaras del Congreso cuando se discutieron los proyectos que culminaron como leyes 24.465, 25.013 y 25.250 se mentaron de modo expreso los conceptos de prueba, de demostración de las calidades del trabajador, de la selección y aprobación. También ha de ser cierto que algunos legisladores creyeron haber sancionado un auténtico tiempo de prueba, pero el régimen jurídico resultante -como si tuviera una vida autónoma y distinta de la que le han querido dar- evidencia, a poco que se lo analice, que no se ha logrado tal objetivo.

Se va a exponer dos puntos de análisis a cuyo través ponemos en cuestión la idea de que el art. 92 bis configure un real período de prueba. Estos elementos acreditan que no se ha institucionalizado un verdadero proceso de comprobación que, frustrado en sus objetivos, autorice a la ruptura del contrato.

1) Ausencia de una conceptualización de la prueba

Es verdad que el Mensaje de Elevación del proyecto de 1995 consignaba, además de la creencia de que con esta institución se flexibilizaba la entrada al mundo laboral de nuevos trabajadores estimulando su contratación, que en el lapso de examen “El empleador podrá apreciar si el trabajador tiene las habilidades y destrezas necesarias para cubrir en forma definitiva el puesto de trabajo requerido”. El diputado Castillo, en el debate protagonizado en la Cámara de Diputados agregó que “Tiene que haber un período de prueba para que un hombre acredite que sabe trabajar”. El Mensaje de febrero de 2000, por su parte, lo conceptúa como un tiempo de “adaptación y comprobación de la capacidad del trabajador”.

Pero, más allá de tales expresiones, ni el P.E.N. en sus Mensajes de Elevación, ni el Congreso Nacional en las distintas ocasiones legislativas (¹⁰⁰) han brindado elementos de juicio que permitan extraer de las normas algún parámetro que permitan trazar un perfil siquiera difuso o aproximado del concepto de prueba.

Resulta evidente que se ha omitido explicar en qué consiste la prueba, cuáles son las pautas con las que debe efectuarse, qué reglas de evaluación deben utilizarse y si existe algún control respecto de la evaluación patronal.

Evidentemente, desde el punto de vista jurídico no es lo mismo la simple postergación de la estabilidad para que el empresario, en ese tiempo, pueda despedir libremente (y esta es la flexibilidad de salida) que la instauración de una auténtica etapa de prueba. Resulta de todas maneras trascendente, que la ley haya utilizado una figura concreta de finalidad específica, sin recurrir a ambigüedades ni dejar que, en los hechos, la prueba sea permitida por vías indirectas tales como fueron ese período sin responsabilidad impuesto por la jurisprudencia o la de los contratos inestables y precarios que reinaron desde 1989 a 1998. La adopción de una figura típica con un objetivo declarado aceptable desde todo punto de vista contribuiría a crear un sistema jurídico más seguro y estable, toda vez que permitiría a las partes del contrato el conocerse y probarse durante un lapso aceptable, cumpliría el requisito de razonabilidad de las leyes y no merecería ninguna clase de reproche en abstracto. Pero cabe indagar sobre los alcances y naturaleza de ese lapso.

Dicho de otro modo, se enuncia un período en el que las partes están a prueba, pero no se define de qué clase de prueba se trata, ni sus alcances o límites. Adviértase que la norma ni siquiera requiere que quien denuncie el contrato invoque la supuesta causal de falta de aprobación.

Estas carencias no constituyen una cuestión meramente teórica. La falta de reglas al respecto sume en la perplejidad al intérprete que se plantee problemas como el de dilucidar si, por ejemplo, cuando el empleador rescinde el contrato dentro del plazo de prueba -lo que llevaría a presumir que hay una invocación tácita, o presumida por la ley, de desaprobación- el trabajador podría impugnar tal medida y pretender discutir el punto judicialmente. Esto es lo mismo que preguntarse ¿habrá control judicial de esa decisión del principal? (¹⁰¹).

Se repite: esta falta de conceptualizaciones y de reglas abona la tesis de que no hay un auténtico test, y que, en realidad, sólo se trata de una forma de postergar el

¹⁰⁰ Leyes 24.465, 25.013 y 25.250. En el trámite de la ley 25.877 este tema no fue relevante.

acceso de los trabajadores a la tutela que el art. 14 bis de la Constitución Nacional confiere sin distinciones frente al despido arbitrario.

2) Inexistencia de una causal específica de ruptura.

Adviértase que el art. 92 bis LCT en todas sus redacciones se ha abstenido de declarar que la falta de éxito en la prueba autorice la ruptura del contrato. Dicho de otro modo, no se ha dado status de causa específica de ruptura del contrato a la no aprobación, como sí se encuentra previsto, por ejemplo, en el art. 39 de la ley 12.908 y en el estatuto de los periodistas profesionales con base en su art. 25 (necesidad de probar la idoneidad del trabajador durante la prueba).

Bien señala Alimenti ⁽¹⁰²⁾ que aunque el art. 19 del decreto 738/95, reglamentario de la ley 24.465, establecía que la autoridad de aplicación debía vigilar que no se desnaturalizaran las finalidades perseguidas por la ley también en materia de contratación a prueba, lo cierto es que ni en dicho decreto ni en las cuatro normas de rango legal se ha previsto nada en relación al “deber” de prueba o experimento en su aspecto definitorio.

La regla de marras, lejos de calificar a la no aprobación como causa justificada de denuncia del contrato, indica, en otro nivel, que dentro del período de prueba cualquiera de las partes podrá extinguir el contrato sin expresión de causa. Esto permite dos lecturas:

1ra.: que esa redacción contiene una presunción establecida de modo implícito, de manera que la ruptura del contrato sin expresión de causa dentro del tiempo de prueba implica suponer, sin expresarlo, que la ruptura se debe a la no aprobación;

2da.: que la ruptura del contrato dentro del lapso de marras no requiere expresar causa, pues no hay en ese momento tutela de la estabilidad.

Ahora bien, no se observa en la letra del precepto, ni en su espíritu, así como tampoco en los debates parlamentarios ni en los Mensajes de Elevación respectivos, que se haya aludido -siquiera elípticamente- a la existencia de una presunción. La ley no establece, es obvio, por ejemplo, que cuando se extinga el contrato dentro del plazo de prueba sin expresar la causa se presumirá que el motivo es la no aprobación por parte del otro contratante. Parece que seguir sosteniendo en el plano del análisis exegético que cuando el empleador despide sin invocar causa debe presumirse que se configuró una desaprobación, carece de sustento normativo y lógico, respondiendo sólo a la fuerte creencia subjetiva de que realmente estábamos en presencia de una institución trascendente.

¹⁰¹ La respuesta debe ser, necesariamente, afirmativa ya que ningún acto jurídico puede quedar fuera del control de razonabilidad y de constitucionalidad por parte del Poder Judicial.

¹⁰² ALIMENTI, Jorgelina, op. cit.

La otra interpretación, en cambio, se apoya en la tesis según la cual es visiblemente más sencillo y natural considerar que la ley expresa que la extinción del contrato en ese período no requiere expresar causa alguna, ya que no hay estabilidad. No es preciso, así, aducir significados implícitos ni presunciones fantasmas. La norma expresa lo que se ve: no es menester invocar una causa pues, al no otorgarse protección jurídica a la estabilidad, carece de relevancia exponer la razón que motivó el distracto, conclusión que emparenta el texto legal con la solución jurisprudencial comentada.

Por eso, es posible postular que la ley no ha elevado la desaprobación a la categoría de causa justificada de extinción y que, menos aún, ha establecido que la mera circunstancia de disponerse la extinción dentro del período de prueba haga presumir que se hizo valer tal causal específica. Sencillamente, ha eximido de expresar causa, pues durante el lapso de prueba, dentro del contrato de trabajo, no hay tutela legal de la estabilidad.

Tanto es aquello así que aún cuando el empleador hiciera expresa la no aprobación o ineptitud como causal del despido, carecería de relevancia que en un eventual juicio no la pudiera acreditar pues la ley establece, lisa y llanamente, que la extinción del contrato dentro del plazo respectivo no genera obligación de indemnizar la ruptura.

Sin embargo, puede sostenerse, a contrario sensu, que si el empleador considera que la razón auténtica que lo mueve a despedir se basa en un incumplimiento grave del trabajador, podría expresar esta causa. De todos modos, desde nuestro punto de vista no se justifica asumir el riesgo de no poder acreditar ese incumplimiento y eventualmente su gravedad. Más razonable sería, en cualquier caso, esgrimir ese incumplimiento, en forma expresa o tácita, para desaprobar al dependiente.

Desde otro enfoque podría igualmente afirmarse que, aún cuando el empleador no pueda acreditar el incumplimiento imputado o su gravedad, el contrato quedaría roto, de todos modos, por la no aprobación pues esa manifestación de disconformidad del empleador así lo daría a entender.

En esta tesitura, carecería, obviamente, de toda relevancia esa circunstancia puesto que la ruptura dentro del período de prueba no genera responsabilidad indemnizatoria, salvo los supuestos que luego analizaremos de discriminación.

A esta opinión puede oponérsele, hay que decirlo, que si el empleador aduce justa causa de despido diferente a la desaprobación, estaría renunciando al período de prueba. No compartimos esta idea pues del texto legal no surgen indicios de que con tal actitud el principal pueda estar renunciando al beneficio legal y, al contrario, parécenos claro que, como dijimos líneas atrás, la mera alegación del incumplimiento del trabajador ya es un indicador de la desaprobación.

Lo aquí señalado no obsta a que, como más abajo veremos, deba mediar una exteriorización formal de la extinción, sin invocación de causa, dentro del plazo en el que el derecho a la estabilidad está suspendido.

De todas maneras, a la hora de interpretar la norma judicialmente, ante conflictos concretos, habrá que dejar de lado estos purismos académicos y tener en cuenta el entendimiento más favorable al trabajador, como lo manda el art. 9 LCT

Con esto se quiere dejar advertido que si el empleador despide dentro del período de prueba pero sin expresar una causal, el trabajador podría discutir judicialmente la razón del distracto afirmando, *vr. Gratia*, que su rendimiento fue óptimo y que la verdadera y oculta razón de la cesantía fue otra a fin de obtener el resarcimiento mínimo del art. 245 LCT o, si se tratare de un despido discriminatorio, la nulificación del acto al amparo del art. 1 de la ley 23.592 más la indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

Parece que, ante la poco sincera regulación legal, no podría afirmarse, operando la orden del art. 9 LCT, que para tener derecho a la indemnización por despido deban haberse acumulado tres meses de antigüedad, como se predicara jurisprudencialmente cuando no se había instalado esta insincera institución en la LCT

c) Verdadera motivación para la introducción del instituto en la legislación.

Cabría ahora interrogarse acerca de la razón por la cual, no mediando la instrumentación de un verdadero período de prueba, el legislador argentino ha introducido esta terminología en el sistema normativo. Es evidente que el instituto bajo análisis, aún cuando parece flexibilizar la “entrada” al contrato (¹⁰³), en rigor, liberaliza la “salida”, ya que, en definitiva, exime al empleador del deber de indemnizar el despido si denuncia el contrato dentro de los primeros tres meses (¹⁰⁴).

Es evidente que el objetivo buscado en 1995 fue el de derogar la única y básica protección que la jurisprudencia respetaba: el derecho del trabajador despedido durante el período de sondeo a ser preavisado (¹⁰⁵) o, en su defecto, indemnizado por la omisión de tal aviso (¹⁰⁶).

Pero, además, en 1998 se generó otra necesidad adicional toda vez que la creación de un régimen indemnizatorio nuevo (el art. 7 de la ley 25.013), basado en

¹⁰³ Ver la clasificación desarrollada por Oscar ERMIDA URIARTE en su estudio *La flexibilidad*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, pág. 14.

¹⁰⁴ En la redacción de la ley 25.250 al art. 92 bis LCT se había ido mucho más lejos, pues se eximía también a las partes del deber de dar y/o pagar preaviso.

¹⁰⁵ Desde el Plenario N° 10 “Salaberry c/ Casa Voss”, publ. DT 1952, 410, se admitió el derecho del trabajador al preaviso desde el inicio del contrato.

¹⁰⁶ Enseguida se verán las vicisitudes que sufriera, a través de las distintas reformas, el tema del preaviso, culminando en la actual redacción por reinstalarse el deber de otorgarlo, aunque con una extensión menor, quince días, y sin obligación patronal de integrar el mes del despido en caso de no cumplir esa obligación.

fracciones temporales de diez días, quitó sustento a la doctrina judicial nacida del Plenario que la CNAT dictó en el ya citado caso “Sawady c/ S.A.D.A.I.C.”. Hacía falta, pues, un nuevo basamento normativo para mantener la libertad de despedir gratuitamente.

Esa fue la auténtica motivación de la inserción de este instituto en nuestra ley y que se adoptó este camino indirecto, con la alusión incierta a una supuesta ocasión de prueba, para no afrontar el costo político de desconocer por ley el derecho a la estabilidad por importantes lapsos y el riesgo de que tal norma - si se la presentara así de desnuda y descarnada - no superara el examen de compatibilidad con el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

El profesor Vázquez Vialard parece barruntar algo similar pues aunque comienza señalando que el período de prueba constituye un lapso durante el cual las partes del contrato pueden analizar si la relación se adecua o no a sus requerimientos, termina advirtiendo que la exención de toda responsabilidad indemnizatoria derivada de la ruptura resulta “...el efecto fundamental del período de prueba...”⁽¹⁰⁷⁾

Cierto es que hoy, cuando ya no existe el régimen de extinción especial que había incrustado la ley 25.013 en nuestra legislación, y cuando se ha vuelto a establecer el deber de dar preaviso, habrían desaparecido esas motivaciones. Por eso es que parece que habría resultado más razonable y sencillo que la iniciativa de la ley 25.877 derogara esta insincera institución y dejara otra vez las cosas al amparo de la doctrina jurisprudencial que exigía tres meses de antigüedad para que los trabajadores tuvieran derecho a indemnización por despido arbitrario⁽¹⁰⁸⁾. También podría haber optado por regular un auténtico período de prueba, opción que habría sido la más deseable, pero lamentablemente no lo hizo.

En definitiva, la inserción de la prueba en el texto legal parece, ilusoriamente, dar una motivación objetiva, razonable y funcional a tal postergación de derechos constitucionales. En otras palabras, la artificiosa involucración de la prueba procura dar ropaje de justificación a lo que, en definitiva, no es otra cosa que una ley que reglamenta de un modo dudosamente constitucional la garantía de la protección contra el despido arbitrario.

d) El régimen jurídico.

El actual art. 92 bis LCT reza así:

“El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el artículo 96, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros TRES (3) meses de vigencia. Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión

¹⁰⁷ VAZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Editorial Astrea SA, 9na. Edición, Bs. Aires, 2001, t. 1, pág. 275.

¹⁰⁸ Podría, incluso, el legislador haber modificado la redacción del art. 245 LCT dándole al texto ese sentido para que la tésis jurisprudencial no fuera tan artificiosa como lo era.

de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción, pero con obligación de preavisar según lo establecido en los artículos 231 y 232.

El período de prueba se regirá por las siguientes reglas:

1. 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.
2. 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.
3. El empleador debe registrar al trabajador que comienza su relación laboral por el período de prueba. Caso contrario, sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de ese incumplimiento, se entenderá de pleno derecho que ha renunciado a dicho período.
4. Las partes tienen los derechos y obligaciones propias de la relación laboral, con las excepciones que se establecen en este artículo. Tal reconocimiento respecto del trabajador incluye los derechos sindicales.
5. Las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social.
6. El trabajador tiene derecho, durante el período de prueba, a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo, incluidos los derechos establecidos para el caso de accidente o enfermedad inculpable. Queda excluida la aplicación de lo prescripto en el cuarto párrafo del artículo 212.
7. El período de prueba, se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la Seguridad Social.” ⁽¹⁰⁹⁾.

¹⁰⁹ El texto en la ley 25.250 era el siguiente: “El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, a excepción del contrato de trabajo caracterizado en el art. 96 de la ley de contrato 20.744, se entiende celebrado a prueba durante los primeros 3 (tres) meses. Los convenios colectivos de trabajo pueden modificar dicho plazo hasta un período de 6 (seis) meses.

Si el empleador es una pequeña empresa definida por el artículo 83 de la ley 24.467, el contrato de trabajo por tiempo indeterminado se entenderá celebrado a prueba durante los primeros 6 (seis) meses. En este último caso los convenios colectivos de trabajo pueden modificar ese plazo hasta un máximo de 12 (doce) meses cuando se trate de trabajadores calificados según definición que efectuarán los convenios. En ambos casos se aplicarán las siguientes reglas:

1. Un empleador no puede contratar a un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el período de prueba. 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 contratara sucesivamente distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente.

Se describen, a continuación, las reglas jurídicas que gobiernan el nacimiento, formalización y culminación de este período inicial del contrato de trabajo, de acuerdo con el texto legal hoy vigente, aunque sin prescindir de la comparación con sus redacciones antecedentes.

1) Ambito de aplicación.

1.1) Una llamativa sutileza legislativa hoy superada.

La ley 24.465 introdujo, como dijimos, el período de prueba en el régimen legal, acudiendo al recurso de incorporar un precepto nuevo al Régimen de Contrato de Trabajo de la ley 20.744. Así, se insertó el art. 92 bis en la LCT , mientras que la ley 25.013 mantuvo esa técnica y modificó el texto del art. 92 bis de la LCT

Diferentemente, la ley 25.250 sacó el período de prueba de la Ley de Contrato de Trabajo. En efecto, esa ley no modificó el art. 92 bis LCT en forma exclusiva y directa, sino que, subiendo un peldaño, anunció desde su art. 1 que lo que se cambiaba era el art. 3 de la ley 25.013. ¿Qué significaba eso? Significaba que a partir del 11-6-2000 había un art. 92 bis en la LCT con el texto que le había dado la ley 25.250, pero también coexistía una norma por encima de dicho cuerpo y con vigencia propia y autónoma: el art. 3 de la ley 25.013 modificado por el art. 1 de la ley 25.250.

Veamos con más detenimiento lo acontecido: la ley 24.465 creó un dispositivo legal y estableció claramente que lo insertaba en la ley laboral a punto tal que lo conformó con su correspondiente subtítulo: “*Art. 92 bis. Período de prueba*”. La ley 25.013 respetó ese método legislativo y, también de modo inequívoco, dispuso modificar el texto del ya nacido y desarrollado art. 92 bis LCT , manteniendo al hacerlo la estructura normativa previa y el subtítulo, aunque intercalando paréntesis. Así, la transcripción del nuevo texto comenzaba con el subtítulo: “*Artículo 92 bis (Período de prueba)...*”.

-
2. *El empleador debe registrar el contrato de trabajo que comienza por el período de prueba. Caso contrario, y sin perjuicio de las consecuencias que se derivan de ese incumplimiento, se entiende que ha renunciado a dicho período.*
 3. *Durante el período de prueba las partes del contrato tienen todos los derechos y obligaciones propios del vínculo jurídico, con las excepciones que se establecen en este artículo. Tal reconocimiento respecto del trabajador incluye los derechos sindicales.*
 4. *Durante el período de prueba, cualquiera de las partes puede extinguir la relación sin expresión de causa y sin obligación de preavisar. En tal caso, dicha extinción no genera derecho indemnizatorio alguno.*
 5. *Durante el período de prueba las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la seguridad social.*
 6. *Durante el período de prueba el trabajador tiene derecho 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 de la ley de contrato de trabajo.*
 7. *El período de prueba se computa como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la seguridad social”.*

En cambio, el art. 1 de la ley 25.250 dijo sustituir el art. 3 de la ley 25.013 por un nuevo texto y, al plasmarlo, lo hizo sin subtítulo. En efecto, la citada norma declaró que reemplazaba el art. 3 de la ley 25.013 “por el siguiente texto” e indicó, a renglón seguido: “El contrato de trabajo por tiempo indeterminado...”.

Esta supresión del subtítulo, que tenía dos elementos (“Art. 92 bis” + “Período de prueba”, con o sin paréntesis) llevaba a advertir otros signos relevantes para el análisis.

En el art. 92 bis diseñado por la ley 24.465 las referencias a la Ley de Contrato de Trabajo se hicieron partiendo de la base, indiscutible, de que se estaban mencionando disposiciones del mismo cuerpo normativo. En esa tesitura, el apartado 2 se refería al libro del “art. 52 de esta ley”; el apartado 6 mentaba “lo prescripto en el cuarto párrafo del Art. 212 de esta ley”. De igual modo procedió la ley 25.013 y el nuevo texto que esta norma le dio al art. 92 bis LCT también identificaba dichos preceptos de la ley 20.744 como propios, manteniendo la expresión “de esta ley”.

La ley 25.250, en cambio, suprimió la referencia al art. 52 de la LCT (ya no lo identificaba ni lo mentaba como de “esta ley”) y optó por una referencia vaga al deber de registrar el contrato de trabajo, en lo que aventuramos una alusión al entonces vigente art. 7 de la ley 24.013 de Empleo (¹¹⁰).

En el párrafo inicial, además, la ley 25.250 introdujo una referencia a la ley 20.744, *como si se tratara de otro cuerpo legal*, y prescindía de la expresión “de esta ley”. En efecto, al excluir del ámbito de aplicación del período de prueba a los contratos por tiempo indeterminado de temporada la ley 25.250 lo identificaba como “el caracterizado por el art. 96 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (texto según ley 24.013)”.

Y el apartado 6 ya no estaba referido al “cuarto párrafo del art. 212 de esta ley”, sino que lisamente declaraba la inaplicabilidad de lo prescripto en el cuarto párrafo del “artículo 212 de la Ley de Contrato de Trabajo”.

Además, el apartado 3 del art. 92 bis creado por la ley 24.465 declaraba una garantía para el trabajador, durante el período de prueba, ligada a los derechos y obligaciones “propios de la categoría o puesto de trabajo que desempeñe...”. Esta redacción fue mantenida en la reforma de 1998. Pero en la ley 25.250 aparecía otro sorprendente giro: no se limitaba la garantía al trabajador pues la declaración abarcaba a “las partes del contrato”; ya no se anudaban los derechos y obligaciones a la categoría o puesto de trabajo y, mucho más ampliamente, se vinculaban al respectivo “vínculo jurídico”.

No fue posible determinar si quien proyectó aquel texto que se hizo ley tuvo la intención de crear una norma independiente de la Ley de Contrato de Trabajo y de dar vida

autónoma al instituto del período de prueba aún fuera del contrato típico regido por aquélla, o si estuvimos ante un hecho fortuito legislativo. Empero, es visible que, al conferirse vida nueva y propia al art. 3 de la ley 25.013 - cuyo texto se revalidaba al reformarlo - y al indicarse a la ley 20.744 en todos los casos como una norma diferente, parecía difícil negar a dicho art. 3 de la ley 25.013 como norma vigente (con el nuevo texto) más allá de la LCT , plexo en el que, obviamente, también operaba (¹¹¹).

Afortunadamente, el art. 1 de la ley 25.877 derogó la ley 25.250 integralmente y el art. 2 de la reforma de 2004 optó por el directo camino de dar nueva redacción al art. 92 bis LCT con lo que esta curiosa historia normativa ya no tiene más sentido que la de integrar la anecdótica jurídica argentina.

1.2) El espacio de aplicación material para los contratos de trabajo.

Superada la peculiaridad recién señalada, digamos que el período de prueba opera, de modo automático, ope legis, sobre todos los contratos ordinarios de trabajo regidos por la LCT y denominamos contratos ordinarios a los que no están sometidos a modalidades atinentes a su duración o continuidad en la prestación.

Esto quiere decir que son alcanzados por la imposición del período inicial de prueba casi todos los contratos de trabajo celebrados para durar por tiempo indeterminado (¹¹²). Esto implica que no opera el período de prueba en los contratos con tiempo de duración determinada, es decir los contratos de trabajo a plazo fijo o de duración eventual. Por lo mismo, no es aplicable a los contratos de aprendizaje ni pasantías.

Empero, no todos los contratos de duración indeterminada son alcanzados por la imposición del período de prueba ya que el legislador, por razones de mera decisión política, ha excluido del art. 92 bis a los contratos de trabajo de temporada, contratos que son de duración indeterminada y cuya particularidad diferenciadora radica en que su desarrollo, aunque permanente, no es continuo sino limitado en cada año calendario al tiempo o los tiempos de la temporada (¹¹³).

¹¹⁰ Derogado por la ley 25.877.

¹¹¹ Por eso se considera que bajo el imperio de la ley 25.250 hubo potencialmente un ámbito de aplicación del período de prueba más extenso que el del contrato de trabajo regido por la LCT , pudiéndose, inclusive, bajar la hipótesis de que hubiera recaído sobre otro tipo de contratos. Es que, al exorbitarse el período de prueba de la Ley de Contrato de Trabajo, tal institución habría resultado operativa en aquellas relaciones laborales que, por distintas razones, no están regidas por dicha ley, de acuerdo a su art. 2.

¹¹² Es decir, para perdurar hasta que el trabajador esté en condiciones de obtener algunas de las prestaciones del sistema previsional o hasta que sobrevenga alguna causal específica de extinción.

¹¹³ Desde el punto de vista jurídico no se ven motivos que expliquen esta decisión del legislador, ya que al inicio del contrato permanente de temporada nada impide que haya una etapa de prueba, sobre todo teniendo claramente en vista que se trata de un vínculo que perdurará hasta que el dependiente esté en condiciones de obtener alguna de las prestaciones de la ley 24.241. Ello justificaría, desde la óptica de la ley, que la estabilidad del trabajador esté sometida a la prueba. Descartamos la posibilidad de que el

Tal generalidad lleva a considerar, por ejemplo, que esta particularidad durante la etapa inicial opera igualmente en los contratos por tiempo indeterminado celebrado con menores.

Aún cuando pueda parecer obvio, preferimos señalar de modo expreso que opinamos, como Ackerman (¹¹⁴) y Etala (¹¹⁵), que es aplicable también a los contratos a tiempo parcial del art. 92 ter de la LCT pues son celebrados por tiempo indeterminado, recayendo su singularidad en la limitación del total de horas de trabajo (¹¹⁶).

Lo expuesto se puede expresar con el método inverso, señalando que no están sometidos al periodo de prueba los contratos de temporada y los de duración determinada.

El maestro Carcavallo (¹¹⁷) ha opinado que esta exclusión no obsta a la libertad contractual de las partes para concertar un período de prueba en los contratos por tiempo determinado. No compartimos esta posición puesto que la adquisición del derecho a la estabilidad nace, como regla, desde el primer minuto de la relación laboral y esto constituye parte del orden público laboral, indisponible por las partes. Por eso solo por imperio de la ley, en reglamentación del derecho constitucional a una protección adecuada frente al despido arbitrario, pudo ser relativizada esa garantía mediante la inserción de un período inicial considerado de prueba y que el legislador juzgó solo apropiado para los contratos de duración indeterminada y, dentro de éstos, excluyendo a los de temporada (¹¹⁸).

1.3) Marco de aplicación personal.

Obviamente, todo trabajador contratado por tiempo indeterminado, salvo en el caso del art. 96 LCT , resulta pasible del período de prueba en su contrato de trabajo. Empero una especial observación merece la cuestión atinente a si un mismo trabajador, la misma persona física, puede ser contratada a prueba más de una vez. El texto del apartado 1 del art. 92 bis de la LCT es de absoluta claridad y aventa toda posible duda: *“Un empleador no puede contratar a un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el período de prueba”*. Para más, la reforma de la ley 25.877 agregó algo que ya se consideraba obvio *“De hacerlo, se considerará de pleno derecho, que el empleador ha renunciado al período de prueba”*.

legislador haya pensado, erradamente, que el contrato de temporada es un contrato de duración determinada pues la redacción dada deja en clara evidencia que se ha conceptualizado correctamente a esta modalidad contractual, ya que el enunciado legal se refiere a los contratos de trabajo por tiempo indeterminado e identifica a los de temporada como excepción dentro de esta categoría.

¹¹⁴ ACKERMAN, “Período de prueba”, ya citado, pág. 59.

¹¹⁵ ETALA, Carlos A., obras ya citadas.

¹¹⁶ No puede exceder dos tercios de la jornada habitual de la actividad (art. 92 ter LCT).

¹¹⁷ CARCAVALLO, Hugo R., “La reforma laboral”, TSS 1995-321.

¹¹⁸ En igual sentido fundamentan su discrepancia con esa posibilidad RODRIGUEZ MANCINI y CONFALONIERI (h) en el ya citado *Reformas Laborales*, pág. 17.

Empero, Vázquez Vialard introduce una salvedad aceptando la posibilidad de que un trabajador cuya relación laboral ha sido rescindida pueda ser contratado de inmediato o con posterioridad “en otra categoría profesional distinta” (119). No coincidimos con este jurista ya que la letra de la ley es tajante y no admite distinciones como la apuntada. Como es sabido, donde el legislador no ha hecho distinciones no debe efectuarlas el intérprete. Y en esta materia, por añadidura, debe usarse un enfoque estricto y restrictivo pues estas instituciones pueden ser utilizadas abusivamente o de modo fraudulento y constituyen, de por sí, áreas de desprotección para los dependientes (120).

Carcavallo (121), por su parte, critica esta prohibición argumentando que pueden mediar causas objetivas que descarten un uso abusivo, recordando los ejemplos que dieran De Virgiliis y Tabernerero (122) en relación al transcurso de un largo tiempo entre una contratación y otra, la prueba para ocupar al trabajador en otras funciones y los cambios tecnológicos.

1.4) Aplicación temporal.

Cabe preguntarse si las reglas del art. 92 bis LCT desplazan a las contenidas en los estatutos particulares de fecha anterior, por aquella pauta de que la ley posterior deroga a la anterior.

Parece interesante lo que ha señalado la jurisprudencia en un planteo efectuado en ese plano. Se discutió en el caso a pedido de la parte empleadora si las normas sobre periodo de prueba de la ley 12.981 para los encargados de casas de renta (60 días) han sido derogadas por el art. 92 bis LCT (con un plazo mínimo, durante la vigencia de la ley 25.250, de tres meses).

¹¹⁹ VAZQUEZ VIALARD, ob. cit., pág. 277.

¹²⁰ Durante la vigencia de la ley 25.250, el art. 92 bis LCT preveía la categoría del personal especializado a los fines de habilitar que un convenio colectivo para pequeñas empresas duplicara el tiempo máximo de prueba, llevándolo del plazo legal de seis meses al límite de doce meses (posibilidad derogada por la ley 25.877). El legislador del 2000 no había definido al personal especializado ni dio siquiera pautas básicas al respecto y optó por diferir a los propios convenios colectivos esa labor, pero no como facultad sino en concepto de condición. Quiere ello decir que las partes colectivas, cuando decidieran y pactaran la extensión para las pequeñas empresas de la duración del período de prueba, debían especificar y describir a que personal consideran especializado, bajo pena, a nuestro entender, de no considerarse habilitada la extensión temporal. Esta no era una cuestión menor puesto que, en tanto la ley no definía a este tipo de personal, debía exigirse una delimitación precisa por las partes colectivas a fin de evitar la inseguridad jurídica que derivaría de la libertad de las partes para conceptuar a esta categoría laboral. A la par ello sería así en virtud de la restrictividad con la que, por la influencia del principio protectorio, debía aplicarse la extensión temporal del período de prueba.

¹²¹ CARCAVALLO, Hugo R., “El periodo de prueba y la ley 25.877” en Suplemento Especial La Ley Reforma Laboral Ley 25.877, marzo 2004, pág. 10.

¹²² DE VIRGILIS, Miguel A. y TABERNERO, Rodolfo, Nuevas modalidades de contratación temporal, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1991, págs. 281/82.

La Sala X de la C.N.A.T. ha resuelto que "...Si bien la ley 25250 modificó una vez más el art. 92 bis del Régimen de Contrato de Trabajo, estableciendo que los contratos de trabajo por tiempo indeterminado se entienden celebrados a prueba durante los primeros tres meses, lo cierto es que frente a un estatuto especial que regula la actividad del trabajador, las normas del régimen común sólo podrán ser aplicables en la medida que resultaren compatibles con la naturaleza y la actividad profesional de aquél (conf. art. 2 LCT)", añadiendo que "...Sentado lo anterior, es claro que en lo que respecta al período de prueba...no puede aplicarse la modificación establecida mediante el art. 1º de la ley 25250" ya que "...no rigen en el ámbito del Derecho del Trabajo los criterios clásicos aplicables en el derecho común, referentes al régimen de prelación entre las leyes de igual jerarquía, en cuanto a los ámbitos propios de la ley de carácter general y especial, así como que la ley posterior modifica a la anterior. Tampoco se aplica necesariamente el criterio que surge del orden jerárquico de las fuentes".

A criterio del citado Tribunal "...para dirimir los conflictos entre las normas de la Ley de Contrato de Trabajo y las de los Estatutos Especiales corresponde efectuar un juicio de compatibilidad para determinar cuál de ellas resulta aplicable, de conformidad con lo dispuesto por el art. 2 de la LCT, norma esta última que no ha sido modificada ni derogada por la ley 25250 y que se encuentra plenamente vigente", añadiendo que "... del juego armónico de las disposiciones emanadas de los arts. 2 y 9 del RCT, y arts. 6 y 20 de la ley 12981, corresponde la aplicación a la relación de autos del estatuto especial, sin que pueda entenderse que la ley 25250 en su art. 1º hubiera derogado tácitamente el período de prueba establecido en el art. 6º del régimen particular..."⁽¹²³⁾

El art. 43 de la ley 25.877, por su lado, trae una regla creando un régimen intertemporal a fin de salvaguardar la vigencia de los períodos de prueba celebrados antes del 28-3-04 (fecha de entrada en vigencia de la reforma) y dice así "*Lo establecido en el art. 2º de la presente ley será de aplicación a todas las relaciones laborales iniciadas a partir de su entrada en vigencia*".

Ello significa que la reforma respeta los plazos de prueba mayores a tres meses que hayan nacido bajo el régimen derogado y, por ende, tales lapsos de prueba perdurarán hasta que finalicen sus respectivos tiempos.

Sin embargo, Rodríguez Mancini⁽¹²⁴⁾ advierte sobre la excesiva latitud de esta regla. Aunque ve claro que apuntó, como lo acabamos de decir, a salvaguardar los plazos

¹²³ C.N.A.T., Sala X, Sentencia N° 11.419 del 30/12/02 in re "Martínez, Alberto C/ Consorcio de Propietarios Edificio Amenabar 3435 S/ Despido".

¹²⁴ RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, "Observaciones sobre la ley 25.877", en Suplemento Especial La Ley Reforma Laboral Ley 25.877, ya citado,, pág.41.

de períodos de prueba en curso de ejecución al momento de entrar en vigencia la reforma, critica la expresión “todas las relaciones laborales iniciadas a partir de su entrada en vigencia” por el riesgo de que pueda sostenerse que lo dispuesto en el art. 2 de la ley 25.877 pueda considerarse aplicable a “todas las relaciones laborales” futuras, aún no regidas por la LCT.

2) Carácter del lapso de prueba. Posibilidad de disponerlo por las partes.

Más allá de si hay o no una auténtica prueba que cumplir y evaluar, lo cierto es que en la ley nacional el contrato de trabajo tiene, durante un lapso inicial de tres meses, una fase que, como fuere, opera como una oportunidad de prueba. Pese a la precariedad de ese vínculo celebrado para durar por tiempo indeterminado pero que carece de tutela frente a la ruptura en el tramo inicial, es innegable que una vez iniciada la vida laboral que sigue a la contratación (según la distinción que permiten los arts. 21 y 22 LCT) las partes están en posición de conocerse más a fondo, mucho más allá de lo que los estudios preliminares permiten. Mientras en esa etapa liminar priman elementos como los antecedentes, la capacitación abstracta y los potenciales, en esta segunda situación aparecen factores como la eficacia concreta, el comportamiento, las personalidades, la fidelidad, la diligencia, el apego al cumplimiento de la ley, los contratos, la palabra y los reglamentos (¹²⁵).

Consecuentemente, es posible que el empleador decida, en algún momento anterior al vencimiento del plazo legal correspondiente, renunciar a él. Por eso, cabe ahora detenerse a verificar si esa modalidad puede ser dispuesta por las partes.

Bajo la redacción de las leyes 24.465 y 25.013 podía discutirse si esta posibilidad existía o no. Cabe pensar, como Etala (¹²⁶) que la condición establecida por la ley no estaba impuesta teniendo en miras el interés general ni resultaba calificable como de orden público (derecho imperativo). Parecía que se trataba de una facultad que cualquiera de las partes podría renunciar a su libre voluntad (derecho dispositivo).

Obviamente, no es fácil darle importancia práctica a esa hipótesis en relación al trabajador, que rara vez tiene posibilidad de ejercer el derecho de abandonar la relación por hallarse disconforme con el comportamiento de su empleador o por el modo de desenvolverse las condiciones laborales pactadas. Además, de hecho, la renuncia nunca ha estado penalizada y el deber legal de dar preaviso -única exención que la institución bajo análisis otorga al trabajador en estos casos- rara vez es exigido.

¹²⁵ Estos últimos aspectos son, sobre todo, valorados por los dependientes, aún cuando, en los hechos, y como seguidamente señalaremos en el texto, difícilmente abandonen el empleo cuando ese juicio valorativo sea negativo.

¹²⁶ ETALA, Carlos A., obras ya citadas.

En cambio, es evidentemente muy trascendente la posibilidad de que el principal abdique del derecho a ejercer la prueba, y su consecuente facultad de romper el contrato sin obligación de indemnizar, pues, en la etapa inicial del vínculo puede resultar un factor decisivo para el trabajador. Esta situación puede verse más frecuentemente en los casos de dependientes que, para ingresar a este empleo, dejan otro que ya tenían, hipótesis en la que la renuncia del empleador a la facultad de probarlo durante la relación puede jugar como decisiva para que el dependiente renuncie a un empleo y acepte el nuevo.

Con el texto de la ley 25.250 ya no quedó duda de que el empleador podía renunciar este derecho, pues la propia norma contemplaba tal posibilidad en forma expresa (nos referimos al art. 2 de la ley 25.250 que preveía un instrumento de estimulación, consistente en eximir a ciertos empleadores de un tercio de las contribuciones al sistema de seguridad social). La ley 25.877 derogó esa regla específica, pero mantuvo la institución de la renuncia al período de prueba por el empleador, regulando el caso de renuncia tácita por no registración (apartado 1 del art. 92 bis LCT). Nos parece obvio que, si es aceptada la renuncia tácita, no existen motivos para no reconocer la posibilidad de la abdicación expresa a tal período.

Tal renuncia puede ser inicial o darse una vez comenzada la relación y podrá producirse de modo expreso o tácito. En efecto, el empleador podría anunciar, al momento de celebrar el contrato (conf. art. 21 LCT), que abdica el derecho de probar al trabajador a partir de entonces, con lo que el contrato ya no se entenderá celebrado a prueba sino que será puro e incondicional. Esta circunstancia podría ser escrita o, si no lo fuere, acreditarse por cualquier medio de prueba pues la ley nada ha reglado al respecto.

Debe tenerse en cuenta que esta hipótesis es factible y relevante cuando el empresario conoce al trabajador suficientemente, Vr. Gratia, por haberlo visto desempeñarse en otra empresa y entiende que no necesita someterlo a prueba alguna. Además, esa abdicación puede actuar como estímulo para trabajadores que no acceden al nuevo contrato desde una situación de desempleo y que, al momento de la convocatoria, están laborando en otra empresa. Asimismo podrá ocurrir que un empresario inteligente decida seleccionar cuidadosamente a sus candidatos y contratar solo cuando está seguro, desistiendo ab initio del lapso de prueba.

También podrá desistirse del ejercicio del plazo en cualquier momento del período legal de prueba dado que, por ejemplo, el empleador podría manifestar su conformidad definitiva y dar por aprobado el test de este primer eón, por honestidad o para dar sentido definitivo al vínculo. El régimen de acreditación será el mismo que el precedentemente aludido. Ciertamente, durante la vigencia del ya aludido art. 2 de la ley

25.250 y su régimen de promoción en materia de cargas patronales había un aliciente concreto para que el empleador renunciara al período de pruebas y en la nueva ley no parecen existir estímulos para que así actúe.

En el actual texto legal no se prohíbe la renuncia pero no parecen existir motivos que obsten a la renuncia total o parcial del lapso de prueba por el empleador, quien podría abdicar ese derecho ab initio o durante su transcurso. Tampoco vemos impedimentos para que la negociación colectiva elimine o restrinja este beneficio introducido por la ley (¹²⁷). Podría sostenerse que hay un interés general en la introducción del período de prueba y que, por eso, tendría la fuerza de las normas de orden público, inderogables por las partes. Empero, parece que la redacción empleada por el legislador (“El contrato de trabajo...se entenderá celebrado a prueba...” (el subrayado es nuestro) no tiene la fuerza propia de los mandatos legales que regulan disposiciones de interés general.

3) Lapso de duración del período de prueba.

De conformidad con lo que llevamos descripto, resulta que por imperio de la ley 25.877, los contratos de duración indeterminada -excepto los de temporada- reconocen un eón inicial de tres meses en el que las partes pueden extinguir el contrato sin invocar causa y exentas de responsabilidad indemnizatoria por despido (¹²⁸).

Durante la vigencia de la ley 25.877, en cambio, el régimen ofrecía una escala variable y creciente que podía llevar el período de prueba hasta un año de duración (¹²⁹).

La actual formulación del precepto tiene carácter imperativo y, aunque no lo diga expresamente, no hay dudas acerca de que la autonomía colectiva no puede ampliar el período de prueba (¹³⁰). Empero, por tratarse de una norma imperativa relativa, por vía de convenio colectivo, y aún mediante contrato individual, resulta factible a nuestro juicio la reducción de ese lapso y hasta su abrogación o renuncia.

4) Formas: La registración como requisito.

¹²⁷ En igual sentido, ACKERMAN, “Período de Prueba”, ya citado, pág. 63.

¹²⁸ Excepto, claro está, la responsabilidad que pueda nacer de un ejercicio abusivo de esta facultad legal.

¹²⁹ Durante ese régimen legal la extensión de ese período de inestabilidad era variable según la entidad de las empresas. Así, se preveía una primera regla, básica y mínima, para la generalidad de las empresas, con un plazo legal de tres meses, aunque disponiendo que por vía de la negociación colectiva se pudiese duplicar ese lapso, es decir llevarlo hasta un máximo de seis meses. Para las pequeñas empresas definidas por el art. 83 de la ley 24.467, el art. 92 bis establecía una duración legal de seis meses, plazo que también admitía ser duplicado por convenio colectivo pero con una exigencia adicional. Esa duplicación por la vía de la negociación colectiva solo era habilitada por la ley en relación a trabajadores calificados.

¹³⁰ En este sentido, MEGUIRA, Horacio D. y GARCIA, Héctor O, “La ley de ordenamiento laboral o el discreto retorno del Derecho del Trabajo”, en Suplemento Especial La Ley Reforma Laboral Ley 25.877, ya citado,, pág. 20.

Bien dice el profesor Etala (¹³¹) que “El período de prueba se entiende implícito en el contrato de trabajo por tiempo indeterminado. Como éste no requiere forma alguna y puede celebrarse incluso verbalmente, ninguna forma es exigible”.

Sin embargo, el deber de registrar los contratos de trabajo es un requisito para que opere el beneficio patronal del período de prueba.

La redacción dada por la ley 25.250 ya había zanjado otra cuestión que resultaba opinable originariamente, y resulta meritorio que se haya adoptado una solución socialmente ética y que opera, a la par, como instrumento para promover la regularización de los contratos, lo que coadyuva a mejorar la calidad de los empleos (¹³²). Se hace referencia a que con el texto originario, se discutía si el empleador podía ampararse en el lapso de prueba en relaciones laborales que mantuvo en la clandestinidad, es decir que no registró en el libro del art. 52 LCT y ante el sistema de Seguridad Social.

Se había sostenido desde cierto sector jurisprudencial la necesidad de que el contrato se encontrare debidamente registrado para poder darle virtualidad jurídica al beneficio que la ley ha establecido para el empleador en orden al período de prueba (¹³³). La Sala VIII de la C.N.A.T., en un primer análisis de esta situación, había decidido que la registración era un requisito para poder hacer valer el período de prueba. Así, en el caso “Ledesma, Carlos Manuel C/ Veiba Producciones SA”, de septiembre de 1997 (¹³⁴) estableció que la empleadora debe en todos los casos demostrar la fiel observancia de las exigencias de inscripción y registro del contrato previstas en el inciso 2º del art. 92 bis de la LCT , no pudiendo la empresa pretender favorecerse con la aplicación de dicha norma cuando no ha logrado demostrar el acabado y fiel seguimiento de las reglas allí fijadas.

Sin embargo, sólo un mes después, la misma Sala modificó su posición y en el caso “Fuentes Arena C/ Organización Fiel SRL” (¹³⁵) decidió que el art. 92 bis LCT no estableció consecuencia alguna en el orden contractual por la omisión de registrarlo, salvo las eventuales sanciones administrativas. La Sala X de la CNAT se ha expedido también en este último sentido al resolver la causa “Quintana, Patricia N. C/ Editorial SER SA s/ Despido” (¹³⁶).

¹³¹ ETALA, Carlos A., obras ya citadas.

¹³² Objetivo tenido en miras por la reforma legal introducida por la ley 25.250.

¹³³ Juzgado del Trabajo N° 62, en las sentencias dictadas en autos “Rubio Tartana, L. G. c/ Dita Shop S.R.L. s/ despido”, del 19/8/96, y en el caso “Escobar, S. R. c/ Falvino, V. s/ despido”, del 8/4/98.

¹³⁴ Sala VIII, Sent. n° 25.305 del 16/9/97, citada por Raúl Ojeda en “Revista de Derecho Laboral”, N° 1, año 2000, pág. 366.

¹³⁵ Sala VIII, sentencia 25402 del 23/10/97, citada por Ojeda, Raúl, en “Revista de Derecho Laboral” n° 1. año 2000, pág. 366, Rubinzal Culzoni Editores.

¹³⁶ Sala X, Sent. n° 5671 del 22-299, citada por Raúl Ojeda en “Revista de Derecho Laboral”, N° 1, año 2000, pág. 367.

La ley 25.877, aunque modificando cosméticamente la redacción, afortunadamente mantuvo el criterio de la ley 25.250 en este punto, de manera que el actual apartado 3 del art. 92 bis indica ahora que *“El empleador debe registrar al trabajador que comienza su relación laboral por el período de prueba”*, y seguidamente refuerza esa regla al sentenciar que *“Caso contrario, sin perjuicio de las consecuencias que se derivan de ese incumplimiento ⁽¹³⁷⁾, se entenderá de pleno derecho que ha renunciado a dicho período”*, con lo que queda resuelta toda discrepancia posible.

Es importante aclarar que, como es habitual en el derecho laboral, la falta de cumplimiento del recaudo legalmente impuesto no apareja la nulidad del contrato - efecto que perjudicaría al trabajador - sino solo la de la parte relativa al requisito obviado por el empleador. Por ende, si el empleador no registró el contrato y despide dentro del plazo de prueba, por imperativo de la norma legal se entiende caída la condición resolutoria. Por ende, en tal supuesto, el distracto será indemnizable con la regla del art. 245 de la LCT.

Consecuentemente, la ley trae una sanción derivada de la omisión de cumplir con la registración y esta decisión legislativa nos parece aplaudible pues se encuadra en la regla moral de que nadie debe beneficiarse con el incumplimiento de la ley, a la par que sienta la regla de que quien quiere beneficiarse con las facultades flexibilizadoras de las normas legales debe comenzar por las obligaciones a su propio cargo. Por añadidura, esta postura de la ley se compadece plenamente con el proclamado deseo de propender a un mejoramiento de la calidad de los empleos, mejoramiento que en parte tiene que ver con la registración de los contratos.

Corresponde ahora preguntarse qué alcances tiene la registración aludida en la norma legal bajo análisis. A falta de especificaciones, entendemos incontrovertible que debe acudirse a la prescripción contenida en el art. 7 de la ley 24.013 a cuyo tenor se considera registrada una relación laboral cuando se la anota en el libro del art. 52 LCT y ante el registro que lleva el sistema de la seguridad social ⁽¹³⁸⁾.

Entonces se coincide con Etala ⁽¹³⁹⁾ en que, conforme esa norma, el contrato de trabajo sólo puede reputarse registrado cuando se llenan ambas diligencias, siendo insuficiente la mera inscripción en el libro del art. 52 LCT ⁽¹⁴⁰⁾.

¹³⁷ Otras consecuencias son, Vr. Gratia, que opere la presunción del art. 55 LCT a favor de lo afirmado por el trabajador en una demanda judicial en relación a las circunstancias contractuales que deben registrarse en el libro del art. 52 LCT, así como las sanciones que quepan por parte de la autoridad administrativa laboral en ejercicio de la policía de trabajo y según la ley 25.212. Otra consecuencia podrá ser la operatividad de las multas de la ley 24.013, Ley Nacional de Empleo, por falta de registración del contrato de trabajo (arts. 9, 10 y 15) o del art. 1 de la ley 25.323.

¹³⁸ Etala considera que tal carga implica inscribirse el empleador como tal y denunciar al trabajador ante la DGI y la obra social correspondiente (ver las obras ya citadas).

¹³⁹ Carlos A. ETALA, obras ya citadas.

En resumen, el empleador que no registró el contrato en el libro del art. 52 LCT o en el que haga sus veces, por ejemplo a los fines de la ley 24.467 para pequeñas empresas, y que no denunció el contrato ante el Sistema Único de la Seguridad Social no tendrá quedará exento de las obligaciones de preavisar la ruptura y de pagar la indemnización derivada de la extinción sin causa justificada pues la ley dispuso que tal omisión provoca la pérdida de tales beneficios.

En rigor, no parece ortodoxa la afirmación hecha por el legislador de que la falta de registración lleve a entender, como establece la norma, que el empleador ha renunciado al período de prueba. Nos parece que no hay una razón lógica que permita considerar la falta de cumplimiento del recaudo formal como indicación de la voluntad de renunciar. Se trata, lisa y llanamente, de una sanción normativa por el incumplimiento de un requisito al que está supeditada la existencia misma del beneficio. Vázquez Vialard apunta, con supina claridad, que la inscripción de la relación es una condición para invocar el período de prueba (¹⁴¹).

La verificación de este recaudo no debe confundirse, a nuestro juicio, con la libertad de formas que se mantiene para los contratos de trabajo. En efecto, el período de prueba se da en el marco de un contrato ordinario de tiempo indeterminado que, de acuerdo al art. 48 LCT, no está sujeto a formalidad alguna en su celebración. Por ende, y máxime ante la presunción legal ya explicada, la condición resolutoria de marras no requiere forma escrita (¹⁴²).

e) Los derechos y deberes de las partes durante el período de prueba.

Tal como se indicara más arriba, el período de prueba no constituye un contrato especial sino solamente una etapa inicial del contrato ordinario de prueba por tiempo indeterminado. También se advirtió que solamente el derecho a la protección de la

¹⁴⁰ En este sentido se pronunció la Sala VII de la CNAT, en autos "*Romano, Nancy y otro c/ Bae Negocios SA s/ despido*", sentencia del 16-3-04, indicando que: " La exigencia de registrar la relación laboral en el libro especial del art. 52 de la Ley de Contrato de Trabajo, como también en el Sistema Único de Registro Laboral son obligaciones conjuntas y no alternativas; así, el período de prueba sólo puede ser invocado por el empleador cuando se trate de un trabajador inscripto no sólo en los libros, sino también en los registros laborales (art. 52 LCT; arts 7 y 18 de la ley 24013 y art. 2 decreto regl. 2725/91). Frente al incumplimiento de registro debe interpretarse inequívocamente que se ha renunciado al período en cuestión, y en consecuencia ello trae aparejada la pérdida de los beneficios previstos en el art. 92 bis de la LCT. De esta forma, la ruptura intempestiva de la relación, dispuesta por el empleador, aún en el supuesto o hipótesis de considerar que se habría producido dentro del plazo previsto en el mentado artículo, trajo aparejado - en el caso- el deber de abonarle a los actores las indemnizaciones de rigor (cfr. arts. 231, 232 y 245 LCT modif. por la ley 24013).

¹⁴¹ VAZQUEZ VIALARD, ob. citada, pág. 276.

¹⁴² En el derecho uruguayo si, pues, según señala María Cristina ETALA, "*Contratos laborales en el Mercosur*", Abeledo-Perrot, 1997, esp. pág. 75, en ese ámbito el período de prueba no tiene apoyo legal y sólo opera por acuerdo de las partes. Esta excepcionalidad, señala dicha autora, lleva a exigir su prueba por escrito.

estabilidad del trabajador -cuya adquisición queda sometida a plazo- no opera durante su transcurso.

El resto de los derechos y deberes enumerados por las fuentes jurígenas del contrato de trabajo (Constitución Nacional, LCT , leyes especiales, convenios colectivos e individuales, reglamentos de la empresa, voluntad unilateral del empleador, usos, costumbres, laudos, etc.), en cambio, rigen en plenitud desde el primer día del contrato de trabajo. Así lo declara en forma clara y expresa el apartado 4 del art. 92 bis de la LCT al decir que “Las partes tienen los derechos y obligaciones propias de la relación laboral, con las excepciones que se establecen en este artículo. Tal reconocimiento respecto del trabajador incluye los derechos sindicales” ⁽¹⁴³⁾.

Como más tarde se verá, el apartado 6 del precepto bajo análisis limita los derechos del trabajador, durante el período de prueba, en materia de protección ante las contingencias de enfermedad y accidente, excluye la protección social para el caso de incapacidad absoluta y permanente y omite regular otras contingencias como la elección para cargos electivos y la situación de la trabajadora que se casa o queda embarazada.

f) El deber de dar preaviso.

Antes de la introducción del período de prueba en la LCT, y bajo la vigencia de la doctrina judicial del Plenario “Sawady”, ya se eximía al empleador de la indemnización por despido sin causa pues, sencillamente, se aducía que el derecho a tal tutela recién se adquiriría cuando se alcanzaba una antigüedad de 3 meses. Consecuentemente, el principal tenía, igualmente, obligación de dar preaviso. Hemos subrayado el vocablo “dar” para señalar que se trata de una obligación de hacer ⁽¹⁴⁴⁾, consistente en otorgar el aviso anticipado de que se va a romper el contrato sin causa imputable a la contraparte, y de otorgar una licencia de dos horas diarias.

Claro que, frente a la brevedad del plazo de referencia (tres meses) y por la naturaleza de las relaciones humanas en general y laborales en particular, en la casi totalidad de los casos el empleador prefería no cumplir tal obligación y romper el contrato intempestivamente, aprovechando que nuestra legislación no prevé el cumplimiento de tal obligación como requisito para la validez del despido ⁽¹⁴⁵⁾. Entonces, obviamente, tal

¹⁴³ El texto del art. 92 bis bajo la vigencia de la ley 25.250 era más claro: “Durante el período de prueba las partes del contrato tienen todos los derechos y obligaciones propios del vínculo jurídico, con las excepciones que se establecen en este artículo...”.

¹⁴⁴ Ver el estudio sobre el preaviso publicado en “Revista de Derecho Laboral”, N° 1, año 2000, págs. 117 y sgtes.

¹⁴⁵ Para más, la reforma introducida por la ley de facto 21.297 estableció que el tiempo de preaviso omitido no deba considerarse tiempo de servicios a los fines de computar la antigüedad (nuevo art. 19 LCT), con lo que queda en mejor posición el que viola el deber

obligación, como toda otra, se resolvía en el pago de una indemnización sustitutiva del preaviso omitido.

Con la sanción de la ley 24.465 se planteó la duda de si, al abordarse la cuestión desde la óptica del período de prueba, se mantenía la obligación de dar el preaviso o de pagar el resarcimiento sustitutivo.

Debe recordarse que el texto original del art. 92 bis decía así: "*Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación sin expresión de causa y **sin derecho a indemnización alguna con motivo de la extinción***" (la negrita es intencional).

Más allá de la cuestionable redacción que confundía a los sujetos interactuantes en la situación jurídica (¹⁴⁶), se entendió en su momento, con cierta jurisprudencia, que el precepto solo eximía - al igual que la doctrina judicial ya referida - al empleador de las obligaciones indemnizatorias por el despido (¹⁴⁷). Ello se basa en el hecho de que solo el resarcimiento por despido incausado puede considerarse una indemnización derivada de la extinción en tanto la sustitutiva del preaviso no tiene tal característica.

En efecto, la indemnización del art. 245 LCT (y antes la del art. 7 de la ley 25.013) es la única que deriva directamente de la extinción. Diferentemente, la indemnización sustitutiva del preaviso omitido, conforme la aclaración que hicimos párrafos atrás, no nace del hecho del despido y no es una consecuencia de la extinción. Se trata, en cambio, de un resarcimiento que tiene su causa en la omisión del hacer que la ley prevé como comportamiento de buena fe previo al despido. Se quiere decir, con singular énfasis, que no se debe indemnización por preaviso por el hecho de despedir, sino por no haber cumplido tal deber, y dado que si tal conducta se cumple oportunamente ninguna suma de dinero se adeuda (¹⁴⁸).

Debe admitirse que aparecía una duda, para esta lectura, si se advierte que la norma eximía a ambas partes y, claro está, con la interpretación propuesta carecería de sentido la exención al trabajador. No obstante, ha parecido que esta circunstancia no obstaba a la inteligencia propuesta dada la redacción tan poco cuidadosa de la norma, tal como queda evidenciado en lo que señalamos pocos párrafos atrás.

legal de dar preaviso - que es una concreción del deber de obrar de buena fe - que quien lo cumple comportándose como un buen empleador.

¹⁴⁶ Obviamente, el que extinga la relación sin expresión de causa nunca podría tener **derecho** a indemnización alguna. La norma debió decir "y sin **obligación** de indemnización alguna...".

¹⁴⁷ En esta minoritaria postura se enrolaba también Mario ELFFMAN. Ver su "Acotaciones sobre el período de prueba", *Doctrina Laboral, Errepar*, 1997, págs. 701 y sgtes.

¹⁴⁸ Así lo sostuvo MAZA al sentenciar la causa "Generali Argentina Vida Cía. de Seguros de Vida S.A. c/ Salcines, A. R. s/ preaviso", el 19/5/99 (Sent. n° 2962 del registro del Juzgado del Trabajo Nro. 62 de la Capital Federal), revocada por la Sala VI, sentencia ya citada.

La Sala VIII de la C.N.A.T. ha considerado al resolver la causa “Fuentes Arenas c/ Organización Fiel SRL” ⁽¹⁴⁹⁾ que la exención del apartado 4 del art. 92 bis no sólo abarca la obligación del empleador de dar preaviso sino que a ella se ha querido referir en concreto.

Pues bien, la siguiente redacción dada al art. 92 bis por la ley 25.250 giró 180° y eliminó todo posible juego interpretativo. Bajo su vigencia, la norma rezaba así: “*Durante el período de prueba cualquiera de las partes puede extinguir la relación sin expresión de causa y **sin obligación de preavisar**. En tal caso, dicha extinción no genera derecho indemnizatorio alguno*” (La negrita es otra vez nuestra).

Como se observa, el Congreso del año 2000 modificó la redacción del texto originario (que confundía a los sujetos, según apuntamos párrafos atrás) y adoptó una adecuada forma de expresar el contenido de la regla: eximía de expresar causa y de otorgar preaviso, a la par que aclara que tal extinción no genera derecho indemnizatorio alguno. Es decir que la ley entonces optó por liberar del deber de dar aviso previo y esta exención jugaba a favor de ambas partes.

Pero, una nueva vuelta de tuerca se produjo con la redacción dada por la ley 25.877 al art. 92 bis, cuyo párrafo inicial expresa, en su parte final, que “*Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción, **pero con obligación de preavisar según lo establecido en los artículos 231 y 232***” (otra vez la negrita es intencional). Consecuentemente, la solución de la reforma del año 2004 cambia el criterio legislativo en forma absoluta estableciendo ahora en forma clara y expresa que la extinción del contrato durante el período de prueba debe ser objeto de aviso previo. Con ello, puede considerarse que las cosas están como antes del dictado de la ley 24.465.

Carcavallo ⁽¹⁵⁰⁾ critica esta solución legislativa aduciendo que las motivaciones que sustentan en el régimen general la institución del preaviso son extrañas al período de prueba.

Al contrario, Meguira y García ⁽¹⁵¹⁾ afirman que no hay razón para dispensar al empleador de este deber común durante al período de prueba, postura que compartimos por los motivos ya desarrollados, opinión compartida por Héctor P. y Mariano Recalde ⁽¹⁵²⁾.

El profesor Rodríguez Mancini ⁽¹⁵³⁾ no solo considera que el preaviso tiene una función positiva en el período de prueba a los fines de lograr la mayor seguridad del

¹⁴⁹ Sala VIII, sentencia 25402 del 23/10/97, citada por Ojeda, Raúl, en “Revista de Derecho Laboral” n° 1. año 2000, pág. 366, Rubinzal Culzoni Editores.

¹⁵⁰ CARCAVALLO, Hugo. R, en “El periodo de prueba y la ley 25.877” ya citado, págs. 10/11.

¹⁵¹ MEGUIRA, Horacio D. y GARCIA, Héctor O., ob. cit, pág. 21.

trabajador acerca de su futuro en el empleo, sino que ciritca la posibilidad de reemplazar el preaviso con el pago de una indemnización sustitutiva. Señala que se trata de una permisión inadecuada y contrario al principio de continuidad postulando que, como lo dispone el art. 94 LCT para el preaviso en contratos a plazo fijo, la falta de cumplimiento en especie de dicho deber debería traer como consecuencia la continuidad del contrato. Compartimos esta observación.

Si bien, en rigor cabe remitir al análisis que en esta misma obra se efectúa del régimen legal del preaviso, conviene, por razones prácticas, recordar aquí que la reforma de la ley 25.877 modificó el texto del art. 231 LCT que, en su nueva configuración, establece, en relación al tema que estamos estudiando, que *"El contrato de trabajo no podrá ser disuelto por voluntad de una de las partes, sin previo aviso, o en su defecto, indemnización además de la que corresponda al trabajador por su antigüedad en el empleo, cuando el contrato se disuelva por voluntad del empleador. El preaviso, cuando las partes no lo fijen en un término mayor, deberá darse con la anticipación siguiente:*

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;..."

Ello implica que si cualquiera de las partes decide extinguir el contrato de trabajo durante el período de prueba -sin invocar causa, adelantémoslo- deberán dar a la otra parte un aviso previo equivalente a 15 días.

Si tal obligación de hacer no es cumplida, operará la regla del art. 232 LCT -al que expresamente reenvía el art. 92 bis- con lo que tal omisión simplemente generará la obligación subsecuente de la parte obligada de "abonar a la otra una indemnización sustitutiva equivalente a la remuneración que correspondería al trabajador..." por dicho lapso.

Como es regla general de la LCT, la falta de cumplimiento de esta obligación derivada del principio de buena fe contractual se resuelve, apenas, con el pago del resarcimiento sustitutivo.

Por aplicación del art. 233 LCT, nuevo texto dado por la ley 25.877, el plazo del preaviso corre a partir del día siguiente a de la notificación y este precepto, en forma clara y

¹⁵² RECALDE, Héctor P. y RECALDE, Mariano, "Modificación a la regulación de las relaciones individuales del trabajo", en Suplemento Especial La Ley *Reforma Laboral Ley 25.877*, ya citado,, pág. 35.

¹⁵³ RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, "Observaciones sobre la ley 25.877", ya citado, pág.41.

expresa, ha previsto que “*La integración del mes de despido*”⁽¹⁵⁴⁾ no procederá cuando la extinción se produzca durante el período de prueba establecido en el art. 92 bis”⁽¹⁵⁵⁾

En resumen, cuando cualquiera de las partes -de ordinario el empleador, principal y casi único beneficiario en los hechos, del período de prueba- decida extinguir el contrato de trabajo tiene el deber de dar un preaviso equivalente a quince días, pero si no se cumple tal obligación, ello no afecta la ruptura, válidamente producida a partir del día siguiente al de la notificación, y solo implica el deber de abonar una suma equivalente a quince días de salarios.

g) Exteriorización de la voluntad rescisoria.

Tal como está redactada la norma, aunque no resulte necesario especificar que el distracto obedece a la no aprobación, para que la ruptura sin expresión de causa no genere obligaciones es menester comunicarla. Esto puede explicarse desde dos posturas. En primer lugar puede decirse, como ya indicamos, que el contrato nació casi perfecto desde su celebración y solo se encuentra aplazada la activación del derecho a la estabilidad. Cuando vence el plazo respectivo, *ipso iure*, tal tutela se incorpora al contrato. Por eso, la extinción no dará lugar para el empleador al deber de pagar la indemnización del art. 245

LCT sólo si la decide y hace saber a su contraparte antes de que venza el plazo correspondiente. Este criterio lo ha sostenido la Sala VI de la C.N.A.T. en autos “Granja, Victoria E. c/ Receptivo Península SRL”⁽¹⁵⁶⁾. Incluso, la Sala II de la misma Cámara, al decidir la causa “Linari Crossa, Myriam y otro C/ The Security Group SA S/ Despido”⁽¹⁵⁷⁾, fue más lejos aún al establecer una circunstancia adicional: que la extinción no sólo sea decidida y la comunicación expedida dentro del plazo legal, sino también que logre su finalidad extintiva, una vez recibida, antes de que aquél expire.

Desde la segunda óptica, la más generalizadamente admitida, se considera que la ley ha introducido una presunción *iuris tantum* de que el distracto comunicado dentro

¹⁵⁴ Que, de un modo impropio, pervive en el 2do. párrafo del nuevo art. 233 LCT para todos los demás casos, exceptuado el preaviso en el período de prueba.

¹⁵⁵ La ley 25.877 ha dado la siguiente redacción al art. 233 LCT: “Los plazos del artículo 231 correrán a partir del día siguiente al de la notificación del preaviso. Cuando la extinción del contrato de trabajo dispuesta por el empleador se produzca sin preaviso y en fecha que no coincida con el último día del mes, la indemnización sustitutiva debida al trabajador se integrará con una suma igual a los salarios por los días faltantes hasta el último día del mes en el que se produjera el despido. La integración del mes de despido no procederá cuando la extinción se produzca durante el período de prueba establecido en el artículo 92 bis.”

¹⁵⁶ Publicado en DT, 2000-B-1251, con nota de Carlos Pose.

¹⁵⁷ Sala II, Sent. n° 86.152 del 11/6/99, citada por Raúl Ojeda en “Revista de Derecho Laboral”, n° 1, año 2000, pág. 367.

del período de prueba tiene su razón de ser en la no aprobación. Dicho de otro modo, en defecto de alegación de causa se presume que el distracto está motivado en la no aprobación.

La diferencia radica, ya lo anticipamos, en que en la primera hipótesis carecería de relevancia invocar una causal de extinción distinta que pudiera haberse producido puesto que, sea como fuere, la ruptura durante el plazo de prueba no generaría responsabilidad. En cambio, desde la segunda interpretación se genera el espacio necesario para, rompiendo o neutralizando tal presunción, alegar y demostrar que la extinción no fue producto de una desaprobación sino que obedeció a otro motivo (por ejemplo, uno de carácter discriminatorio).

Cabe seguidamente interrogarse si esa rescisión, sin causa, debe notificarse por escrito o no. Puede sostenerse que se requiere un acto de comunicación expreso aún cuando no sea preciso enunciar en él la causa, es decir la desaprobación presumida. Con esta óptica, resultaría inaplicable la regla del art. 243 LCT que exige la notificación por escrito sólo cuando se invoca una causa justificada. Este precepto, meramente garantista del derecho de defensa, tiene sentido cuando se invoca una causa imputable a la otra parte, ocasión en la que debe comunicarse con detallada precisión para que su destinatario sepa con exactitud qué razones se invocan para romper el contrato. En el supuesto *sub examine*, este cuidado sería innecesario. Desde tal postura, no se requeriría la notificación escrita, bastando el acto de comunicación expresa de la ruptura, aún verbal. Consecuentemente, la simple notificación de la denuncia verbal sería eficaz para extinguir el contrato en ese mismo momento, pudiéndose probar, en caso de controversia, dicha comunicación y su oportunidad por todos los medios de prueba admisibles judicialmente.

Empero, resulta factible sostener la tesis contraria, partiendo de la base de que la falta de enunciación de una causal implícitamente presumida por la ley no significa que la notificación no deba ser escrita.

Cabe señalar, al respecto, que la Sala VII de la C.N.A.T. ha resuelto que la parte que desee extinguir el contrato antes de que expire el plazo del art. 92 bis LCT deberá notificar a la otra por escrito, agregando que, de lo contrario, se consolidará el vínculo por tiempo indeterminado (158), añadiendo en un fallo posterior que la parte que desee extinguir el contrato antes de que expire el plazo del art. 92 bis LCT deberá notificar a la otra por

¹⁵⁸ Sala VII, "Adriel, Fernando c/ Tso lokian, Rubén s/ despido". Sent. n° 33.011 del 9/12/99.

escrito (formalidad resultante de los arts. 240 y 243 LCT). De lo contrario se consolidará el vínculo por tiempo indeterminado (159).

También la Sala VI de esa Cámara sostiene que la extinción del contrato dentro del período de prueba debe ser comunicada por escrito al trabajador para darle fecha cierta y permitirle adoptar las providencias del caso. No puede dejarse ese aspecto, tan importante de las relaciones humanas, librado a la mera transmisión oral de la que no queda constancia (¹⁶⁰).

Vázquez Vialard, por su parte, va más lejos en su amplitud puesto que admite la posibilidad de la expresión tácita, aunque inequívoca (conf. art. 58 LCT), de la rescisión (161).

h) La exención de responsabilidad indemnizatoria.

Ora por entenderse que la extinción durante el período de prueba obedece, presuntamente, a la no aprobación, ora por predicarse que en ese eón el derecho a la estabilidad está supeditado a un plazo, lo cierto es que no quedan dudas de que el empleador no debe la indemnización por despido arbitrario o injusto cuando extingue el contrato durante el período de prueba. Como se anticipó esta exoneración solo opera a favor del patrono pues el trabajador en ningún caso es deudor de indemnizaciones por ruptura del contrato de trabajo.

Esa exención está limitada a la indemnización por despido del art. 245 LCT. En cambio, puede sostenerse válidamente que esa liberación no extiende sus efectos a otras posibles reparaciones patrimoniales que puedan corresponder al trabajador despedido por actos patronales que excedan el legítimo ejercicio de romper el contrato por desaprobación.

Se alude a la posibilidad de que el principal provoque daños adicionales en la ruptura, indebidamente causados, que podrán ser generadores de indemnizaciones por daños y perjuicios. Un ejemplo de ello puede ser el daño moral provocado ante injurias o calumnias provocadas al comunicar el despido. En efecto, si el patrono hace saber públicamente o a terceros que despidió al trabajador por considerarlo inepto, ineficaz o ineficiente, podría incurrir en un exceso generador de responsabilidad.

También se piensa en la posibilidad de considerar abusivo el despido en los términos del art. 1071 del Código Civil, situación que podría dar lugar a una reparación no derivada de la extinción en si misma, como derecho legal, sino como consecuencia del uso

¹⁵⁹ Sala VII, "Adriel, Fernando C/ Tsolokian, Rubén s/ despido". Sent. 33011 del 9-12-99.

¹⁶⁰ Sala VI, Expte. "Arriola, Cristina C/ Hospital Privado para la comunidad SA", sent. 55.219 del 4-9-02.

¹⁶¹ VAZQUEZ VIALARD, ob. cit, pág. 280.

abusivo de ese derecho. En concreto, más adelante analizaremos hipótesis de uso abusivo del derecho a despedir durante el período de prueba (¹⁶²).

i) Régimen de aportes y contribuciones: un aspecto positivo del régimen en la derogada ley 25.250.

Desde 1995, al introducirse nominalmente el período de prueba en nuestra legislación se dio lugar a una utilización infecunda en la contratación, tal como ya lo explicáramos más atrás.

Recuérdese que el apartado 5 del art. 92 bis LCT, en el texto primigenio, eximía a los empleadores (y también a los trabajadores) de los aportes al sistema previsional, al Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y al Fondo Nacional de Empleo (¹⁶³), durante el período de prueba, en sintonía con el apartado 7 de la misma norma que preveía que el lapso trabajado por el dependiente bajo la etapa de prueba solo sería considerado tiempo de servicio si el contrato continuaba luego de transcurrido el período de prueba. Dicho de otro modo, se instaba al empleador a contratar a prueba, a utilizar al máximo el plazo (que en la versión original era de 3 meses, pudiendo los convenios duplicar ese tiempo) y hasta a ocupar un mismo puesto de trabajo con sucesivos y distintos trabajadores siempre bajo prueba.

Amén de los efectos negativos que esta política legal tuvo al desfinanciar aún más el sistema de seguridad social (¹⁶⁴), significó un duro ataque contra el empleo perdurable, al ser usado como un instrumento favorecedor del fraude y el desmejoramiento de la calidad del empleo, legalmente creado, y así está reconocido por legisladores de ambas Cámaras y de todas las posiciones políticas e ideológicas allí representadas en los debates de las reformas que se citaron en la nota precedente.

La ley 25.013, aunque al reducir el plazo a 30 (¹⁶⁵) días desarticuló en gran parte esa nefasta situación, mantuvo en lo sustancial ambos defectos, en la redacción que dio a los apartados 4 y 6 del art. 92 bis LCT

¹⁶² En este caso, es decir cuando se rompe el contrato durante el período de prueba y por no considerarse al trabajador como aprobado, creemos adecuado hablar de un "derecho" a despedir. Fuera de este caso preciso, coincidimos con la opinión de quienes lo conceptualizan como un incumplimiento contractual o ilícito contractual.

¹⁶³ Es decir que sólo cabía hacer aportes y contribuciones para el sistema de obras sociales, y el empleador, además, debía contribuir al subsistema de asignaciones familiares.

¹⁶⁴ Y que fueron claramente denunciadas por las mismas autoridades económicas que tanto bregaron por imponer esa reforma. Esta cuestión aparece también en forma repetida en el debate parlamentario en torno a la reforma que este instituto sufrió con ocasión de las leyes 25.013 y 25.250.

¹⁶⁵ El apartado 6, párrafo 2do., permitió la ampliación convencional del período de prueba a seis meses, pero el párrafo 3ro. de dicho apartado dispuso que, en tal situación, a partir del segundo mes de contratación debían realizarse todos los aportes y contribuciones, sacando implícitamente de la disponibilidad colectiva este tema.

Como se decía, los legisladores y el P.E.N. se hicieron cargo de esta realidad y decidieron en la iniciativa que se plasmó como ley 25.250 atacar el problema creado. Este objetivo bien definido se encuentra repetidamente plasmado en los tres debates parlamentarios del año 2000 y estos permiten advertir que el Congreso consideró indiscutible que no deben cobijarse al amparo de esta figura legal usos abusivos, distorsionados o ilegítimos, línea que afortunadamente fue ratificada por la ley 25.877.

El actual apartado 5 establece –de modo análogo al previsto en el apartado 5 de la redacción de la ley 25.250- sencilla y concretamente que “Las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social”, lo que implica afirmar que ya no hay exenciones para el empleador durante esta etapa del contrato. Concordantemente, el apartado 7 prevé que *“El período de prueba se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la Seguridad Social”*.

En síntesis, el texto actual de la norma legal trata al tiempo de trabajo en período de prueba como parte del contrato ordinario de trabajo, y ya no estimula al empleador a utilizar la figura para disminuir sus contribuciones.

E. Régimen jurídico adoptado frente a las contingencias que pueden sobrevenir durante el periodo de prueba

a) El método de la ley. Las ominosas omisiones.

Debe preguntarse ¿Cuáles son las contingencias que la nueva ley tuvo en cuenta para darles solución en caso de verificarse dentro del período de prueba? Explícitamente, el legislador sólo asumió las referentes al derecho del trabajador a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo (regidas por la ley 24.557), y *“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”*.

Como se ve, sólo se encaró un régimen jurídico frente a la contingencia de enfermedad temporal y se descartó la operatividad del párrafo 4to. del art. 212 LCT , en sintonía con la falta de derecho a la estabilidad durante el lapso de prueba, pero se ha omitido, infaustamente, tratar varias otras contingencias que pueden sobrevenir tales como la elección para cargos gremiales o políticos, el matrimonio de la trabajadora o el trabajador, el embarazo, etc.

Rodríguez Mancini (¹⁶⁶) critica que el legislador de 2004 haya dejado de regular la situación de continuidad posible de la trabajadora que denuncia su embarazo durante el período de prueba, considerando tal omisión una falencia. Lo mismo apunta en orden al caso del trabajador que en uso de sus derechos sindicales, a los que expresamente refiere la norma, se presente como candidato para un cargo gremial, lo que crea para el candidato y eventual elegido una estabilidad que excede el período de prueba. Se comparte su opinión de que tales supuestos debieron ser motivo de tratamiento estableciendo una solución legal equitativa que evite conflictos interpretativos o –añadimos nosotros- soluciones injustas derivadas del silencio normativo.

b) Matrimonio y embarazo.

Cabe preguntarse, pues la realidad lo exige, ¿qué ocurre con la protección a la maternidad y al matrimonio durante el período de prueba?. De igual modo, ¿qué sucede si durante ese lapso se produce la situación contemplada en el art. 181 de la LCT ?; esto es, ¿opera la presunción de que el despido obedeció al matrimonio del trabajador o de la trabajadora?

En base a la tesis que aquí se sostiene, la *prueba*, tanto en el período legal como en el convencional, no es sino un eufemismo que priva de toda estabilidad, por un tiempo, a la relación laboral entablada. Por otra parte, la dispensa de justificar el fracaso de lo que debería constituir un "contrato de ensayo", al decir de De Ferrari, deja al descubierto que la desvinculación dispuesta por las partes no deriva de test alguno. También revela que, pasado el límite temporal que establece la ley o el convenio colectivo, la tutela constitucional recién aparece redefiniendo un vínculo ya existente, aunque de vulnerabilidad extrema hasta ese momento preciso.

Este criterio, al igual que la adopción de cualquier otro que asuma la naturaleza del período de prueba, exige reformular la interpretación de institutos como los señalados - accidente o enfermedad inculpable y la protección del embarazo- si entran en escena durante ese momento de inestabilidad.

Es principio de hermenéutica establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "*para declarar la insubsistencia de una norma como consecuencia de la abrogatio de una ley con la que armoniza y se relaciona, no basta señalar que se había dictado en ocasión de la vigencia de esta última o aun con explícita referencia a ella, sino que es necesario examinar si la norma en cuestión es verdaderamente incompatible con el sistema establecido por la nueva ley pues sólo en este supuesto la sanción de un nuevo precepto producirá la derogación de las normas que tuvieron su razón de ser en el antiguo*

¹⁶⁶ RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, "Observaciones sobre la ley 25.877", ya citado, pág. 41.

(¹⁶⁷). El subrayado nos pertenece, al igual que la convicción de que las tres instituciones señaladas más arriba, típicamente protectorias, no deberían quedar así neutralizadas por el período de prueba. Sin embargo, el ejercicio interpretativo que la doctrina señalada establece, impone las siguientes conclusiones:

En cuanto a las protección a la maternidad y al matrimonio, a nuestro modo de ver, la regla hermenéutica ya reiterada autoriza a una solución distinta en estos supuestos. En efecto, el período de prueba presenta - en estos supuestos - límites más porosos que el que la ley ha fijado para la contingencia de enfermedad.

Quedó dicho que ese período representa, sin eufemismos, la discrecionalidad patronal de despedir sin costos, durante el plazo respectivo. Frente a ello, aparece un bloque normativo que reviste jerarquía constitucional, y que se vincula con la proscripción de prácticas discriminatorias, en razón del estado de familia (¹⁶⁸).

El art. 92 bis LCT , al regular el período de prueba, no ha logrado eliminar esa protección. En efecto, cabe entender que la facultad de despedir en las condiciones que establece la ley, encuentra un reparo preciso ante la notificación que la trabajadora efectúe haciendo saber su gravidez al empleador. En ese caso, el despido dispuesto en el estrecho margen del período de prueba cobra una característica especial: para obtener las indemnizaciones legales, la trabajadora deberá demostrar que el despido responde a una práctica discriminatoria en razón de su estado, y el empleador, a su vez, podrá defenderse probando la existencia de una razón objetiva de despido que averse toda intención de esa índole por su parte. Operará en esta clase de controversia la denominada teoría de la carga dinámica de las pruebas de acuerdo a la cual no solo debe probar aquel que afirmó un hecho controvertido sino que cada una de las partes corre con el deber de demostrar los hechos que contribuyan a determinar lo ocurrido y que esté en mejor condición de acreditar por resultarle posible o más fácil.

La solución adecuada no importa alterar ni el texto ni el espíritu de las normas en juego. Antes bien, responde a otra regla de interpretación ineludible según la cual las leyes han de interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (¹⁶⁹).

La defensa patronal no apunta necesariamente a las cuestiones que se vincularían con la prueba de las condiciones de la trabajadora. Se trata de acreditar que no

¹⁶⁷ C.S.J.N., Fallos: 236:588; 241:174; 295:237; 304:1039; 318:567.

¹⁶⁸ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; Pacto de San José de Costa Rica; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

fue una reacción segregatoria por embarazo o maternidad la que motivó su decisión, lo que tendría la contrapartida de la demostración, por parte de la mujer, de que el distracto sí obedeció a esas razones. Esto supone - como ya se expresó - la destrucción de una presunción *hominis* a favor de esta última (art. 178 LCT) en procura de una solución equilibrada, que respete el mandato constitucional en ese sentido (¹⁷⁰).

Este fue el criterio de la Sala III de la C.N.A.T. en los autos "Guisado de Jakobs, Paula c/KB Servicios SA s/ despido" (¹⁷¹), un auténtico leading case en esta materia.

En la causa "Fernández c/ Bas SA", del 24 de abril de 1998, si bien la Sala IV de la C.N.A.T. invocó aquel precedente, lo decidido trasuntó la aplicación de la presunción del art. 178 citado, señalando que "*la demandada despidió a la actora al otro día de recibir la comunicación que aludía a su estado de gravidez, y lo cierto es que no existe ningún elemento que permita concluir que no tuvo en cuenta esta circunstancia y que, en verdad, su decisión obedeció a una expectativa frustrada de rendimiento*".

En cambio, en la causa "Benítez, Cristina I. c/ Maylinco SA", de la Sala VI de ese Tribunal, el Dr. Horacio H. De La Fuente expresó textualmente: "*la característica propia y especial que distingue la institución del período de prueba es la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda extinguir la relación laboral sin consecuencias indemnizatorias, lo que obsta al progreso de la indemnización especial prevista por el art. 178 de ley de contrato de trabajo en beneficio de la trabajadora embarazada. Admitir la tesis contraria, conllevaría una violación expresa del texto legal y, en su faz práctica, se traduciría en perjuicio de las mujeres trabajadoras ya que los empleadores, frente a la posibilidad de extensión del período de prueba, preferirán contratar hombres*". El Dr. Juan C. Fernández Madrid, en cambio, discurrió de forma diferente: "*si bien directivas de orden constitucional tutelan la situación particular de la mujer embarazada frente a un posible trato discriminatorio, no corresponde hacer lugar a la pretensión deducida persiguiendo la reparación del art. 178 de la ley de contrato de trabajo si la dependiente fue despedida durante el período de prueba, sin notificar su estado de gravidez*".

Todo lo expresado se extiende, indudablemente, al supuesto de despido por causa de matrimonio, que contiene una presunción de idéntica naturaleza a la analizada, y

¹⁶⁹ Fallos: 320:2656 y muchísimos otros.

¹⁷⁰ En similar sentido se ha expedido Vázquez Vialard, afirmando que en tales hipótesis el empleador tiene a su cargo acreditar que la decisión que adoptó no tiene carácter discriminatorio sino que se ha basado en una razón objetiva vinculada a la prueba. Cfr. *Derecho del trabajo...*, ya citado, pág. 279.

¹⁷¹ Sent. del 5/3/98, publicada en TySS, 1998-1037.

que cuenta con compromisos internacionales que, con jerarquía de orden constitucional, protegen la institución familiar (¹⁷²).

En síntesis, la interpretación auspiciada es fiel al principio según el cual en la inteligencia de normas legales, debe preferirse la que mejor concuerde con las garantías y los principios de la Constitución Nacional. Es la discriminación, como conducta repudiada por nuestra Carta Magna, el hecho que debe acreditarse sin menoscabo de las normas protectorias de la maternidad y de la familia, ni del derecho del empleador a despedir según lo autoriza la regulación del período de prueba (¹⁷³).

Porque, cabe reiterarlo, más allá de las motivaciones que puedan animar al empleador a disolver el vínculo como la ley lo autoriza, la discriminación no podría - ni aún íntimamente - estar presente en esa decisión.

Ahora bien, lo dicho es aplicable a los supuestos en los que la contingencia del matrimonio o del embarazo motivaron al empleador a romper el contrato dentro del período de prueba. Resta, entonces, examinar la hipótesis posible de que el principal alegue y acredite que el despido decidido en presencia de alguna de esas situaciones obedeció, realmente, a que la trabajadora no pasó satisfactoriamente el período de prueba.

En tal supuesto opinamos que la ruptura no generará resarcimiento alguno pues en la norma legal no existe ninguna previsión que permita sostener la cobertura de la contingencia o la extensión del contrato por tales causales. Ello desnuda el duro criterio del legislador que ha privilegiado su voluntad de autorizar y legitimar la ruptura del contrato en tal lapso y de soslayar las necesidades sociales de tutela de las trabajadoras ante tales situaciones.

c) Elección para el desempeño de cargos gremiales o políticos.

Lo que se ha señalado en relación a la interpretación armónica del régimen legal resulta aplicable a aquellos casos en los que, Vr. Gratia, el trabajador o la trabajadora sea despedido dentro del período de prueba inmediatamente después de notificar que ha sido elegido o elegida para un cargo representativo en organizaciones gremiales (¹⁷⁴) o para

¹⁷² Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto de San José de Costa Rica.

¹⁷³ Sin embargo, hay opiniones como la liderada por Claudio M. Kiper ("La discriminación", Editorial Hammurabi, Bs. Aires, 1999) sosteniendo que ante la alegación de que ha concurrido un factor de discriminación debe alivianarse la regla formal de la carga probatoria, exigiéndose a ambas partes la demostración de sus respectivas razones. Estamos de acuerdo, en general, en la operatividad de la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

¹⁷⁴ Empero, en materia de representación de base difícilmente se verifique este supuesto ya que la ley 23.551 exige una antigüedad en el puesto de trabajo que deja poco espacio para que se postule y elija a un trabajador en período de prueba. Aunque si se trata de una empresa de "reciente instalación", situación en la que la ley sindical desaplica el requisito de antigüedad, ello será más factible. Por otro lado, en los casos en que el período de prueba resulte ampliado a seis o doce meses la situación podrá configurarse con

el desempeño de cargos electivos según lo dispuesto en el art. 215 de la LCT y puede postularse, como lo hace Ackerman (¹⁷⁵), que de la ley solo derivaría una estabilidad limitada temporalmente por el plazo del período de prueba (¹⁷⁶).

En el primer caso, incluso, podría darse la situación ante la mera candidatura. En tales hipótesis, pero sobre todo en materia de elecciones de índole gremial, es factible presumir la existencia de una razón discriminatoria en el despido y lo dicho se torna aplicable para exigir al empleador la demostración de que tal decisión, efectivamente, se debió a la falta de aprobación del dependiente y no a una represalia discriminatoria.

Más allá de ello, puede entenderse que la ley no reconoce efectos a tales elecciones o candidaturas y, salvo la excepcional posibilidad tratada precedentemente, no les asigna efectos suspensivos del período de prueba ni afecta la posibilidad del empleador de, igualmente, romper el contrato por no aprobación, en contradicción con la garantía expresada en el apartado 4 del art. 92 bis: *“Las partes tienen los derechos y obligaciones propios de la relación laboral, con las excepciones que se establecen en este artículo. Tal reconocimiento respecto del trabajador incluye los derechos sindicales”* (el subrayado es nuestro).

Héctor y Mariano Recalde (¹⁷⁷) predicán otra interpretación y aseveran que el empleador, para rescindir el contrato con un dirigente sindical o candidato sujeto al período de prueba debe iniciar previamente la acción de exclusión de tutela prevista en el art. 52 de la ley 23.551 ya que el art. 92 bis garantiza expresamente al trabajador los derechos sindicales y, entre ellos, el de protección de la estabilidad de los representantes.

d) El art. 92 bis lct y la contingencia de enfermedad.

1) Enfermedad o accidente inculpables.

El art. 92 bis de la LCT en su inciso 6to. establece lo siguiente: “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 de la Ley de Contrato de Trabajo”.

Se ha marcado con negrita el segmento que interesa para el siguiente análisis.

Cabe rememorar lo ya señalado en el anticipo que efectuamos párrafos atrás en el sentido de que el texto originario, el de la ley 24.465, que no fuera modificado en este

alguna frecuencia. Más común resulta en materia de cargos de representación en la entidad gremial pues la ley 23.551 solo reclama antigüedad en la afiliación y no en el empleo.

¹⁷⁵ ACKERMAN, *Período de Prueba*, ya citado, pág. 65.

¹⁷⁶ En sentido similar, RODRIGUEZ MANCINI y CONFALONIERI, ob. ya citada, pág. 23.

¹⁷⁷ RECALDE, Héctor P. y RECALDE, Mariano, ob. cit., pág. 36.

punto por la reforma de la ley 25.013, decía en este punto que: *“El trabajador tendrá derecho durante el período de prueba a las prestaciones por accidentes o por enfermedad del trabajo, incluidos los derechos establecidos para el caso de accidente o enfermedad inculpable, con excepción de lo prescripto en el cuarto párrafo del artículo 212 de esta ley”*.

Había sido por vía del decreto 738/95, art. 2º, que se aclarara que *“La protección especial referida a la permanencia del vínculo laboral correspondiente a situaciones jurídicas sobrevenidas en el curso del período de prueba perdurará exclusivamente hasta la finalización de dicho período si el empleador rescindiere el contrato durante ese lapso. Tal rescisión no generará derecho a indemnización con motivo de la extinción que sobrevendrá a la terminación del período de prueba”*.

La ley 25.250 adoptó un texto idéntico, en la substancia, al actual y cabe señalar que la opción normativa adoptada por la ley del 2000 a la norma no hizo más que dar jerarquía legal al régimen que antes conformaban entre el art. 92 bis LCT y el art. 2 del decreto 738/95.

Pues bien, parece necesario destacar tres pautas y una omisión del texto actual que, como claves de bóveda del régimen, permitirán entender su lógica.

- El legislador decidió dar cobertura a la contingencia sufrida durante este período tan inestable de manera que si el trabajador o la trabajadora sufre una enfermedad o accidente inculpable el empleador deberá concederle la licencia del art. 208 LCT ⁽¹⁷⁸⁾ y abonarle la prestación equivalente al salario durante ese tiempo.

- Mas, a la par, puso la ley un límite adicional a esa cobertura, límite que parece ser una condición pero, en rigor, funciona como un plazo resolutorio pues, como se verá, es inimaginable que esa condición deje de verificarse. Dice la ley que la cobertura no puede extenderse más allá del plazo del período de prueba si el empleador rescindiere el contrato durante ese plazo.

- De lo dicho se advierte que la ley autoriza al empleador a extinguir el contrato mientras el dependiente se encuentra en el período de licencia por enfermedad o accidente inculpable y no ha dispuesto garantías como la establecida en el art. 213 LCT

- No ha dispuesto la ley la suspensión del período de prueba por sobrevenir la contingencia de enfermedad o accidente inculpable.

De estos señalamientos surge lo siguiente.

¹⁷⁸ El plazo máximo sería de tres meses por la escasa antigüedad desarrollada y, en principio duplicable a seis si el beneficiario tuviera cargas de familiar. Empero, enseguida se verá que esta duplicación no puede darse en los hechos por la disposición legal.

La ley no eludió el deber de proteger la indemnidad social del dependiente, es decir que no lo priva de la protección frente a la contingencia de enfermedad o accidente inculpable durante el precario período inicial del contrato, haciendo cargar con tal infortunio al empleador, carente de responsabilidad (¹⁷⁹) quien, desde la postura del legislador, todavía no habría decidido si mantendrá al trabajador en el plantel o no pues, de acuerdo a la tesis oficial del precepto en cuestión, lo estaría sometiendo a pruebas.

En este caso, se observan bien patentizadas las cruciales tensiones de los intereses en juego: la protección del dependiente enfermo y el bill de indemnidad para despedir que se quiso reconocer a los empleadores en el denominado período de prueba.

El legislador parte de reconocer el deber social de dar cobertura al trabajador que se enferma durante el período inestable del contrato de trabajo, pero se desentiende de la extensión de la contingencia pues le pone un límite que no se vincula con la contingencia misma sino con el período de prueba: “...perdurará exclusivamente hasta la finalización del período de prueba si el empleador rescindiere el contrato de trabajo durante ese lapso... (¹⁸⁰)”.

No ha importado al legislador si el dependiente continua sujeto a la contingencia incapacitante. Si termina el período de prueba, culmina la cobertura, esto es: no percibirá más el subsidio del art. 208 LCT y perderá la obra social.

Y no se diga que la caducidad de la protección es solo condicional en razón de que el empleador puede o no rescindir el contrato. Como se anticipara, en los hechos operará como un hecho fatal y no como una condición pues cualquier empleador normal y razonable (¹⁸¹) rescindirá el contrato de trabajo antes de que termine el período de prueba aprovechando que la ley no solo lo permite sino que lo empuja a hacerlo.

La ley lo empuja a hacerlo pues, salvo supuestos muy excepcionales en los que el empleador haya decidido que el trabajador es de gran valor y decida mantener el contrato pese a una enfermedad efímera y típica (¹⁸²), lo habitual es que el empresario

¹⁷⁹ Distinto es el caso del accidente de trabajo o la enfermedad profesional pues allí si media responsabilidad, aún sin culpa, de la empresa. Por eso, atención, la limitación que estamos analizando se restringe a las contingencias inculpables. El régimen de la ley 24.557 es distinto y la responsabilidad sobrevive a la eventual extinción del contrato de trabajo, aún en el caso del empleador no asegurado y en virtud del art. 28 de la LRT.

¹⁸⁰ Y así lo ha resuelto ya la Sala I de la CNAT en autos “Paris, Hugo O. c/ Consorcio de Propietarios del Edificio Emilio Mitre 355” (Sent. N° 90-426 del 6-3-03), señalando que “...resulta claro que la normativa referida al período de prueba autoriza al empleador a extinguir el contrato sin expresión de causa y sin derecho a indemnización, sin que el padecimiento de una enfermedad sea impedimento para ello...” ya que “...el punto 6 del artículo en cuestión resulta claro al limitar las prestaciones por accidente o enfermedad exclusivamente hasta la finalización del período de prueba si el empleador rescindiere el contrato de trabajo durante ese lapso”.

¹⁸¹ No corresponde, en principio, al empresario pensar en la cobertura social, sino en el lucro.

¹⁸² Un resfriado, una gripe, etc.

prefiera no retener a un trabajador que ya desde el comienzo del vínculo sufre enfermedades de relativa o gran importancia, ya que el ausentismo posee grandes costos organizativos, productivos y económicos.

Consecuentemente, la ley lo pone en la opción de ejercer el “derecho” ⁽¹⁸³⁾, creado por la propia norma, de despedir sin invocación de causa, bajo la suposición de que no medió aprobación del examen del período inicial, o dejar que ese lapso pase y el trabajador adquiera estabilidad. Si quiere despedirlo luego, tendrá que pagar las indemnizaciones de los arts. 231 y 245 LCT

Parece obvio que el razonamiento normal llevará al empresario medio a no permitir que se agote el período de prueba y que, probablemente, en medio de la contingencia de enfermedad procederá a notificar su voluntad de rescindir el contrato.

Se argumenta que no podía permitirse que un hecho ajeno al empleador, como la enfermedad o accidente inculpable, pudiera actuar como un puente para que el dependiente saltease un segmento del período de prueba. Sin embargo existía una solución que superaba esa contradicción y evitaba la situación desfavorable que acabamos de describir: esta situación tan negativa no ocurriría si la ley hubiera dispuesto algo tan sencillo como que la contingencia de enfermedad o accidente inculpable suspendiera el período de prueba. Esta era la solución lógica y correcta y así lo prevé, por ejemplo, la legislación española siempre tan observada en nuestro país. El Estatuto de los Trabajadores del Reino de España dispone la suspensión del cómputo del plazo de prueba durante la situación de enfermedad incapacitante y así debió haberse legislado aquí.

Con tal regulación, el empresario no se vería compelido a romper el contrato durante la enfermedad para evitar que se le agote el período de prueba, pudiendo esperar el reingreso del dependiente. A la par, esta disposición permitiría otorgar la cobertura por enfermedad plenamente, sin atarla a la voluntad rescisoria del empleador ⁽¹⁸⁴⁾.

Pero queda al desnudo que el legislador ha optado por privilegiar la posibilidad de que el empleador pueda despedir libremente, sin indemnización por la ruptura, y no ha querido introducirle ninguna clase de limitación.

La cobertura social por enfermedad fue concedida pero solo en la medida en que no afectare aquella primera garantía que el Congreso consideró, evidentemente a nuestro juicio, prioritaria y fundamental. En efecto, en situación de enfermedad o accidente inculpable, la ley autoriza a rescindir el contrato aún en el lapso de esas contingencias,

¹⁸³ En este marco normativo ese despido no constituye un acto ilícito contractual sino el ejercicio del derecho conferido por el art. 92 bis de la LCT, salvo que se pruebe el ejercicio abusivo de esa facultad.

¹⁸⁴ Por añadidura, coartada por el texto legal vigente.

estableciendo que las prestaciones no podrán exceder el límite del período de prueba. Ya no cabe duda alguna respecto del plazo máximo, en caso de desvinculación dispuesta por el empleador, de la carga patronal respecto de esas prestaciones: *“hasta la finalización del período de prueba si el empleador rescindiere el contrato de trabajo durante ese lapso”*, lo que quita toda relevancia a la duración de la licencia por la enfermedad o el accidente inculpables, y *eleva el período de prueba como único módulo temporal válido*.

Resta una duda: ¿qué significa la alusión a “la finalización del período de prueba” como límite de la cobertura de la enfermedad o el accidente inculpables?. Una primera lectura lleva a pensar que, si el empleador decide romper el contrato durante la contingencia, igualmente el afectado gozará de la protección del art. 208 LCT hasta que venza el plazo previsto en la ley como de prueba, es decir hasta que se cumplan los tres meses contados desde la contratación. Empero, hay una segunda lectura que, a disgusto, confesamos que es la que surge de la interpretación literal del precepto bajo análisis: puede entenderse que la tutela de la contingencia culmina cuando termina el período de prueba, y, en la hipótesis en estudio, dicho lapso termina cuando el empleador ejerce el derecho a despedir que el art. 92 bis le confiere.

De todos modos, ante la duda interpretativa es obligatorio optar por la tésis más favorable a la tutela del trabajador, como lo impone la regla “in dubio pro operario” emanada del art. 9 LCT

Esa contundencia consagra la inoperancia, en el contexto del período de prueba, de lo dispuesto por el art. 213 de la Ley de Contrato de Trabajo, norma que dispone, en caso de despido durante el lapso de interrupciones pagas por accidente o enfermedad inculpable -además de las indemnizaciones que hayan de corresponder por despido incausado - que el empleador deberá abonar los salarios correspondientes a todo el tiempo que faltare para el vencimiento de aquélla o a la fecha del alta.

Por lo demás, la plena certeza de que esa fue fielmente la voluntad legislativa de las mayorías surge *a contrario sensu* del dictamen de minoría en la Cámara de Diputados durante el debate que suscitó la ley 25.250, en el que se expresó: *“...impulsamos la plena protección del trabajador en caso de enfermedad o accidente profesional o inculpable, ya que vedamos la posibilidad de que se rescinda el contrato antes de la finalización de la licencia. Asimismo, la ruptura del vínculo antes del vencimiento del período de prueba obliga al pago de la integración del mes de despido. También se garantiza la protección de la mujer trabajadora en la contingencia del embarazo, pues el empleador debe mantener el empleo*

por el plazo que estipula la ley de contrato de trabajo” (¹⁸⁵). Y, por añadidura, este tema crucial volvió a debatirse en 2004 ya que el proyecto que enviara el Poder Ejecutivo Nacional contenía la solución legislativa contraria, es decir la correcta.

En efecto, la propuesta elaborada por la cartera laboral preveía que “*Si el empleador despidiese al trabajador durante el plazo de las interrupciones pagas por accidente o enfermedad inculpable, deberá abonar, además de las indemnizaciones por despido injustificado, los salarios correspondientes a todo el tiempo que faltare para el vencimiento de aquella, o a la fecha del alta, según demostración que hiciese el trabajador*”.

Lamentablemente, el pensamiento triunfante fue el más restrictivo en sendas oportunidades.

Meguira y García (¹⁸⁶) apuntan otro efecto de esta restrictiva protección: el art. 92 bis provoca también una alteración al efecto diferido de la comunicación del despido establecido por el art. 239 de la LCT, en función del cual el preaviso notificado al trabajador mientras la prestación de trabajo se encuentra suspendida por alguna causal con derecho a la percepción de salarios careced de efectos o comienza a correr a partir del momento en que cesa la causa de la interrupción, con lo que se contradice el criterio jurisprudencial sostenido por la CNAT en el Plenario N° 286 “Vieyra, Iris c/ Fiplasto SA” (¹⁸⁷)

En síntesis, la tarea de armonizar la clásica institución de la enfermedad y accidente inculpables en el contrato de trabajo y el nuevo período de prueba evidencia que en caso de despido se ha establecido un tope para las prestaciones, que tiene como límite temporal el mismo período de prueba, así como esa limitación puede generar el sistemático despido del trabajador ante la enfermedad o el accidente sobrevenidos, lo que conspira contra la tan deseada continuidad de la relación y, sin lugar a dudas, pone en riesgo la aplicación práctica de la regulación vinculada a la conservación del empleo y a la reincorporación del trabajador, en contra de los principios superiores de protección al trabajador que inspiran estas últimas normas.

Como corolario de ello, sostenemos que este aspecto del art. 92 bis LCT no respeta el principio de indemnidad del derecho del trabajo, así como tampoco refleja las reglas que derivan de los principios de integralidad y solidaridad de la seguridad social. Y, en particular, viola crucialmente la garantía constitucional que exige a las leyes dar adecuada protección frente al despido arbitrario.

¹⁸⁵ H. Cámara de Diputados, sesión 24 de febrero de 2000.

¹⁸⁶ MEGUIRA, Horacio D. y GARCIA, Héctor O., ob. cit. pág. 21.

¹⁸⁷ Plenario N° 286 de la CNAT, publicado en DT 1996-B-2073.

La norma legal es groseramente nociva pues, allende la desprotección en que deja al dependiente en un momento de especial necesidad, empuja al empleador a romper el contrato y desamparar al afectado.

2) Enfermedad profesional o accidente del trabajo.

Por la singular forma en que está concebida la regulación y cobertura de estas contingencias en la ley 24.557 ⁽¹⁸⁸⁾ resulta difícil establecer con claridad la imbricación de ese régimen con las normas atinentes al período de prueba. No obstante ello, nos parece factible establecer algunas pautas básicas.

1. Toda vez que el período de prueba, tal como quedó dicho, forma parte del contrato de trabajo, resulta indiscutible que las contingencias previstas en el art. 6 de la ley 24.557 que pueda sufrir un dependiente durante aquel lapso están alcanzadas por la cobertura, sin distinción alguna. Así lo dice con absoluta claridad e inequívoca amplitud el apartado 6to. del art. 92 LCT : *“El trabajador tiene derecho, durante el período de prueba, a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo”*.

2. Una vez producida la contingencia que activa la protección, patrimonial y/o asistencial, carecerá de toda relevancia que el contrato de trabajo se extinga (tanto durante el plazo de prueba como luego) y el deber de otorgar y pagar dichas prestaciones sobrevive, en cabeza de la A.R.T., de conformidad con el régimen de la ley 24.557. Si se tratara de un empleador Autoasegurado o de un empleador no afiliado a una A.R.T. (empleador no asegurado a los fines del art. 28 de dicha ley 24.557) la respuesta será la misma pero con la aclaración que esos empresarios, luego del distracto, verán su responsabilidad basada en la ley de riesgos y no en su carácter de empleadores.

Adviértase que la forma de expresión gramatical usada permite verificar que la finalización de la cobertura en caso de rescisión del contrato durante el período de prueba solo se previó para las enfermedades y accidentes inculpables (conforme la segunda frase del apartado 6: *“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”*). Pero el punto seguido que separa la primera declaración (*“Durante el período de prueba el trabajador tiene derecho a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo”*.) de esa restrictiva segunda frase disuelve toda duda posible. Por una vez, hay que decirlo, la redacción del legislador ha sido precisa y unívoca ⁽¹⁸⁹⁾.

¹⁸⁸ Véase en esta misma obra el tratamiento dado por el Director, o bien el *Manual básico sobre la Ley de Riesgos del Trabajo*, de Miguel A. MAZA, Editorial Universidad, Bs. Aires, 2001.

¹⁸⁹ En igual postura, ACKERMAN, *Período de Prueba*, ya citado, págs. 67/68.

Sin embargo, Carlos A. Etala opina de forma distinta. En efecto, dicho estudioso afirma que la ley limita los derechos conferidos solo al período de prueba por lo que, "...cuando se trate de prestaciones de ejecución sucesiva, como los salarios de enfermedad o de incapacidad laboral temporaria (ILT) en caso de accidente de trabajo, la prestación se extinguirá al finalizar el período de prueba, si el empleador rescindiere el contrato durante ese período" (¹⁹⁰). Lo dicho precedentemente resulta suficiente evidencia de que no compartimos esa interpretación. En cambio, Meguira y García (¹⁹¹) comparten la visión aquí sostenida.

e) *El art. 212 LCT*

1) El 4to. párrafo.

Quedó dicho que el legislador clara e indubitadamente ha resuelto que no es aplicable lo preceptuado por el párrafo 4º del art. 212 de la LCT a los casos en que el trabajador sufra incapacidad absoluta permanente dentro del período de prueba. Y ello se compadece con la tradición argentina que niega protección ante la ruptura del contrato por despido o por pérdida de la capacidad laborativa si no se alcanzó la antigüedad de tres meses, tesis plasmada en el ya comentado Plenario "Sawady c/ S.A.D.A.I.C" de la CNAT.

Parece axiológicamente objetable tal decisión política ya que la suma dineraria allí otorgada tiene en miras compensar al trabajador que pierde su empleo por la contingencia social incapacitante y no constituye un supuesto de responsabilidad personal del empleador ya que no media un despido injusto. Más allá de que pueda discutirse -y sería hora ya de que lo debatiéramos- que sea el empresario quien sufrague ese subsidio que debería estar a cargo de la seguridad social, no vemos razón para desamparar al dependiente incapacitado en forma absoluta y permanente por el fortuito hecho de que la contingencia, doblemente desgraciada, le haya sobrevenido antes de la aprobación.

Pero esta inequidad del legislador se torna grave en aquellas situaciones en las que la incapacitación absoluta y permanente deriva de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional.

2) El deber de reintegrar.

Por las razones expuestas al describir la forma en que la ley trata la contingencia de enfermedad resulta casi una quimera que se verifique la situación a que hace referencia el párrafo 1º del art. 212 de la LCT

¹⁹⁰ ETALA, Carlos, *El período de prueba en la ley 25.877*, ya citado, pág. 486.

¹⁹¹ MEGUIRA, Horacio D. y GARCIA, Héctor O., ob. cit., pág. 21.

En efecto, es harto difícil que el trabajador luego de enfermar durante el período de prueba goce de su licencia respectiva y, siempre dentro del lapso de prueba, obtenga el alta médica con incapacidad permanente parcial e intente reintegrarse para realizar tareas distintas a las contratadas pero que podría desempeñar con su estado disminuido de capacidad.

Si así ocurriera, cabe interpretar que el silencio del legislador habilita a considerar vigente y aplicable la obligación patronal de reincorporar al trabajador en tales circunstancias y otorgarle tareas que pueda realizar.

Se sostiene esta solución toda vez que la tutela del inciso 1 del art. 212 resulta compatible con el instituto del período de prueba y además en tanto el legislador no dispensó al empleador de tal deber. Nótese, en tal orden de ideas que el Congreso tuvo claramente en miras el régimen del art. 212 LCT pues expresamente se ocupó del párrafo 4 para excluir su aplicación. Consecuentemente, es lógico pensar que el beneficio del párrafo 1 fue juzgado aplicable y por ello no se dijo nada al respecto.

Si tal obligación no es cumplida parece claro que resultarían de aplicación las demás disposiciones del art. 212 LCT

Es decir que si el empleador tiene tareas adecuadas para ese trabajador y no cumple el deber legal de marras, se considerará que medió despido injustificado. Si, en cambio, la empresa no dispone de tal posibilidad, la indemnización será la del art. 247 LCT.

Ackerman, en cambio, afirma que, pese a que el precepto en estudio no lo diga expresamente ninguno de los tres primeros incisos del art. 212 LCT sería aplicable en el período de prueba, dada la absoluta incompatibilidad de la regla del primer párrafo con una situación laboral privada de estabilidad (¹⁹²).

IV. Contrato a plazo fijo

A. Introducción

Diversas circunstancias y factores de variada índole influyeron para que en el nuevo orden jurídico desarrollado luego de la Revolución Francesa de 1.789, se estableciera como un principio fundamental la limitación en el tiempo de la contratación de servicios personales¹⁹³. Como recuerda De Ferrari, principalmente, fue el temor de revivir la esclavitud, la que llevó al codificador del Código de Napoleón a establecer en el art.1836 como directiva que nadie puede ser obligado a prestar servicios personales, sino temporalmente, y a admitir que la locación de servicios que no fije duración, pueda siempre

¹⁹² ACKERMAN, M. Ob. Cit, , pág. 68.

cesar por voluntad de una de las partes.

Sin embargo, al estructurarse posteriormente la regulatoria propia del contrato de trabajo, las preocupaciones filosóficas, políticas e históricas pasaron a un segundo plano y fueron primordialmente razones de orden económico las que sirvieron de fundamento a las nuevas normas relativas a la duración del contrato. Así las normas laborales inspiradas en la idea de la estabilidad en el empleo, tienden a que la contratación tenga una duración indefinida y abarque toda la vida activa del trabajador, permitiendo el servicio por tiempo indefinido, que estaba prohibido en la legislación civil aludida¹⁹⁴.

De tal modo que la anterior preeminencia del contrato por tiempo determinado cedió el paso a la generalización y afianzamiento del contrato por tiempo indeterminado¹⁹⁵. Claro está que el reforzamiento de la duración indefinida del contrato -como señala Alonso Olea- está concebido y opera en beneficio del trabajador, fundamentalmente interesado en la estabilidad de su empleo, y no como restrictivo de su libertad¹⁹⁶.

B. Derecho positivo.

a) Caracterización.

A partir de la sanción de la LCT, en materia de modalidades contractuales, el ordenamiento laboral argentino se ha inclinado a favor de las contrataciones por tiempo indefinido, dejando a las contrataciones temporales un terreno residual, graduado por el principio de causalidad¹⁹⁷. Así, el art. 90, LCT, establece como principio general que "*el contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado*", condicionando la existencia de la contratación por tiempo o plazo determinado a dos circunstancias: "*a) que se haya fijado en forma expresa y por escrito el tiempo de duración*"; y "*b) que las modalidades de las tareas o actividad, razonablemente apreciadas, así lo justifiquen*". De ahí que el contrato a plazo fijo, según el cual las partes determinan un término cierto para la extinción de la vinculación laboral, se presenta como una *excepción* al principio de la indeterminación del plazo contractual, y su propia existencia esta supeditada al cumplimiento

¹⁹³ LITALA, Luigi, *El contrato de trabajo, traducción de Santiago Sentis Melendo*, Editorial Plus Ultra Buenos Aires, 1946, pág.186.

¹⁹⁴ DE FERRARI, Francisco, *Derecho del Trabajo*, Vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág.168.

¹⁹⁵ CARCAVALLO, Hugo R. *El contrato a plazo fijo en la legislación argentina, en Derecho Individual del Trabajo, en homenaje a M. Deveali*, Heliasta, Buenos Aires, 1.979, pág. 450.

¹⁹⁶ ALONSO OLEA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, Séptima Edición, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1981, pág. 177. El autor señala que la libertad en el trabajo por cuenta ajena que preside la regulación del contrato de trabajo tiene que ser predicada, respecto del trabajador, no solo al tiempo de su celebración, sino a todo lo largo de su duración; lo contrario equivaldría a admitir la posibilidad de una servidumbre o esclavitud contractual.

¹⁹⁷ CONFALONIERI, Juan Angel (h), *Contrato de trabajo eventual*, Astrea, Buenos Aires, 2002, pág.1 y 67. Para este autor el derecho argentino ha concretado el principio de causalidad mediante una doble vía: a) genéricamente, abarcando cualquier tipo contractual por tiempo determinado por medio del inc. b del art. 90, LCT, y b) específicamente, en el ámbito de lo que el legislador llamó "contrato eventual, mediante el art. 99, LCT y los arts. 69 y 72 de la ley 24.013.

de dos requisitos: uno de *forma*: se debe utilizar la forma escrita, estableciéndose en forma expresa la duración de la contratación, y otro *material*: la existencia de una causa objetiva que justifique la temporalidad de la contratación, la que deberá constar en el instrumento que se firme. La sola existencia del acuerdo de partes instrumentado contractualmente por escrito, no basta: es necesario que aquél encuentre efectividad en la existencia real de una causalidad que le de operatividad y vigencia a la contratación a plazo¹⁹⁸.

La circunstancia que el legislador ha sido terminante al autorizar los contratos a plazo fijo sólo cuando " *las modalidades de las tareas o de la actividad razonablemente apreciadas, así lo justifiquen*", ha desarrollado una tendencia doctrinaria y jurisprudencial de modo prácticamente unánime en el sentido que las condiciones establecidas en ambos incisos del citado artículo son *acumulativas* y no alternativas, y por ende, la falta de cualquiera de esas exigencias obstará a la propia existencia de la contratación a término¹⁹⁹. Tal interpretación tiene sustento en la *excepcionalidad* que se le ha dado a la figura del contrato a plazo fijo, como apartamiento de la vocación de continuidad propia de la relación de trabajo (art. 10, LCT), y para evitar que aquella modalidad contractual sea utilizada en fraude laboral.

En el supuesto de inobservancia del requisito del apartado a) del art. 90, LCT, sobre la exigencia que el término contractual sea fijado "*en forma expresa y por escrito*", ello no trae aparejada la nulidad del contrato sino que afecta su limitación temporal, en tanto deviene de tiempo indeterminado. Esta interpretación surge del propio artículo, que establece que el contrato "*se entenderá celebrado por tiempo indeterminado*" salvo que su término resulte de haberse dado cumplimiento a los requisitos de los apartados a) y b), criterio que concuerda, además, con el principio del art. 10, LCT²⁰⁰. Consecuentemente, la formalidad de la escritura, resulta una exigencia *ad probationem* y no *ad solemnitatem*, al no

¹⁹⁸ CNTrab, sala II, 16-5-1995, "Gori, Graciela c/ Red Celeste y Blanca", DT 1995-B, 1388 La jurisprudencia ha considerado que la sola concertación del contrato por escrito, con mención de que es celebrado para cubrir necesidades extraordinarias y no habituales de la empresa, no exonera a ésta de demostrar objetivamente la necesidad temporal de la contratación. CNTrab, sala I, 18-4-1997, "Prelorán, Norma c/ Banco del Acuerdo", DT 1997-B-1797) que la empresa tiene la carga probatoria de demostrar que las modalidades de las tareas justificaban la suscripción del contrato. CNTrab, sala X, 26-8-1996, "Ramirez, Juan D. c/ Copinco Invest SA, DT 1997-A-92. (y que el contrato a plazo fijo no es ajustado a derecho, no obstante celebrarse por escrito, si no se demuestran las razones objetivas que puedan justificar su apartamiento del régimen general en materia de contratos de trabajo.

¹⁹⁹ ARONNA, Carlos César, *Modalidades del contrato de trabajo*, Librería Editora Platense SRL, La Plata, 1996, pág. 45; FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, La Ley, 1989, tº 1, pág. 770; ETALA, Carlos Alberto, *Contrato de Trabajo*, Astrea, 1.998, pág. 200; CNTr. Sala II, 18/08/95, "Lemmi c/ Banco del Buen Ayre", DT 1996-1193; Sala IV, 24/05/91, "Quintero c/ Amoros", DT 1991-1655; Sala V, 21/12/89, "Almirón c/ Abrinco", DLE, 1991-123; Sala X, 26/08/96, "Ramirez c/ Copinco Invest SA 1997-92.

²⁰⁰ ARONNA, Carlos César, *Op. Cit*, pág. 46.

estar afectada la validez del contrato²⁰¹.

b) Duración del contrato.

El *tiempo de duración* de los contratos a plazo fijo, predeterminado por las partes, es la *particularidad esencial* que caracteriza a esta modalidad contractual y la diferencia del contrato de trabajo por tiempo indeterminado, que no tiene un plazo convenido de duración.

La regulación legal establece una *plazo máximo* de duración, dejando el límite mínimo al acuerdo de partes. Así el art. 93, LCT establece: “*El contrato de trabajo a plazo fijo durará hasta el vencimiento del plazo convenido, no pudiendo celebrarse por más de cinco años*”.

Tal límite máximo de duración contractual, se encuentra admitido, tanto que se fije en un solo contrato o a través de la formalización de sucesivos contratos a plazo fijo. Este último supuesto se encuentra previsto expresamente en el párrafo final del art. 90, LCT, receptando su validez cuando no superen, *en conjunto*, los cinco años de duración y se verifique el cumplimiento de los otros dos recaudos fijados por la propia norma (incisos a) y b), art.90, LCT).

Un tema que ha merecido una consideración especial de la doctrina es el caso de la *fijación de un plazo de duración superior al máximo legal permitido*.

Para algunos autores, a partir de la evidencia que las partes han querido celebrar un contrato a plazo, se debe reducir el mismo a lo que la ley marca como **máximo**²⁰².

En cambio otros, se pronuncian sobre su nulidad o conversión en contrato por tiempo indeterminado. Así, Benito Pérez, frente al exceso en el plazo fijado contractualmente, se inclina por la posibilidad que cualquiera de las partes podría pedir la nulidad del contrato, aunque sus efectos sólo alcanzarían al plazo. Consecuentemente aquél no sería nulo sino únicamente anulable el plazo que exceda de cinco años, a partir de cuya fecha el contrato se convertiría en un contrato de tiempo indeterminado²⁰³. A su vez Aronna señala como más ajustado a los principios que informan el derecho del trabajo considerar que el exceso en el plazo máximo fijado por el art. 90 debe producir la conversión del contrato en uno de tiempo indeterminado, ya que " ni el principio de conservación del mismo ni el aún subsistente disfavor legal hacia la limitación del término contractual concilia

²⁰¹ CONFALONIERI, Juan Angel (h), *Op. Cit*, pág.108; DE LA FUENTE, Héctor H, *Duración del contrato de trabajo, en Tratado de Derecho del Trabajo*, Vazquez Vialard, Antonio (dir), Astrea, Buenos Aires, 1982, tº 3, pág. 558. En contra: MANTARAS, Luis, *Las modalidades del contrato de trabajo*, DT 1975-93.

²⁰² RUPRECHT, Alfredo J., *Contrato de trabajo. Ley 20.744*, Lerner, Bs. As., 1974, pág. 150.

²⁰³ PÉREZ, Benito, *El contrato de trabajo a plazo fijo, en Derecho individual del trabajo en homenaje al Prof. M. Deveali*, Heliasta, Bs. As., 1979, pág. 478.

con la reducción de la vigencia de la relación de empleo”²⁰⁴.

En cambio, Etala propone una solución combinada. A su juicio si los contratantes a plazo fijo determinaron un plazo superior al máximo legal, la nulidad del contrato afectará sólo al plazo excedente (art. 43, LCT). La cláusula nula es sustituida de pleno derecho por la cláusula legal (art. 13, LCT), pero como la prohibición del objeto está dirigida al empleador quien no puede invocarla (art. 40, LCT), de hecho, en este caso, queda a voluntad del trabajador elegir entre las siguientes opciones: a) dar por finalizado el contrato una vez vencido el plazo de cinco años; b) considerar al contrato convertido en uno por tiempo indeterminado, y c) invocar el plazo del contrato superior al legalmente permitido si esto lo beneficia, puesto que esa limitación esta fijada en su resguardo²⁰⁵.

Como supuesto especial de *duplicación del plazo máximo de duración* del contrato a plazo la ley 24.013 lo admite en el caso de que el trabajador a contratar acredite ser discapacitado conforme a la normativa vigente (art. 42), lo que implica estar amparado por la ley 22.431, a tenor de la especificación formulada por el decreto 2725/91 (art. 13) reglamentario de aquélla. Consecuentemente, en este caso particular el plazo máximo no podrá exceder de diez años.

c) *El preaviso en el contrato a plazo fijo. Conversión del contrato.*

El art. 94 de la LCT dispone: *“Las partes deberán preavisar la extinción del contrato con antelación no menor de un mes ni mayor de dos, respecto de la expiración del plazo convenido, salvo en aquellos casos en que el contrato sea por tiempo determinado y su duración sea inferior a un mes. Aquella que lo omitiera se entenderá que acepta la conversión del mismo como de plazo indeterminado, salvo acto expreso de renovación de un plazo igual o distinto del previsto originariamente, y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 90, segunda parte, de esta ley”*.

La normativa legal consagra el *deber de las partes de preavisar la extinción del contrato a plazo fijo*, manteniendo un criterio que también fue receptado por la ley 11.729 y que pareciera propio de la contratación por tiempo indefinido, y contradictoria su recepción dentro del contrato por plazo determinado, cuyo vencimiento está fijado de antemano por las partes²⁰⁶.

²⁰⁴ ARONNA, Carlos César, *Op. Cit*, pág. 47 quien agrega que esta solución concuerda con la normativa de los art. 92, 94 y 99, último párrafo, de la LCT, que reflejan la permanente remisión legal al principio general de indeterminación del plazo en casos de dudas o de incumplimientos de los requisitos formales o sustanciales.

²⁰⁵ ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit*, pág. 214.

²⁰⁶ DEVEALI, Mario, *Naturaleza del preaviso y de la indemnización correspondiente*, DT, 1957-577. Ya durante la vigencia de la ley 11.729 la adopción de la institución del preaviso en los contratos a plazo fijo, suscitó las críticas de autorizada doctrina por parecer innecesario dar certeza al momento resolutorio del contrato cuando ya éste ha sido previamente convenido. Al respecto, Unsain, comentando la ley citada, señalaba que “, no se explica suficientemente esta disposición de la ley” cuando de antemano las partes conocen la fecha de su

La explicación de su inclusión, la da Centeno, señalando que el preaviso en los contratos por plazo determinado cumple una *función diferente*, ya que más que "pre-avisar" el momento de la extinción del contrato (función que se cumple en los contrato de duración indefinida), en aquéllos, cumple la misión de evitar que al vencimiento del término pactado el contrato se reconduzca y se convierta en un contrato de plazo determinado²⁰⁷.

Consecuentemente, podemos señalar las *diferencias de regulación*²⁰⁸ entre lo fijado para el deber de preavisar de las partes en el contrato a plazo fijo (art. 94, LCT), con lo normado para el contrato por tiempo indeterminado (art. 231, LCT; art. 6, ley 25.013 y art. 95, ley 24.467). Si bien las diversas regulaciones tienen en común que consideran al preaviso como un aviso anticipado de la finalización del contrato, se distinguen otros aspectos: a) en el contrato a plazo fijo, el preaviso cumple la función de ratificar la fecha de vencimiento, confirmando su extinción y evitando su conversión en uno por tiempo indeterminado; b) los *términos* de preaviso son distintos en ambos tipos de contratos: mientras en el contrato a plazo fijo las partes²⁰⁹ deben preavisar con una antelación no menor de un mes ni mayor de dos meses respecto de la expiración del término contractual, solución que la ley ha receptado de la doctrina plenaria que con anterioridad a su sanción había fijado la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo²¹⁰; en la contratación por tiempo indeterminado, se debe distinguir: 1) contratos celebrados antes del 3-10-98, rige el artículo 231 de la LCT que fija en un mes el plazo de preaviso, cualquiera que fuese su antigüedad en el empleo, cuando el mismo fuera otorgado por el trabajador y en uno o dos meses –según sea ella inferior o superior a cinco, años, respectivamente- cuando deba ser dado por el empleador, aclarando que ello es así cuando las partes no lo fijen en un término mayor; 2) contratos celebrados a partir del 3-10-98, fecha de entrada en vigencia de la ley 25.013, el preaviso debe darse con la siguiente anticipación: por el trabajador, de quince(15) días, y por el empleador, de quince (15) días cuando el trabajador tuviese una antigüedad en el empleo de más de treinta (30) días y hasta tres (3) meses; de un (1) mes cuando el trabajador tuviese una antigüedad en el empleo de más de tres (3) meses y no exceda de cinco (5) años y de dos (2) meses cuando fuere superior, con la misma salvedad señalada

expiración (Unsain, Alejandro M., Empleados de comercio, V. Abeledo Editor, Buenos Aires, 1935,p. 150), y Deveali puntualizaba que el referido instituto es propio de los "contratos de ejecución continuada".

²⁰⁷ CENTENO, Norberto, en López, Justo, Centeno, Norberto y Fernández Madrid, Juan Carlos, *Ley de contrato de trabajo comentada, Contabilidad Moderna*, Buenos Aires, 1977-416.

²⁰⁸ ARONNA, Carlos César, *Op. Cit.*, pág. 50, ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit.*, pág. 215; LIMA, Osvaldo J., *Contrato de trabajo a plazo fijo y régimen de preaviso*, TSS, 1977-358. En igual sentido se ha pronunciado la jurisprudencia: CNTrab, sala I, 30-9-1985, TSS, 1986-135; sala II, 14-9-1976, TSS, 1977-358.

²⁰⁹ El artículo 94 no distingue con relación a quien lo deba otorgar, de modo que los términos establecidos son de aplicación tanto respecto al trabajador como al empleador.

²¹⁰ Fallo plenario número 182, del 05-10-72, "Natale, Susana E. c/ Bonafide SA" CNAT, en pleno, 5-10-72, DT, 1972, págs. 789 y sgts. En igual sentido, CNAT, plenario 201, 9-12-74, en TySS, 1975, p. 48.

precedentemente que deja librada a la autonomía contractual la fijación de un término mayor (art. 6, ley 25.013); c) contratos celebrados por pequeñas empresas regidos por la ley 24.467: el término del preaviso es de un mes, para ambas partes, cualquiera que fuese la antigüedad del trabajador (art. 95, ley 24.467). De ello se puede deducir que mientras en el contrato a plazo fijo se establece un *tope al término mayor* del preaviso de dos meses (art. 94, LCT), el mismo no resulta de aplicación en los contratos por tiempo indeterminados regidos por el ordenamiento general (art. 231, LCT) y por la ley 25.013 (art. 6), y con respecto a los incluidos en la órbita de la ley 24.467, rige un único término de un (1) mes; c) en cuanto al *comienzo del cómputo*, el art. 233 de la LCT establece que el plazo correrá a partir del primer día del mes siguiente al de su notificación, determinando, en consecuencia, que cuando la extinción del contrato dispuesta por el empleador se produzca sin preaviso y en fecha que no coincida con el último día del mes, la indemnización sustitutiva se integrará con una suma igual a los salarios faltantes hasta ese día. En cambio, para el preaviso del contrato a plazo fijo no rige la disposición del art. 233 de la LCT, es decir, no empieza a correr a partir del primer día del mes siguiente al de su notificación, sino a partir del día siguiente a la misma²¹¹. Esta última directiva resulta actualmente aplicable también a los contratos por tiempo indeterminados, celebrados a partir del 03-10-98 (arts. 5 y 6, ley 25.013) y los comprendidos dentro del régimen de la pequeña empresa (art. 95, ley 24.467), y d) en el contrato a plazo fijo cuya duración sea inferior a un mes no rige el deber de preavisar.

Por imperio de la previsión del art. 94, LCT, la falta de preaviso en término trae aparejado su *conversión en uno de tiempo indefinido*. De ello quedan exceptuados los casos en que mediare acto expreso de renovación por un término igual o distinto del previsto en el contrato originario, sujeto a las exigencias propias de esta modalidad contractual: a) que la celebración del nuevo contrato sea por escrito; b) que responda a razones objetivas que justifiquen tal tipo de contratación y c) que la suma de los términos de los diversos contratos no exceda el máximo de cinco años que establece el art. 93, LCT para el contrato a plazo fijo²¹².

Una situación especial se plantea sobre la exigencia del preaviso con relación a la contratación a plazo por un *término inferior a un mes*. Dado que en el texto primitivo de la LCT, no se dirimía la cuestión, las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales se pronunciaron

²¹¹ Con ello se elimina el pago integrativo de los salarios del mes en que se comunica el preaviso, a diferencia de lo que ocurre en la hipótesis del artículo 233 de la LCT.

²¹² POSE, Carlos, *Ley de Contrato de Trabajo anotada*, David Grinberg, Buenos Aires, 2.001, pág.171.

en contraria de su procedencia²¹³. Con la reforma de la ley 21.297, en el texto vigente del artículo 94, se agregó la excepción al deber de preavisar referida a *“aquéllos casos en que el contrato sea por tiempo determinado y su duración sea inferior a un mes”*, receptando expresamente la mencionada interpretación.

Por último, si bien la jurisprudencia se ha pronunciado por la invalidez del preaviso otorgado al concertarse el contrato²¹⁴, nos adherimos a quienes afirman la posibilidad de su otorgamiento simultáneamente con la iniciación del contrato a plazo cuando este tenga una duración de uno o dos meses, que constituyen los límites mínimo y máximo legalmente contemplados. Incluso, si tiene un mes de duración, el otorgamiento simultáneo con su celebración resultará inevitable, para evitar de incurrir en la figura del preaviso insuficiente asimilable al incumplimiento (art. 232, LCT)²¹⁵.

d) Extinción del contrato.

La extinción del contrato a plazo fijo plantea diversas situaciones, según que el mismo se produzca por el cumplimiento del plazo previsto contractualmente o antes del mismo, ya sea por el empleador o por el trabajador. Igualmente habrá que analizar si ha mediado o no causa justificada y el régimen indemnizatorio aplicable.

1) Vencimiento del plazo.

El primer supuesto a analizar se presenta con el vencimiento del plazo pactado, lo que supone su íntegro cumplimiento, y traduce la extinción normal del contrato a plazo fijo. En la LCT, dos normas regulan específicamente este tipo de extinción contractual, fijando los recaudos para su procedencia y el sistema indemnizatorio a aplicar. Así, el segundo párrafo del art. 95 de la LCT establece que *“cuando la extinción del contrato se produjere mediante preaviso y estando el contrato íntegramente cumplido, el trabajador recibirá una suma de dinero equivalente a la indemnización prevista en el art. 250 de esta ley”*. Y a su vez, el mencionado art. 250, LCT, ubicado en el título XII: *“De la extinción del contrato de trabajo”*, dispone que *“Cuando la extinción de contrato se produjera por vencimiento del plazo asignado al mismo, mediando preaviso y estando el contrato íntegramente cumplido, se estará a lo dispuesto en el artículo 95, segundo párrafo de esta ley, siendo el trabajador*

²¹³ ARONNA, Carlos César, *Op. Cit.*, pág. 51 recuerda que la jurisprudencia en el orden nacional y en la provincia de Buenos Aires, a través de la doctrina legal de la Suprema Corte, se inclinó en el sentido contrario al deber de otorgar preaviso en estos casos (CNAT, Sala I, 14-6-55, en DT, 1956, pág. 227; SCBA, 7-6-60 en DT, 1960, pág. 457; SCBA, 31-10-61, DT, 1962, pág. 216.), receptando la opinión de Deveali, para quien siendo el contrato de duración inferior al término mínimo fijado por la ley, se estaría, de exigírselo, frente a una obligación de cumplimiento imposible, y como tal, contraria a las previsiones del artículo 953 del Código Civil (DEVEALI, Mario L. *Problemas que ocasiona la resolución ante tempus del contrato a plazo* (nota a fallo), DT, 1962, pág. 216).

²¹⁴ CNAT, plenario 182, "Natale, Susana E. c / Bonafide SA", 5/10/72, DT, 1.972-789.

acreedor a la indemnización prevista en el art. 247, siempre que el tiempo del contrato no haya sido inferior a un año”.

Al determinar el legislador la procedencia del pago de una *indemnización reducida*, equivalente a la prevista para el despido por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo no imputable al empleador del art. 247, LCT (o en su caso, la del art.10 de la ley 25.013, para los contratos celebrados a partir del 03-10-98), se trata de una *compensación* por el tiempo de servicios, atento a que no se está en presencia de un verdadero despido, y que por el contrario se instituye para un contrato íntegramente cumplido²¹⁶.

En consecuencia, para que el trabajador resulta acreedor de la indemnización señalada, del juego armónico de las normas citadas surge que se deben reunir tres requisitos: a) el vencimiento del término contractual, b) el otorgamiento del preaviso y c) que la duración del contrato no sea inferior a un año. Al efecto, siguiendo la pauta general del art. 18, LCT se deberán computar la totalidad del lapso de vigencia que corresponda a los sucesivos contratos a plazos celebrados²¹⁷.

Correlativamente, la ausencia de alguno de estos requisitos produce sus consecuencias. Si la duración del contrato es inferior al año, por imperio del último párrafo del art. 250, LCT, el trabajador se verá privado del derecho de percibir indemnización alguna. La falta de otorgamiento del preaviso, implica que aquella parte del contrato que lo omitiera “... *acepta la conversión del mismo como de plazo indeterminado, salvo acto expreso de renovación de un plazo igual o distinto del previsto originariamente...*” (art. 94, LCT). Y a su vez, la ruptura del contrato sin causa justificada con anterioridad al vencimiento del plazo contractual está prevista en el artículo 95 de la LCT, y la analizaremos seguidamente.

2) Ruptura ante tempus del contrato.

La extinción *ante tempus* del contrato a plazo fijo, puede serlo con justa causa o en forma injustificada. En el primer caso, será de aplicación lo normado por el art. 242, LCT, según el cual una de las partes podrá extinguir el contrato con fundamento en el incumplimiento grave de la otra a sus obligaciones contractuales, que revista una gravedad tal que no admita la prosecución de la relación. Frente al despido por justa causa dispuesto por el empleador, la extinción del contrato se produce de inmediato, sin necesidad de preaviso, y sin derecho a indemnización alguna para el trabajador.

En cambio si media un despido injustificado por parte del empleador (o en su

²¹⁵ ARONNA, Carlos César, *Op. Cit*, pág. 52

²¹⁶ MEILIJ, Gustavo Raúl, *Contrato de Trabajo, Depalma*, Buenos Aires, 1.980, T.I, p.362; ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit*, pág. 220.

²¹⁷ ARONNA, Carlos César, *Op. Cit*, pág. 53

caso, el trabajador denuncia el contrato por justa causa, invocando un despido indirecto; art. 246, LCT), procederán las indemnizaciones que se analizan a continuación. También se considerará por separado la situación que se plantea cuando media una renuncia del trabajador o éste invoca un despido indirecto que resulta injustificado.

2.1) Por el empleador.

La extinción *ante tempus* del contrato a plazo fijo se encuentra regulada por el primer y tercer párrafo del art. 95, LCT, determinando que : *“en los contratos de trabajo a plazo fijo, el despido injustificado dispuesto antes del vencimiento del plazo, dará derecho al trabajador, además de las indemnizaciones que correspondan por extinción del contrato en tales condiciones, a la de daños y perjuicios provenientes del derecho común, y la que se fijará en función directa de los que justifique haber sufrido quién los alegue o los que, a falta de demostración, fije el juez o tribunal prudencialmente, por la sola ruptura anticipada del contrato ...*

“... En los casos del párrafo primero de este artículo, si el tiempo que faltara para cumplir el plazo del contrato fuese igual o superior al que corresponda al de preaviso, el reconocimiento de la indemnización por daño suplirá al que corresponda por omisión de éste, si el monto reconocido fuese también igual o superior a los salarios del mismo”.

Este artículo, inspirado en la jurisprudencia plenaria, anterior a la LCT, de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo²¹⁸, introduce la novedad de admitir dos tipos de indemnizaciones para la ruptura anticipada del contrato a plazo fijo: 1) la indemnización común por despido y 2) la indemnización de daños y perjuicios provenientes del derecho común. Ello reviste carácter excepcional en una rama del derecho caracterizada por el predominio casi excluyente de las indemnizaciones tarifadas²¹⁹. Veamos por separado cada una de ellas.

2.1.1) Indemnizaciones comunes por despido.

Frente a la ruptura injustificada y anticipada de un contrato a plazo fijo, en primer lugar, se reconoce a favor del trabajador la procedencia de las indemnizaciones que “corresponden por extinción del contrato”, siendo aplicables las que con carácter general determinan para el despido arbitrario, los arts. 245 y 232, de la LCT para los contratos celebrados con anterioridad al 03-10-98, y los arts. 6 y 7 de la ley 25.013, para los concertados a partir de esa fecha. A su vez, con relación al régimen de la pequeña empresa deberá estarse a lo dispuesto por el art.95 de la ley 24.467 en cuanto al cálculo de la

²¹⁸ Plenario número ocho del 11-7-50, en los autos “Czysch, Alejandro c/ Siemens Schuckert SA” referido a la regulación del contrato a plazo fijo de la entonces vigente ley 11.729, DT, 1950, pág. 471 y sgts.

²¹⁹ ACKERMAN, Mario, *Ruptura ante tempus del contrato de trabajo artístico a plazo fijo. Existencia y reparación del daño moral*, LT XXIX-85.

indemnización sustitutiva del preaviso.

Sin embargo, con respecto a la indemnización por falta de preaviso se deberá tener presente la directiva del último párrafo del art. 95, LCT que condiciona el otorgamiento de aquélla en función del término que falta para la expiración del contrato, entendiéndose que cuando el plazo faltante es igual o mayor al que corresponde por preaviso, la indemnización sustitutiva no procede, dado que la que se reconozca por lucro cesante sustituye al plazo de preaviso y juega el mismo rol²²⁰. Con ello se evita de superponer dos indemnizaciones por una misma causa, lo que resultaría inadmisibles²²¹.

2.1.2) Indemnizaciones de derecho común.

En lo que respecta a la indemnización de daños y perjuicios proveniente del "derecho común", resultan de aplicación las normas del Código Civil, que regulan los efectos del incumplimiento de los contratos (arts. 511, 519, 520, 521, 522 y concordantes)²²². La principal cuestión a dilucidar es determinar *el quantum* de la indemnización que el juez o tribunal deben fijar "en función directa de los que justifique haber sufrido quien los alegue" o los que, a falta de demostración fijen prudencialmente "por la sola ruptura anticipada del contrato" (art. 95).

La doctrina mayoritaria coincide que en principio se deben tomar como parámetro los salarios dejados de percibir por el trabajador hasta la finalización del plazo previsto en el contrato²²³. Sin embargo ello no obsta a que se pueda determinar por el Tribunal una suma mayor, cuando el trabajador acredite otros daños²²⁴, o que se pudiera establecer una suma menor (por ejemplo, si se acredita que el trabajador obtuvo empleo antes de agotarse el tiempo que hubiera correspondido al contrato a plazo) o que no hubo perjuicio²²⁵. En

²²⁰ ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit.*, pág. 219

²²¹ ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit.*, pág. 219. MEILIJ, Gustavo Raúl, *Op. Cit.*, pág. 214.

²²² ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit.*, pág. 218. En cambio, la CS de Tucumán, 30/4/1982, TSS, 1983-248 ha señalado que la indemnización establecida en el art. 95, LCT es una indemnización de daños y perjuicios fundada en distintas disposiciones del derecho común, o sea los arts. 1068, 1069, 1109 y 1113 del Cód. Civil.

²²³ ARONNA, Carlos César, *Op. Cit.*, pág. 55 citando en su apoyo la postura de BARASSI, Ludovico, *Tratado de derecho del trabajo*, Alfa, Buenos Aires, 1954, T° III, pág. 249 y las opiniones de PÉREZ, Benito, *El contrato de trabajo a plazo fijo, en homenaje a M. Deveali*, Heliasta, 1979, pág. 495. CENTENO, Norberto O., en López, J.-Centeno N.O.- FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Ley de contrato de trabajo comentada.*, T° I pág. 419. FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado práctico de derecho del trabajo*, La Ley, Bs. As. 1989, T° I, pág. 800, ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit.*, pág. 571. En igual sentido, CNAT, Sala VI, 9/2/95, TSS, 1.996-235.

²²⁴ La Sala II, de la CNAT, 12/9/91 ha dicho: "La indemnización de derecho común que prevé el art.95 de la LCT debe comprender el perjuicio efectivamente causado o la ganancia de que se privó al damnificado por el incumplimiento contractual, es decir, no sólo las remuneraciones pactadas sino también todas las demás prestaciones que derivarían de haberse agotado normalmente el plazo".

²²⁵ SCBA, 3-3-92, "Paillacheo Ojeda, Rubén c/ Jáuregui y Cía. SA", DJBA, 13-10-92, págs. 5359 y 5360; TSS, 1992-845. La Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Buenos Aires, ha señalado que "si bien el art. 95

definitiva, al no ser una indemnización tarifada, se podrá alegar y demostrar que el daño ha tenido una extensión diferente²²⁶. Claro está que para el supuesto de no haberse probado haber sufrido algún daño, se estará a lo que fije prudencialmente el Juez o Tribunal interviniente por la sola ruptura anticipada del contrato, para lo que se toma generalmente como base a los salarios que el trabajador habría devengado hasta la finalización del término contractual.

Por tratarse de una indemnización de daños fundada en las normas del derecho civil, admite que se adicione a la reparación del daño material, el *daño moral* producido, ya que el art. 522 del Código Civil prevé la reparación de este tipo de daño "*de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso*".²²⁷ Como señala Centeno ello adquiere una dimensión especial en materia propia del contrato de trabajo, ya que la ocupación efectiva (art. 78, LCT) del trabajador reporta no sólo ventajas materiales para éste, sino de otra índole (caso de deportistas, actores, ejecutantes musicales u otras formas de trabajo artístico), que no caben estrictamente en aquéllos involucrados en las pérdidas sufridas y utilidades materiales dejadas de percibir (art. 519 del Cód. Civil)²²⁸.

2.2) Por el trabajador.

No obstante la falta de previsión legislativa al respecto, no hay duda que el trabajador también responde por los daños y perjuicios que cause por su ruptura anticipada del contrato a plazo fijo, ya sea por renuncia intempestiva al empleo o por despido indirecto carente de justa causa.

Claro está que en este supuesto, los criterios a seguir para determinar el daño variarán, por cuanto no ha de ser en base a los salarios dejados de percibir, debiendo graduarse la indemnización de derecho común conforme a los perjuicios que el empleador demuestre o los que el juez o tribunal fije prudencialmente por la sola ruptura anticipada del contrato. Al efecto se han de considerar, entre otros aspectos, las condiciones personales

de la LCT confiere al empleado, ante la ruptura anticipada e incausada el contrato de trabajo a plazo fijo, el derecho al cobro de un resarcimiento de daños y perjuicios a determinar por los jueces en función directa de los que se justifique haber sufrido o los que, a falta de demostración, fije el juez o tribunal prudencialmente por la sola ruptura anticipada del contrato, nada obsta a que el principal demuestre en juicio que el daño se sufrió en menor medida o simplemente que no existió" ..

²²⁶ ARONNA, Carlos César, *Op. Cit*, pág. 57

²²⁷ CNTrab, sala VI, 31-10-86, TSS, 1987-992.

²²⁸ CENTENO, Norberto, *Op. Cit*, pág. 419. Ackerman en una nota crítica al fallo de la Sala I de la CNAT, 30-4-80, Berconsky, Roxana Graciela c. Hella SA, que le rechazó el agravio moral a una artista que había sido reemplazada sin causa en el papel protagónico para el cual había sido contratada, señala que en el caso del trabajo de los artistas, el distracto ocasiona normalmente la pérdida de bienes inmateriales de distinta y mayor entidad que los que son afectados en el caso del trabajador común (la expectativa de la creación artística, la figuración, el prestigio, etc.). Y la pérdida de todo esto es lo que configura el daño moral que la privación arbitraria del empleo ocasiona al artista (ACKERMAN, *Ruptura ante tempus del contrato de trabajo artístico a plazo fijo*, LT XXIX-85).

irremplazables del dependiente (artísticas, profesionales, deportivas, etc.)²²⁹ o la utilidad perdida por la falta de prestación laboral del trabajador²³⁰.

V. El contrato de trabajo eventual.

A. Introducción.

La denominación de esta modalidad contractual nos da una primera aproximación sobre la figura a analizar. Hablar de "eventual", nos acerca a la idea de algo "sujeto a evento o contingencia"; que se trata de un hecho "incierto". Se considera que "eventual" es lo contrario de lo "cierto o seguro".

Por ello, se utiliza esta denominación para aludir a relaciones laborales que se caracterizan por ser *intrínsecamente transitorias*, destinadas a no perdurar (la vinculación carece de permanencia), y se sabe desde su inicio que el vínculo va a extinguirse cuando concluya la tarea encomendada²³¹. Se presenta como una especie de los contratos por tiempo determinado, cuyo término de duración queda *subordinado a un hecho futuro incierto*, cual es el cumplimiento de la tarea concreta para la cual fue contratado el trabajador (contrato para obra o servicio)²³².

En materia de *relaciones laborales transitorias*, la doctrina tradicionalmente ha distinguido diversas subcategorías²³³: 1) trabajadores *eventuales*: los que realizan tareas normales de la empresa, pero cuyos servicios se requieren cuando el ritmo de la producción obliga a incrementar el personal (por "picos" de trabajo); 2) trabajadores *accidentales u ocasionales* a aquellos que prestan servicios que no coinciden con la actividad habitual del empleador, y son requeridos para cubrir necesidades *momentáneas* de la empresa²³⁴; 3) trabajadores *suplentes*: quienes cumplen tareas normales de la empresa, pero sólo mientras dure la ausencia del trabajador efectivo a quien reemplazan. A este cuadro de relaciones transitorias se le agrega el contrato para *obra determinada*: en cuyo caso la vinculación se extingue al concluir ella, dado que su ejecución sirvió de base para establecer la duración del contrato.

En la conceptualización de los trabajadores eventuales, Ferro señala que "son los

²²⁹ ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit.*, pág. 219, FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, *Op. Cit.*, pág. 782.

²³⁰ RIVA SANSEVERINO, Luisa, *Corso di Diritto del Lavoro*, CEDAM, Padua, 1937, pág. 432 citado por Aronna, Modalidades, pág. 58.

²³¹ DE LA FUENTE, Horacio, *Op. Cit.*, t. 3º, pág. 545.

²³² DE LA FUENTE, Horacio, *Op. Cit.*, t. 3º, pág. 545.

²³³ DE LA FUENTE, Horacio, *Op. Cit.*, t. 3º, pág. 545.

²³⁴ CABANELLAS, Guillermo, *Compendio de Derecho Laboral*, Omeba, Buenos Aires, 1986, t. 1º, pág. 483 pone como ejemplo una empresa telefónica que contrata personal eventual con el fin de abrir zanjas para la colocación de sus líneas telefónicas en las distintas localidades por donde pasen sus cables, y a su vez, contrata un obrero para levantar un poste derribado por una tormenta. En el primer caso el trabajo es eventual, y en el segundo, es accidental o transitorio.

que prestan sus servicios en tareas normales de la empresa, pero lo hacen cuando el ritmo en el desenvolvimiento de la misma sufre una variación que requiere la ocupación de más trabajadores. Su diferencia con el permanente radica en que mientras este último es llamado a prestar servicios cuando la empresa se desenvuelve normalmente, aquél lo es para hacerlo en circunstancias no normales"²³⁵. A ello agrega Hernainz Márquez: "La esencia fundamental de los eventuales queda determinada negativamente, por no suponer una adscripción fija e indefinida del trabajador a la industria a la cual presta sus servicios y positivamente, por lo accidental de su función, que puede ser extinguida por la simple determinación bien del tiempo por el cual se convinieron los servicios, o ya por la conclusión de la obra a realizar, sin que en uno u otro caso pueda estimarse el caso como un despido"²³⁶.

En definitiva, la contratación eventual a diferencia de la por tiempo indeterminado, carece de vocación de perdurabilidad (permanencia), agotándose en el cumplimiento de un servicio, la ejecución de una obra o, en general, la satisfacción de un resultado concreto tenido en vista al tiempo de su celebración²³⁷.

B. Derecho Positivo.

a) Caracterización.

Sobre la contratación eventual, antes de la sanción de la LCT, se reconocen antecedentes de índole legislativa y jurisprudencial que anticipan esta modalidad. Así, el decreto ley 33.302/45, en su art. 2 consideraba empleado u obrero a toda persona que realizara "tareas en relación de dependencia para uno o varios empleadores, alternativa, conjunta o separadamente, en forma permanente, provisoria, transitoria, accidental o supletoria...", y la vía jurisprudencial desde una fecha anterior, a partir del fallo plenario de la Cámara de Apelaciones de Paz Letrada en los autos "Bunda, Miguel c/ Siemens Baunnion y

²³⁵ FERRO, Horacio, *El derecho a la estabilidad en Estudios en memoria de Alejandro Unsain*, Buenos Aires, 1954, pág. 148.

²³⁶ HERNAINZ MÁRQUEZ, Miguel, *Los trabajadores de campaña*, en *Revista de Derecho Privado*, noviembre 1958, pág. 921 citado por PLA RODRÍGUEZ, Américo, *Curso de derecho laboral*, tomo II, Vol. I, ed. Acali, Montevideo, 1.978, pág. 204.

²³⁷ GUIBOURG, Ricardo., *El contrato de trabajo eventual*, DT, T° 35 (1975), pág. 524., BERNASCONI, Hernán, *El contrato de trabajo eventual. Caracterización y efectos*, LT, 1979, pág. 225; RAINOLTER, Milton Antonio., *Naturaleza y régimen del trabajo eventual* (nota a fallo, pág. 44), TSS, 1979.; FINOCCHIETTO, Mabel Elisa, *El contrato de trabajo eventual*, JTA año I, 80/1, pág. 283; ETALA, Carlos Alberto, *El contrato de trabajo eventual en la actividad artística*, DT, 1983, pág. A-402.; CARRANZA, Guido y SPANO, Rodolfo Carlos, *El trabajo eventual y su evolución en la doctrina, jurisprudencia y legislación de nuestro país*, TSS, 1983, pág. 1133; PAWLOWSKI DE POSE, Amanda Lucía, *Acerca del contrato de trabajo eventual*, DT, 1987, pág. A-188; Id., *Tutela del trabajador eventual en caso de enfermedad inculpable*, DT, 1987, pág. A-50. BABIO, Alejandro Oscar, *El contrato de trabajo eventual*, DT, 1989, pág. 355; CAUBET, Amanda B, *Trabajo eventual*, DL, Abril/91, pág. 335, MAZA, Miguel A., *Contrato de trabajo eventual: Límites al uso fraudulento*, DL, Dic/94, pág. 1011; MONTORO GIL, Gonzalo, *El trabajo eventual y el período de prueba*, DT 1999-A-238.).

otro”²³⁸.

Luego la figura es receptada por el art. 99 de la LCT, hoy reformado por el art. 68 de la ley 24.013, que expresa: “Cualquiera sea su denominación, se considerará que media contrato de trabajo eventual cuando la actividad del trabajador se ejerce bajo la dependencia de un empleador para la satisfacción de resultados concretos, tenidos en vista por éste, en relación a servicios extraordinarios determinados de antemano o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, toda vez que no pueda preverse un plazo cierto para la finalización del contrato. Se entenderá además que media tal tipo de relación cuando el vínculo comienza y termina con la realización de la obra, la ejecución del acto o la prestación de servicio para el que fue contratado el trabajador.

“El empleador que pretenda que el contrato inviste esta modalidad, tendrá a su cargo la prueba de su aseveración”.

La regulación se ve completada por lo normado por los arts.69 a 74 de la ley 24.013.

Para la caracterización del contrato de trabajo eventual, hemos de analizar por separado sus diferencias con relación al contrato a plazo fijo, y el encuadre jurídico que se le asigna al modelo argentino sobre tal modalidad contractual.

1) Diferencias del contrato de trabajo eventual con el contrato a plazo fijo.

Tanto el contrato a plazo fijo como el eventual, ambos pertenecen al género de los contratos de trabajo por *tiempo determinado*, y constituyen una excepción al principio de indeterminación del plazo establecido en el art. 90, LCT. Pero se diferencian porque el plazo del contrato de trabajo a plazo fijo es *cierto* (art. 567, Cód. Civil); en cambio en el contrato eventual es *incierto* (art. 99, LCT y art. 568, Cód. Civil)²³⁹.

2) Encuadre jurídico del modelo de contratación eventual de la legislación argentina.

Otra cuestión que ha merecido un debate particular en la doctrina es el relativo al *modelo* seguido en nuestra legislación :si el mismo es de *unicidad causal* o de *pluralidad* de causas. Confalonieri (h), que es quien con más detenimiento y profundidad ha estudiado el contrato de trabajo eventual, distingue dos posturas en la doctrina anterior a su estudio: por un lado están los que entienden que el modelo es de unicidad causal (necesidades extraordinarias o transitorias) y contractual (contrato eventual), y por el otro: los que ven dentro de un modelo de unicidad contractual (contrato eventual) una dualidad causal (necesidades extraordinarias o transitorias, por una lado y permanentes, por el otro). Dentro de quienes sostienen la tesis de la *unicidad causal y contractual* ubica a Guibourg, Sverdlick,

²³⁸ Cám. Ap. Paz Letrada (en pleno), 30/04/38, La Ley, t. 10, p. 533; Conf. Aronna, Modalidades, pág. 98.

²³⁹ CNTrab, sala VI, 29-11-1985, TSS, 1986-146.

Montero, Rainolter, Fernandez Madrid, Caubet y Aronna. Analiza esta postura a través del desarrollo formulado por Guibourg, quien sitúa la causa del contrato en el primer párrafo del art. 99, LCT, señalando que el segundo sólo se limita a caracterizar el contrato: "el vínculo comienza y termina con la realización de la obra porque el trabajo es eventual". Por lo tanto, para el autor citado sólo puede hablarse de contrato eventual cuando se persiga la satisfacción de resultados concretos, por medio de servicios que se correspondan o no la actividad propia de la empresa o establecimiento. Ello lo infiere de la siguiente afirmación : " no cualquier resultado concreto puede tenerse en vista para contratar a un trabajador eventual. Es necesario que tal resultado corresponda a una de las dos situaciones alternativas: a) a servicios extraordinarios determinados de antemano, o b) a exigencias extraordinarias o transitorias de la empresa, explotación o establecimiento...". De ello, Confaloniere (h) deduce que para Guibourg la causa del contrato será siempre la cobertura de necesidades extraordinarias o transitorias, pues, pese a la diferenciación que hace éste (resultados concretos obtenidos mediante *servicios* extraordinarios, por un lado, y resultados concretos para la satisfacción de *necesidades* extraordinarias o transitorias, por el otro) es imposible pensar que puedan prestarse servicios extraordinarios para la satisfacción de necesidades permanentes. En conclusión, para esta corriente doctrinaria, el contrato eventual (unicidad contractual) sólo puede ser utilizado para la satisfacción de necesidades extraordinarias o transitorias (unicidad causal), derivadas del requerimiento de trabajos a realizarse dentro o fuera de la órbita de la actividad desplegada en la empresa o establecimiento. En cambio, Confalonieri (h) ubica dentro de la tesis que denomina de la *dualidad causal y la unicidad contractual* a Centeno, Bernasconi, De la Fuente y a Babio. Tomando como referente al primero de ellos señala que Centeno distingue dos partes en el art. 99, LCT. Dentro de la primera afirma que hay "diversas hipótesis" que habilitan la formalización de un contrato eventual: a)" cuando las tareas del trabajador persiguen la satisfacción de resultados concretos tenidos en cuenta por el empleador"; b) cuando el trabajador es contratado para cumplir "servicios extraordinarios determinados de antemano", y c) para la satisfacción de "exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento" . Sostiene, asimismo, que la segunda parte de la norma citada " incluye otra modalidad del trabajo eventual" en que el "vínculo comienza y termina con la realización de la obra, ejecución del acto o prestación del servicio para el que fue contratado el trabajador", y en donde las necesidades de la empresa, "son permanentes". De ello deduce que para Centeno, la diferencia entre la primera y la segunda parte del art. 99 estaría dada por el tipo de necesidades empresariales a satisfacer: transitorias en un caso y permanentes en el otro, lo que implica encuadrar su postura en la tesis de dualidad causal

pero unicidad contractual.

A partir de la obra de Confalonieri (h), este autor se desarrolla una nueva tesis, la de *pluralidad causal y contractual*, cuyos fundamentos son sintéticamente los siguientes:

a) Es imposible analizar el tema referido a la causa del contrato eventual propiamente dicho, sin tener en cuenta que el art. 99 de la LCT y el art.72 de la LNE, forman un bloque unitario;

b) Si la cuestión se analizara a la luz del art. 99, LCT y antes de la entrega en vigencia de la LNE, deberían rechazarse ambas posturas anteriores, por cuanto el sistema de la LCT no era de unicidad causal y contractual, ni tampoco de dualidad causal y unicidad contractual, sino de *cuarteto causal y contractual*. Cuatro eran los ámbitos causales abarcados y cuatro los contratos admitidos, aunque erróneamente englobados bajo la palabra eventual. Por un lado, el contrato por obra o servicio determinado y, junto a él, los contratos de interinidad con fines sustitutivos y para la cobertura de puestos vacantes, y el contrato eventual propiamente dicho.

c) En el contrato por obra o servicios se le ha reconocido un ámbito causal bastante amplio, pues la obra o el servicio para el cual se contrata al trabajador, puede estar o no dentro de la órbita de la actividad llevada a cabo por la empresa o establecimiento. La causa de este contrato apareció concretada en dos tramos de la norma. El primer tramo no utilizó la palabra “obra”, sino que se ha referido a “resultados concretos” (lo que presupone un *opus*) y a “servicios extraordinarios” La redacción es la siguiente: “para la satisfacción de resultados concretos, tenidos en vista por éste, en relación a servicios extraordinarios determinados de antemano”. Para Confalonieri (h) todo parece indicar que en el pasaje transcrito se alude a la contratación de un trabajador para la realización de una obra (o fase de ella) dentro de una empresa cuya actividad nada tiene que ver con la obra a realizar (por ejemplo, cuando un restaurante contrata a un trabajador para la reparación de sus cañerías). En cambio, en el segundo tramo, sí aparece expresamente la palabra “obra” pero sin ningún agregado, lo cual permite inferir que el legislador también ha permitido utilizar la misma figura en empresas que tengan una actividad que se corresponda con la obra que ha sido el motivo de la contratación del trabajador (por ejemplo, si una empresa dedicada a la construcción contrata a un trabajador para prestar servicios en una obra concreta). Así, ha expresado el legislador que “se entenderá además que media tal tipo de relación cuando el vínculo comienza y termina con la realización de la obra, la ejecución del acto o la prestación del servicio para el que fue contratado el trabajador”.

d) Con la LNE se precisó algo más el ámbito causal de los contratos de interinidad por sustitución y eventual propiamente dicho, aunque con una terminología inadecuada,

porque insistió con la misma denominación que ya venía de la LCT (contrato eventual) para distintos tipos contractuales que no lo son. A partir de entonces, el art. 99 de la LCT pasó a formar un bloque compacto con los arts. 69 y 72 de aquella ley. De estas tres normas surgen cuatro causas y, lógicamente, cuatro contratos distintos (contrato de obra o servicio determinado, contrato eventual propiamente dicho, y contrato de interinidad con propósitos sustitutivos o de cobertura de puestos vacantes).

e) El contrato por obra o servicio determinado mantuvo inalterado su régimen regulatorio, pues no hay norma posterior que haya incidido sobre él. El contrato de interinidad por sustitución tiene definida su causa en el párr. 1° del art. 69 de la ley 24.013. Finalmente, el contrato eventual propiamente dicho mantiene el ámbito causal (realmente impreciso) previsto en el art. 99 de la LCT, pero ahora fuertemente condicionado por el art. 72 de la ley 24.013. En cambio, no se ha contemplado como causa independiente, y con normas propias, la posibilidad de ocupar puestos vacantes por personas tomadas con esa finalidad, mientras se desarrolla el proceso de selección y hasta tanto sean designados los trabajadores elegidos que se hayan presentado entre todos los aspirantes para acceder al cargo vacante, motivo por el cual este supuesto podrá canalizarse como eventual, aunque no sea propiamente dicho, pues encaja dentro de la frase “exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa explotación o establecimiento” prevista en el art. 99 de la LCT.

f) La causa específica del contrato eventual propiamente dicho es la cobertura de un volumen de trabajo que no es el normal. Juega, por lo tanto, no sólo con respecto a tareas o servicios relacionados con la actividad principal que despliega la empresa, sino también, dentro de la órbita de las que fueren complementarias o conexas. Esto es lo que se infiere del art. 72 de la ley 24.013, cuando alude a “exigencias extraordinarias del mercado”, sin dar ninguna otra precisión. La eventualidad supone adicionalidad en el volumen de trabajo de la empresa o establecimiento, lo cual habilita a que se aumente el nivel de ocupación efectiva. En definitiva, hay más trabajadores ocupados porque hay más trabajo.

g) En función del texto del art. 99 de la LCT y del art. 72 de la LNE, parece que el legislador ha entendido que cuando es la necesidad o exigencia empresarial la que arrastra consigo la suerte de los servicios que fueron contratados a su abrigo, la figura a utilizar es el contrato eventual propiamente dicho. En este caso, es aquélla la que una vez consumida torna superfluo el servicio. No hay agotamiento de éste y con ello la desaparición del requerimiento empresarial que le ha dado vida, sino al revés.

h) En síntesis, Confalonieri (h) considera que en la eventualidad propiamente dicha, la secuencia es la siguiente: habrá eventualidad siempre y cuando la adicionalidad de trabajo (configurativa de una situación de anormalidad) resulte condicionada por el

mantenimiento de la necesidad empresarial, y no sean los servicios contratados los que una vez agotados o consumidos traigan con ello el fenecimiento de aquélla. Éste es el primer paso de manera tal que, sin adicionalidad de trabajo en los términos expuestos, mal puede hablarse de eventualidad en estricto sentido. El segundo paso viene dado por la imprevisibilidad de aquella adicionalidad, con lo cual no cualquier aumento del volumen de trabajo supone eventualidad. En la medida en que la adicionalidad (de trabajo) y la imprevisibilidad (del hecho que la originó) vengan de la mano, aquella situación anormal agregará una nueva característica: la extraordinariedad. Esto significa que puede haber anormalidad con previsibilidad o imprevisibilidad. En la primera hipótesis se estará dentro de la ordinariedad; en la segunda se pasará a la extraordinariedad, que, a su vez, junto a la anormalidad que genera el pico de trabajo hará que las necesidades empresariales sean transitorias, lo cual da paso a la vía de la temporalidad contractual.

En definitiva, para Confalonieri (h), adicionalidad de trabajo (dentro del contexto aludido) más imprevisibilidad (del hecho que ocasiona dicha adicionalidad) son elementos configurativos de una situación extraordinaria que origina una necesidad empresarial caracterizada por su transitoriedad. Pues bien; es la necesidad transitoria referida, y no otra, la que sirve de fundamento para recurrir al uso del contrato eventual propiamente dicho.

b) Diversas categorías o hipótesis de trabajo eventual.

Ya sea que se califique al modelo argentino desde el punto de vista de la unicidad contractual (ya sea con unicidad o dualidad causal) o de diversidad contractual (por pluralidad de causas), lo cierto es que el legislador ha comprendido de una manera amplia las diversas formas del trabajo eventual, transitorio u ocasional, las que, ateniéndonos al art. 99, LCT y los arts. 69 a 74, LNE, se pueden agrupar en tres grandes categorías o hipótesis :a) la referida a la actividad dirigida a la satisfacción de resultados concretos, en relación a servicios extraordinarios determinados de antemano o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento; b) aquella en que la vinculación comienza y finaliza con la realización de la obra, la ejecución del acto o la prestación del servicio c) la contratación de interinos con propósito de suplencia o cubrir vacantes²⁴⁰.

Veamos por separado cada una de estas hipótesis:

1) Dentro de la primera categoría se pueden distinguir dos subgrupos:

a) el de los “servicios extraordinarios determinados de antemano” (art. 99, LCT):

²⁴⁰ ARONNA, Carlos César, *Op. Cit*, pág. 99. Para De la Fuente, Duración del contrato, pág. 547, la LCT incluyó todas las modalidades de trabajos transitorios dentro de la categoría única de contrato de trabajo eventual (accidentales, transitorias, eventuales, suplentes, etc.), y en consecuencia todas ellas se regirán por el mismo régimen jurídico, perdiendo relevancia las clasificaciones y denominaciones que pueden llevar a confusión.

trabajos ajenos a la actividad normal o habitual de la empresa, establecimiento o explotación (tareas de pintura, albañilería, instalación eléctrica, sanitaria, etc. en un establecimiento que no se dedica a esas tareas) y,

b) el de las *“exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento”* (art. 99, LCT): se refiere a actividades que, si bien son las propias del giro normal de la empresa, explotación o establecimiento, obedecen a exigencias que exceden lo corriente, como en las contrataciones para atender *picos extraordinarios de trabajo* (art. 99, LCT)²⁴¹. Con ello se cubren requerimientos de carácter extraordinario, vinculados con la labor normal²⁴². En el contrato se debe consignar *“con precisión y claridad la causa que lo justifique”*, y la duración del mismo *“no podrá exceder de 6 meses por año y hasta un máximo de un año en un período de tres”* (art. 72, ley 24.013).

En cuanto al cómputo de seis meses en un año o de un año en los últimos tres, consideramos que debe ser efectuado a partir de la primera contratación y no de acuerdo al año calendario²⁴³.

2) La segunda de las categorías abarca aquellas contrataciones en que la vinculación *“comienza y termina con la realización de la obra, la ejecución del acto o la prestación del servicio para el cual fue contratado el trabajador”* (art. 99, LCT). La doctrina incluye en este grupo a las contrataciones laborales por obra determinada para tareas ajenas al giro normal y habitual del negocio, para ferias, exposiciones, muestras, promociones transitorias, el bolo en el trabajo artístico, labores de las modelos profesionales, tareas de cargas y descarga transitorias, estibadores portuarios eventuales, etc.²⁴⁴.

A partir del principio de la causalidad objetiva, la *transitoriedad del vínculo*, en todos estos casos, deberá estar determinada por la índole propia de la actividad a cumplir (deben existir causas objetivas que justifiquen este tipo de contratación, a tenor de los arts. 69 y 72, inc. a, LNE), no pudiendo derivar exclusivamente de la voluntad de las partes, de conformidad con la fórmula general impuesta por el art. 90 inc b) de la LCT. De no

²⁴¹ ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit*, pág. 228. La CNTrab, sala III, 9-3-1978 ha dicho que el contrato de trabajo eventual puede darse cuando la tarea pese a responder por su naturaleza al giro normal del empresario, supere cuantitativamente dicho giro como exigencia extraordinaria y transitoria de la empresa, explotación o establecimiento. Ver este fallo en TSS 1979-44 con nota de RAINOLTER, Milton A, *Naturaleza y régimen del trabajo eventual*.

²⁴² VAZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Astrea, Buenos Aires, 9º edición, 2001, t. 1º, pág. 285 pone como ejemplo la contratación de personal para realizar un inventario, liquidación, etc., que son labores que requieren mayor cantidad de personal que el normal y que no se realizan con habitualidad o en períodos determinados, caso contrario, se configuraría un trabajo de temporada.

²⁴³ ARONNA, Carlos César, *Op. Cit*, pág. 102

²⁴⁴ ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit*, pág. 226. ARONNA, Carlos César, *Op. Cit*, pág. 100 señala que este tipo de relación se aproxima a la *locatio operis* del derecho civil, con la cual tendrá como nota diferencial la subordinación o

presentarse esas exigencias, el contrato se juzgará como uno de tiempo indeterminado²⁴⁵. La jurisprudencia ha señalado expresamente que el carácter eventual de un contrato de trabajo no depende solo de la denominación que le den las partes, sino de su relación con exigencias extraordinarias y transitorias del establecimiento o servicios extraordinarios determinados de antemano²⁴⁶. En cuanto a su prueba, se ha dicho que está a cargo de quien alegue su existencia²⁴⁷; que debe ser una prueba estricta, toda vez que se trata de caracterizar una situación de excepción²⁴⁸; que en caso de ser el empleador quien la invoque deberá acreditar que la contratación obedeció a esas exigencias extraordinarias²⁴⁹ o que medió una demanda imprevista y excepcional de trabajo²⁵⁰; y que un elemento fundamental para probar el carácter eventual de la relación es la comunicación expresa de esa circunstancia al empleado en momentos de concertarse el negocio jurídico²⁵¹.

3) *Contratación de un trabajador para reemplazar a otro mientras dure su ausencia*. Este tipo de contratación, tomada de la legislación española, donde se denomina "contrato de interinidad", se incorporó legislativamente a través del art. 69 de la ley 24.013, que en su primera parte dispone: "*Para el caso que el contrato de trabajo eventual tuviera por objeto sustituir transitoriamente trabajadores permanentes de la empresa que gozaren de licencias legales o convencionales o que tuvieran derecho a reserva del puesto por un plazo incierto, en el contrato deberá indicarse el nombre del trabajador reemplazado...*".

Esta norma se fundamenta en la necesidad de sustituir temporalmente a aquellos trabajadores que gozaren de licencias legales o convencionales o que tuvieran derecho a reserva del puesto, como el reemplazo transitorio de trabajadores con licencia gremial, por maternidad, estado de excedencia, enfermedad, vacaciones, etc. (art. 69, LNE).

Este tipo de contratación se incluye dentro de las diversas categorías del contrato eventual, a partir de la propia expresión que surge del texto del art. 69 de la ley 24.013.

Se contempla el reemplazo de trabajadores permanentes, en dos situaciones, la de quienes gocen de licencias legales o convencionales, o quienes tuvieran derecho de reserva del puesto por *plazo incierto*. Esta última referencia se justifica, por cuanto si tuvieran licencia por plazo cierto correspondería celebrar un contrato a plazo fijo.

dependencia.

²⁴⁵ ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit*, pág. 227. ARONNA, Carlos César, *Op. Cit*, pág. 100

²⁴⁶ CNTrab, sala III, 29-9-1977, TSS 1978-46

²⁴⁷ CNTrab, Sala VII, 16-8-1996, DT 1996-B-3017.

²⁴⁸ CNTrab, Sala X, 29-11-1996, DT 1997-A-969.

²⁴⁹ CNTrab, Sala IV, 16-11-1987, TSS 1988-455.

²⁵⁰ CNTrab, Sala V, 9-3-1987, TSS 1987-542.

²⁵¹ CNTrab, Sala III, 24-4-1983, TSS 1983-867.

La facultad de contratar interinos en reemplazo de trabajadores permanentes, reconoce dos limitaciones:

1) la ley 24.013 prohíbe la posibilidad de contratar trabajadores interinos para sustituir a aquellos “*que no prestaren servicios normalmente en virtud del ejercicio de medidas legítimas de acción sindical*” (art. 70). Con ello se protege el ejercicio de estas medidas, fundamentalmente la huelga, que perderían todo sustento si se permitiera el reemplazo de los “huelguistas” por trabajadores interinos, y

2) tampoco pueden hacerlo “*las empresas que hayan producido suspensiones o despidos de trabajadores por falta o disminución de trabajo durante los seis meses anteriores... para reemplazar al personal afectado por estas medidas*” (art. 71). Esta última solución resulta justificada por cuanto no sería razonable que quien acudió a este tipo de medidas contrate nuevos trabajadores para desempeñar las tareas de aquellos que fueron afectados por aquéllas.

c) *Forma y prueba del contrato.*

Desde su regulación por la LCT, el régimen de la forma y prueba del contrato de trabajo eventual ha pasado por tres etapas²⁵²:

a) En la primera, estuvo regulado por el art. 90, inc. a, LCT, que establece en general la forma escrita para la contratación temporal, conforme ya lo hemos analizado. Dado que en el art. 92, LCT se pone en cabeza del empresario la prueba del vínculo temporal, y que dicha pauta se repite en el art. 99 del mismo cuerpo legal, se concluye que la formalidad escrita, en ese contexto, debió considerarse una exigencia *ad probationem* y no *ad solemnitatem*, porque no había ninguna norma que contemplara la sanción de conversión del vínculo por inobservancia de la forma escrita. De donde, frente al incumplimiento del requisito del inc. a del art. 90, LCT, el contrato debía ser concebido como de tiempo indeterminado (art. 90, párr. 1º, LCT), salvo prueba en contrario²⁵³;

b) Con la sanción de la LNE se abre la segunda etapa, y se eleva la forma escrita al nivel de requisito para la validez del contrato (*ad solemnitatem*). Ello surge de las siguientes normas de la ley 24.013: en el art. 31 se requirió la forma escrita acompañada de la exigencia de entrega de copia al trabajador y a la asociación sindical respectiva; en el art. 72, inc. a) y para los casos de contrataciones derivadas de exigencias extraordinarias del mercado, obligó a identificar de manera clara y precisa la causa de la incorporación del trabajador, y en el art. 35, inc. a) dispuso como sanción por incumplimiento de requisitos

²⁵² CONFALONIERI, Juan Angel (h), *Op. Cit*, pág.107

²⁵³ CONFALONIERI, Juan Angel (h), *Op. Cit*, pág.107

formales o sustanciales, la conversión del vínculo en uno de tiempo indeterminado²⁵⁴, y

c) Con la reforma de la ley 25.013, se opera un nuevo cambio, al derogar por medio de su art.21, entre otros, los arts. 31 y 35 de la ley 24.013. Así la forma del contrato eventual se ve alterada sensiblemente, por cuanto si bien subsiste el requisito de la forma escrita (art. 90, inc a, LCT), desaparece la sanción de conversión del vínculo como consecuencia derivada de su incumplimiento. Con ello, hay "un regreso al modelo de la LCT, donde la escritura fue un presupuesto para la prueba y no para la validez del contrato"²⁵⁵.

d) *Aplicación de los beneficios de la LCT. Compatibilidad.*

Los beneficios laborales que la LCT reconoce, también son de aplicación para los trabajadores eventuales, conforme surge del art. 100 : "*Los beneficios provenientes de esta ley se aplicarán a los trabajadores eventuales, en tanto resulten compatibles con la índole de la relación y reúnan los requisitos a que se condiciona la adquisición del derecho a los mismos*". La ley determina solo dos condiciones a la aplicabilidad de la LCT: a) que el beneficio sea compatible con el carácter transitorio de la relación y b) que se hallen reunidos los requisitos a que se subordina la adquisición del derecho de que se trate.

A partir de estas pautas le son aplicables al trabajador eventual, además de las normas específicas que regulan la figura (art. 99, LCT y arts. 69 a 74, LNE) las demás instituciones reguladas en la LCT.

e) *Conversión del contrato en uno por tiempo indeterminado.*

El párr. 2 del art. 69 y el art. 72, LNE establecen directivas que permiten establecer una pauta general aplicable a las demás contrataciones eventuales. En efecto, la primer norma citada determina que se produce la conversión del contrato en uno por tiempo indeterminado cuando habiéndose contratado a un trabajador eventual para sustituir a un ausente, el trabajador reemplazante continuare prestando servicios después de reincorporado el trabajador reemplazado o de vencido el plazo de licencia o de reserva del puesto que dio origen a la contratación eventual. A su vez, cuando el contrato tenga por finalidad atender exigencias extraordinarias del mercado, el art. 72 en su inciso b) determina que "*la duración de la causa que diera origen a estos contratos no podrá exceder de seis meses por año y hasta un máximo de un año en un período de tres años*". Aunque la norma no lo diga expresamente, si la relación se prolonga por encima de tales limitaciones, el contrato se convierte en una por plazo indeterminado.

²⁵⁴ CONFALONIERI, Juan Angel (h), *Op. Cit*, pág.108

²⁵⁵ CONFALONIERI, Juan Angel (h), *Op. Cit*, pág.108 El autor citado señala que esta conclusión no es obstáculo para que la jurisprudencia reiteradamente exigiera, para convalidar el contrato, que el empleador hubiese puesto en conocimiento del trabajador que su vínculo iba a ser temporal. CNTrab, Sala III, 30/9/86, "Gallotto, Alicia c.Cable Visión SA y otros", DT 1987-A -188.

Ello nos lleva a establecer como pauta general, aplicable a los distintos tipos de contrataciones eventuales, que si la relación continua una vez cesadas las causas que justificaron esta modalidad contractual, se producirá su conversión automática en un contrato por tiempo indeterminado²⁵⁶.

f) *Extinción del contrato eventual.*

1) Extinción por cumplimiento de su objeto.

El contrato eventual se extingue “naturalmente” por el cumplimiento de su objeto (agotamiento de la tarea, obra o servicio que motivó la contratación o por la satisfacción de la necesidad extraordinaria y transitoria que le dio origen), según las diversas hipótesis contempladas en los arts. 99 LCT y 69 (LNE). En tales casos, el empleador está eximido del deber de preavisar (art. 73, LNE), y no procede el pago de indemnización a favor del trabajador con motivo de la extinción del contrato (art. 74, LNE).

2) Ruptura anticipada del contrato de trabajo eventual.

En primer lugar, debe considerarse la hipótesis de la rescisión anticipada del contrato eventual, por parte del empleador, *por justa causa* (art. 242, LCT). En tal caso, de presentarse los presupuestos que configuran dicha causal, la extinción será sin responsabilidad indemnizatoria para el empleador .

En cambio, cuando la ruptura anticipada del contrato por el empleador, lo sea *sin justa causa*, la doctrina y la jurisprudencia admiten que además de las indemnizaciones por despido incausado, procederá una indemnización por daños y perjuicios, que deberá ser prudencialmente fijada por el juez, por cuanto se considera que el trabajador eventual aunque transitorio tiene estabilidad y expectativas de perdurabilidad dentro de tal transitoriedad. En tal hipótesis, se considera asimilable la situación a la del contrato de plazo fijo, que al igual que el eventual, es otro contrato por tiempo determinado (art. 95, LCT)²⁵⁷. Al efecto, se tiene presente la propia directiva del art. 74, LNE que luego de determinar la improcedencia indemnizatoria, establece que “en cualquier otro supuesto, se estará a lo dispuesto en la ley de contrato de trabajo”, remisión -que al decir de Aronna- sólo puede estar referida a la ruptura anticipada y arbitraria de la relación y a la consecuente aplicación del art. 95 de la LCT²⁵⁸.

También nos adherimos a quienes consideran aplicables al caso de la ruptura anticipada del contrato, las normas de la LCT, que resulten compatibles y que prevén la extinción contractual por muerte del trabajador o (si procediera) del empleador, por fuerza

²⁵⁶ ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit*, pág. 228

²⁵⁷ CONFALONIERI, Juan Angel (h), *Op. Cit*, pág. 203. ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit*, pág. 230. FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, *Op. Cit*, pág. 821

²⁵⁸ ARONNA, Carlos César, *Op. Cit*, pág. 111

mayor, falta o disminución del trabajo, incapacidad del trabajador y quiebra o concurso del empleador (arts. 74 y 100, LCT)²⁵⁹.

VI. El contrato de trabajo de temporada.

A. Introducción.

En la configuración del contrato de temporada se advierte la flexibilidad del derecho del trabajo en cuanto a su adaptabilidad a las nuevas exigencias que la realidad plantea. Normalmente, el contrato de trabajo típico es un contrato de tracto sucesivo, de duración indeterminada, teniendo como una de sus características la permanencia y continuidad de la relación jurídica. Sin embargo, como recuerda Cesarino Junior, hipótesis diferentes, tales como el contrato de duración determinada, de plazo cierto o de obra cierta, y los contratos de temporada, entre otros, han constituido excepciones a aquéllas reglas generales, y así han sido regulados en forma paralela de aquél contrato individual de trabajo propiamente dicho. A partir de la circunstancia, que en estas especies laborales de dicho contrato, la continuidad de la prestación se presenta *reducida*, surge la necesidad de un tratamiento jurídico diversificado²⁶⁰.

De ahí que se pueda señalar que el contrato de temporada presenta como *particularidad* con relación al contrato de trabajo común, que mientras en éste último se señalan como notas típicas la *permanencia* del vínculo y la *continuidad* de las prestaciones, en aquél, *la prestación del servicio*, se limita a *ciclos* (sólo se realiza en determinadas épocas del año), derivados de circunstancias ajenas a la voluntad de las partes (condicionamiento objetivo)²⁶¹, a lo que habrá que agregar las especificidades que formulan los diversos ordenamientos jurídicos.

B. Derecho Positivo.

a) Caracterización.

De acuerdo al art. 96 de la LCT, modificado por el art. 66 de la ley 24.013, "*habrá contrato de temporada cuando la relación entre las partes, originada por **actividades propias del giro normal** de la empresa o explotación, se cumple en determinadas épocas del año solamente, y está sujeta a repetirse por un lapso dado en cada ciclo, en razón de la naturaleza de la actividad*". Hemos destacado en el texto la expresión que la reforma introdujo en sustitución de la anterior referencia a las "necesidades permanentes" de la redacción anterior a la reforma.

²⁵⁹ CONFALONIERI, Juan Angel (h), *Op. Cit.*, pág. 202, ARONNA, Carlos César, *Op. Cit.*, pág. 112

²⁶⁰ CESARINO JUNIOR, A. F., *Naturaleza Jurídica del contrato de trabajo de temporada, en Derecho Individual del Trabajo, en homenaje a M. Deveali*, Heliasta, Buenos Aires, 1979, pág. 502.

²⁶¹ CENTENO, Norberto, en *López, Op. Cit.*, pág. 421.

A partir del texto mencionado²⁶² podemos señalar como elementos caracterizantes del contrato de trabajo de temporada a los siguientes:

a) Es un contrato por tiempo *indeterminado*, con la particularidad que las prestaciones se desarrollan en forma *discontinua*, a diferencia de lo que ocurre en el contrato de trabajo común, que aquéllas lo son en forma continuada (salvo suspensiones legalmente autorizadas). Al respecto debemos recordar que para arribar a tal caracterización fue necesario un importante debate doctrinario, con proyecciones jurisprudenciales. Ocurre que en un primer momento se confundieron dos conceptos jurídicos distintos: el de *permanencia* y el de *continuidad*, estimándose que el trabajo de temporada no podía generar una relación de tiempo indeterminado, en cuanto los servicios se pactaban en forma discontinua, llegándose a considerar a esta figura como una relación accidental o transitoria, semejante al contrato a plazo fijo, que concluida cada año al finalizar el período de actividad o ciclo de temporada. Posteriormente, al quedar clarificada la distinción entre la *permanencia* (que se refiere al vínculo) y la *continuidad* (que alude a las prestaciones), se caracterizó correctamente el contrato de trabajo de temporada, como contrato de tiempo indeterminado (se genera un vínculo jurídico permanente), y que se diferencia del contrato común, por la *discontinuidad* de las prestaciones (se cumplen sólo en determinadas épocas del año, mientras dure la temporada)²⁶³.

b) La relación contractual, entre las partes, se cumple plenamente en *determinadas épocas del año* y esta sujeta a *repetirse* en cada ciclo. Ello lleva a distinguir dentro del desarrollo de la relación contractual, los "períodos de actividad", de los "períodos de receso", que se repiten dentro de cada "ciclo", en razón de la "naturaleza de la actividad" y no por voluntad de las partes. Durante la "temporada" (período de actividad) la relación se desarrolla en su integralidad, estando sujetas las partes a la observancia de los deberes de cumplimiento y de conducta (buena fe, lealtad, reserva, etc.); en cambio, en el período de receso, el trabajador deja de prestar el servicio y el empleador, a su vez, de pagar la remuneración. La circunstancia que a ese período de actividad siga otro de receso, lleva aparejado que algunos beneficios experimenten modificaciones; es lo que ocurre con las vacaciones, que deben abonarse al concluir cada ciclo de trabajo (art. 163, LCT), habiendo impuesto los usos y costumbres la misma solución respecto del sueldo anual

²⁶² CNTrab. sala IV, 16-10-85, TSS 1986-653; sala VIII, 8-8-96, "Kaplan, Marcelo c/ Bolos, Alberto", DT 1.996-B, 2273, La jurisprudencia señala que la normativa del art. 96 de la LCT exige tres requisitos para la configuración de la modalidad de trabajo por temporada: a) necesidad permanente de la empresa o explotación; b) que la tarea se cumpla en determinadas épocas del año y c) que la tarea esté sujeta a repartirse por un lapso dado en cada ciclo, en razón de la naturaleza de la actividad.

²⁶³ DE LA FUENTE, Héctor H., *Op. Cit.*, pág. 558.

complementario²⁶⁴.

En cambio, durante el período de receso, si bien el vínculo jurídico subsiste, la relación se mantiene en forma latente, suspendiéndose las principales obligaciones de las partes, y manteniéndose sólo aquellas que resulten compatibles con tal situación, fundamentalmente subsisten los deberes de conducta, para ambas partes. Si el trabajador falleciera durante el receso, se admite que sus causahabientes tienen derecho a percibir la indemnización prevista en el art. 248, LCT, atento a que aquélla extingue el contrato que vincula a las partes de un modo permanente, aunque sus efectos pudieran hallarse suspendidos en algunos períodos²⁶⁵. En sentido contrario, no se acepta la procedencia de las asignaciones familiares, y se limita el pago de salarios por enfermedad o accidente inculpable al período de trabajo efectivo²⁶⁶. Un supuesto especial se plantea cuando el trabajador está accidentado o enfermo al comienzo o a la terminación de la temporada. En el primer caso, si el trabajador cumple con la notificación de manifestar en tiempo oportuno su voluntad de retomar las tareas y la imposibilidad de hacerlo por aquélla circunstancia, conforme a los arts. 98 y 209, LCT, el empleador no podrá negarse al reintegro, ni al pago de los salarios hasta su reincorporación efectiva. A su vez, si el trabajador se encuentra en uso de licencia por enfermedad o accidente inculpable, a la terminación de la temporada, la doctrina mayoritaria sostiene que ello no altera la modalidad del contrato, por lo que el empleador no se encuentra obligado al pago de los salarios más allá del período que fija la propia índole de la relación²⁶⁷.

c) El contrato de trabajo de temporada, debe reconocer su origen en "*actividades propias del giro normal de la empresa o explotación*". Ello implica que los ciclos de temporada deben responder a *causas objetivas*, ajenas a la voluntad de las partes, ya que la calificación del vínculo no depende del encuadre jurídico que aquellas le hayan querido imprimir a la vinculación, sino de las características de la relación en función de las necesidades o requerimientos que justifiquen la modalidad adoptada²⁶⁸. Incluso la

²⁶⁴ DE LA FUENTE, Héctor H., *Op. Cit.*, pág. 562; CENTENO, Norberto, en López, *Op. Cit.*, pág. 423; SOLVES, Cristina, *Contrato de trabajo de temporada*, LT XXVIII-1087.

²⁶⁵ ARONNA, Carlos César, *Op. Cit.*, pág. 95. DE LA FUENTE, Héctor H., *Op. Cit.*, pág. 562; CENTENO, Norberto, en López, *Op. Cit.*, pág. 424. ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit.*, pág. 222.

²⁶⁶ DE LA FUENTE, Héctor H., *Op. Cit.*, pág. 562; CENTENO, Norberto, en López, *Op. Cit.*, pág. 424. ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit.*, pág. 222.

²⁶⁷ ACKERMAN, Mario E., *Incapacidad temporaria y contrato de trabajo*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 118; FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, *Op. Cit.*, pág. 792, ARONNA, Carlos César, *Op. Cit.*, pág. 94. Este último autor recuerda que igual criterio ha sostenido la jurisprudencia, al establecer que en un contrato de temporada no pueden pedirse más beneficios que los devengados dentro de ella, ya que lo que intenta la LCT a través de su art. 208 y concordantes es satisfacer las expectativas salariales que tiene el trabajador ante la contingencia desfavorable sufrida (SCBA, 01/02/60, DT, 196, p. 358; CNAT, sala II, 12/05/80, LT XXVIII-B, p. 786; CNAT, sala VIII, 28/03/89, TySS, 1989, p. 440; CNAT, sala VIII, 28/03/89, p. 991).

²⁶⁸ CNTrab, sala II, 10-10-1976, TSS 1977-227; sala IV, 19-02-87, TSS 1987-538; sala VIII, 8-8-96, "Kaplan, Marcelo c/ Bolos, Alberto", DT 1.996-B,2273. ARONNA, Carlos César, *Op. Cit.*, pág. 63, señala como supuestos

jurisprudencia ha declarado que la naturaleza del trabajo y no lo que las partes decidan, debe configurar esta modalidad contractual²⁶⁹.

A su vez, la circunstancia que el contrato de trabajo de temporada se base en necesidades permanentes de la empresa, sujetas a repetirse en cada ciclo, posibilita su distinción con relación a otras figuras contractuales, como los trabajos eventuales o transitorios, que no presentan esa nota de perdurabilidad temporal.

Las características que hemos señalado, se presentan tanto en el trabajo de temporada *típico* cuanto en el *atípico*, de acuerdo a una distinción que puntualizan los autores. En el primero, en el *típico*, la actividad de la empresa se desarrolla exclusivamente en los ciclos referidos, y durante el receso cesan todo tipo de tareas (por ej. vendimia, zafra, etc.). Ello no obsta a que durante el período de inactividad permanezcan en el establecimiento trabajadores que cumplan tareas de administración o de mantenimiento para atender a necesidades urgentes e impostergables²⁷⁰. En cambio, en el contrato de temporada *atípico* si bien existe continuidad en la actividad de la empresa, se registran en algunas épocas el *aumento estacional de la tareas*, que se repite en cada ciclo, y genera la necesidad de un correlativo aumento en la contratación de personal (hotelería, venta de gaseosas, librerías para escolares, etc.). Consecuentemente, durante el lapso de temporada coexisten los trabajadores que prestan servicio únicamente en ella, con aquellos que cumplen tarea todo el año²⁷¹.

Un supuesto especial se plantea en los casos de establecimientos donde se

de aplicación de la normativa del contrato de temporada, entre otros, a los siguientes: a) trabajos en hoteles y establecimientos gastronómicos, en general, en los centros de turismo; b) tareas cumplidas en balnearios en épocas de verano; c) edición de textos escolares y material didáctico y venta de los mismos cuando aumenta su demanda a la iniciación de las clases (CNAT, sala VI, 31/03/75, TySS, 1975, p. 793); ch) tareas de cosecha o empaque de frutas (art. 6, inc. f) de la ley 22.248), que a partir de la sanción de la ley 23.808 pasan a regirse por la LCT; d) caza de la ballena (CNAT, sala IV, 28/09/56, DT, 1957, p. 54); e) fabricación y venta de helados durante la época de verano; f) empleos en comercios, en general, en las zonas turísticas en las épocas de mayor afluencia de público; g) empleos en exposiciones, ferias, festivales, etc. de celebración periódica y regular (CNAT, sala V, 22/04/88, TySS, 1988, p. 922); h) captura y elaboración de especies marinas de aparición en determinados meses del año, como la anchoíta, la caballa o el cazón (reguladas en las convenciones colectivas zonales 171/75, para el partido de Gral. Pueyrredón, Prov. de Buenos Aires, y 32/89, para el resto del país); i) empaque de fruta, cosecha, recolección y expedición de la misma (CCT 1/76 para la zona del Alto Valle del Río Negro y Neuquén y CCT 76/89 para las provincias de Mendoza, San Juan y San Luis); j) manipuleo y clasificación de hortalizas (CCT 75/89, para esta última zona); k) guías turísticos o conductores de transportes de excursión durante las vacaciones escolares, estudiantiles o de verano (CNAT, sala II, sent. 34.167); l) instructores de esquí en la temporada de nieve en los centros de deportes invernales; m) instructores de deportes náuticos en temporada de verano en las zonas marítimas; ñ) revisado, clasificación y procesado de huevos en establecimientos avícolas (CCT 28/89); o) personal dedicado a la elaboración y reparto de cerveza o bebidas sin alcohol en las épocas de mayor consumo).

²⁶⁹ CNAT, Sala VIII, 8/8/96, DT 1996-2773.

²⁷⁰ ARONNA, Carlos César, *Op. Cit.*, pág. 69.

²⁷¹ ARONNA, Carlos César, *Op. Cit.*, pág. 69; ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit.*, pág. 221. CNAT, sala I, 30/05/69, LT XVII-B, p. 676; CNAT, en pleno, 24/07/56, LT, t. IV, p. 297, en igual sentido la jurisprudencia considera que es un contrato atípico de temporada el que se celebre para satisfacer el aumento estacional de tareas en las actividades que se desarrollan sin interrupciones durante todo el año.

desempeñan trabajadores permanentes (continuos) y de temporada. Puede ocurrir que dependientes contratados originariamente como de temporada pasen a desempeñar tareas de carácter permanente, en cuyo caso debe considerarse que se ha operado una transformación tácita del contrato, que en adelante habrá de desarrollarse ininterrumpidamente²⁷².

Por último, en cuanto a si la *forma escrita* alcanza también al contrato de trabajo de temporada, el tema ha quedado aclarado ante la exclusión expresa del mismo por el art. 31 de la ley 24.013 que establece la forma escrita para todas las figuras modales contempladas en ella, “*salvo el contrato de trabajo de temporada*”.

b) Derecho a permanencia del trabajador.

El art. 97 de la LCT, en su segunda parte, señala: “*El trabajador adquiere los derechos que esta ley asigna a los trabajadores permanentes de prestación continua, a partir de su contratación en la primera temporada, si ello respondiera a necesidades también permanentes de la empresa o explotación ejercida con la modalidad prevista en este capítulo*”.

Antes de la sanción de la LCT se desarrolló una controversia respecto al momento en que el trabajador de temporada adquiriría el derecho a la permanencia en su empleo, predominando la interpretación jurisprudencial que requería la reiteración de la contratación, cuando menos, en dos temporadas sucesivas para considerar permanente al trabajador²⁷³.

Tal criterio es abandonado por el legislador de la LCT, tanto en el texto primitivo de la ley 20.744, como en su reforma por la ley 21.297, estableciendo que los derechos que la ley le asigna a los trabajadores permanentes de prestación continua, corresponderán a los de prestación discontinua “*a partir de su contratación en la primera temporada*”, siempre que esto responda a necesidades también permanentes de la empresa o explotación.

Esta solución legal es coherente con la caracterización que hemos formulado del contrato de temporada como contrato por tiempo indeterminado, en forma similar al contrato de trabajo común²⁷⁴.

c) Extinción incausada del contrato.

Corresponde analizar las alternativas que se plantean frente a la extinción incausada del contrato de temporada, según que ella se produzca durante el período de actividad o del receso, y los regímenes indemnizatorios aplicables.

²⁷² ARONNA, Carlos César, *Op. Cit*, pág. 69.

²⁷³ CNAT, sala II, 29/06/47, DT, 1947, p. 459 y Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires a partir de los autos “Peruzzaro, Felisa c/ Automóvil Club Argentino” (SCBA, 24/04/62, DT, 1963, p. 327).

²⁷⁴ ARONNA, Carlos César, *Op. Cit*, pág. 73.

1) Despido sin causa del trabajador durante el período de actividad.

Este supuesto está contemplado en el art. 97, primera parte, LCT, que a los fines indemnizatorios equipara el contrato de temporada al contrato de plazo fijo, en tanto dicha norma dispone que *“el despido sin causa del trabajador, pendientes los plazos previstos o previsibles del ciclo de temporada en los que estuviese prestando servicios, dará lugar al pago de los resarcimientos establecidos en el art. 95, primer párrafo de esta ley”*.

Dadas las diferencias sustanciales que existen entre el contrato de temporada y el de plazo fijo, fundamentalmente por el carácter permanente de aquél, frente a la limitación temporal de la vigencia de este último, debe advertirse que la equiparación legal es al solo efecto de la adopción de un régimen indemnizatorio común para el caso de ruptura *ante tempus* de la vinculación. Al efecto se ha partido de la similitud que se plantea con relación a la duración del ciclo de la temporada y la vigencia temporal del contrato a plazo fijo. Sin embargo, frente a los límites imprecisos que generalmente exhibe el ciclo de temporada se ha optado por incorporar al texto legal la expresión “ciclos previstos o previsibles”.

En consecuencia, si el despido injustificado del trabajador se produce estando pendiente el período de actividad, la ley remite a lo normado en el art. 95, párr. 1º de la LCT, con lo que asimila la situación a una ruptura anticipada y arbitraria de un contrato a plazo fijo, resultando el trabajador acreedor a la indemnización por antigüedad y a la de daños y perjuicios, fundada en las normas del derecho común, que a su vez, si se presentan las circunstancias señaladas en el párr 3º del art. 95, sustituye a la que corresponde por omisión de preaviso²⁷⁵.

2) Despido durante el receso.

Conforme lo hemos señalado precedentemente, durante el período de receso, si bien la relación contractual se mantiene latente, subsisten los deberes de conducta de ambas partes, y si como consecuencia de ello, se produce un hecho injurioso a tenor del art. 242, LCT, ya sea se trata de un despido sin justa causa, directo o indirecto, serán de aplicación las normas comunes en materia de indemnización por despido, con relación a los contratos celebrados con anterioridad al 03/10/98, los arts. 231 a 233 y 245, LCT, y respecto a los concertados a partir de esa fecha, los arts. 6 y 7 de la ley 25.013.

3) Cómputo de la antigüedad del trabajador de temporada.

Frente a la discontinuidad de las prestaciones, particularidad esencial del contrato de temporada, reviste significación la determinación del criterio a seguir para el cómputo de la antigüedad. La cuestión encuentra respuesta en el texto del art. 18, LCT, que al considerar tiempo de servicio *“al efectivamente trabajado desde el comienzo de la*

vinculación", imparte una directiva que en el contrato de temporada implica que solo debe computarse como antigüedad el tiempo de trabajo efectivo y no los períodos de receso. A igual solución se había arribado antes de la sanción de la LCT, por vía de la jurisprudencia plenaria de la CNAT²⁷⁶.

d) Obligaciones de las partes al comienzo de la temporada.

Frente a la particularidades del contrato de temporada, donde se alternan períodos de actividad con períodos de receso, el comportamiento de las partes al reinicio de temporada reviste singular importancia para la continuidad del contrato. La cuestión se encuentra regulada en el art. 98, LCT, y lleva a considerar por separado la disposición del empleador para reiniciar la temporada, y la del trabajador para continuar la relación.

1) Notificación a cargo del empleador.

A partir de la modificación al texto del art. 98, LCT por el art. 67 de la ley 24.013 se pone a cargo del empleador el llamado al reintegro del trabajador, previo al inicio de cada temporada, variando la directiva que el texto anterior a la reforma incluída, en cuanto imponía en cabeza del trabajador la carga de comunicar la disposición de desempeñar el cargo o empleo, "en tiempo útil y oportuno, antes de la iniciación de cada temporada"

El texto vigente del art. 98, LCT determina: *"Con una antelación no menor de treinta días respecto del inicio de cada temporada, el empleador deberá notificar en forma personal o por medios públicos idóneos a los trabajadores de su voluntad de reiterar la relación o contrato en los términos del ciclo anterior. El trabajador deberá manifestar su decisión de continuar o no la relación laboral en un plazo de cinco días de notificado, sea por escrito o presentándose ante el empleador. En caso que el empleador no cursara la notificación a que se hace referencia en el párrafo anterior, se considerará que rescinde unilateralmente el contrato y, por lo tanto, responderá por las consecuencias de la extinción del mismo"*.

Conforme le hemos señalado, con la innovación introducida por la reforma de la ley 24.013, se pone a cargo exclusivo del empleador la notificación al trabajador de su voluntad de reiterar la contratación antes del inicio de la nueva temporada. Tal criterio ha merecido algunas críticas de la doctrina por cuanto puede resultar perjudicial para el trabajador que ha variado su domicilio o que por ser migrante se encuentra en un lugar alejado y no toma conocimiento de la comunicación o la misma le llega en forma tardía, con

²⁷⁵ ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit.*, pág. 223.

²⁷⁶ CNAT, plenario n° 50, "Bonanata Gorizia, Emma c/ Nestlé SA", 13/5/59, DT 1959-383, sentó como doctrina que "en el trabajo de temporada, a los efectos de establecer el monto de las indemnizaciones derivadas del despido, se computa como antigüedad el tiempo trabajado durante los períodos de actividad de la explotación"

las consecuencias para la suerte del contrato que ello traería aparejadas²⁷⁷.

En cuanto al *plazo* para efectuar la notificación, la norma en forma precisa señala que debe ser cumplimentada en un lapso de tiempo "*no menor de treinta días respecto del inicio de cada temporada*" en que el empleador deberá efectuar la misma.

Respecto a los *medios* a emplear para practicar la notificación, además de la forma personal, se admite la posibilidad de acudir a "*medios públicos idóneos*". En cuanto a la primera, la notificación personal del trabajador se podrá cumplimentar por instrumentos privados (nota dirigida al trabajador con su constancia de recepción suscripta por aquél), ya que, la vía verbal, sin dejarse de admitir que en la práctica es muy utilizada, resulta desechable por las dificultades probatorias futuras que implica. Al aludir a *los medios públicos idóneos*, el legislador con esa expresión incluye todos aquellos medios que son aptos para hacer llegar el mensaje al destinatario, sin que implique la necesidad de acreditar que el mismo efectivamente llegó a su conocimiento. Entre tales, algunos autores incluyen a la carta documento y el telegrama colacionado²⁷⁸, y otros se refieren específicamente a la publicación en diarios del lugar o la difusión del mensaje por radio y televisión²⁷⁹. A nivel jurisprudencial se ha condicionado la idoneidad de la publicación periodística, a que el trabajador tenga noticia cierta acerca del día y del medio en que la convocatoria ha de ser publicada. Así se ha dicho que "si bien la publicación periodística puede ser idónea para formular el llamado a reiterar la relación laboral en la siguiente temporada, no lo es cuando el trabajador no tiene una exacta información del momento ni del medio en que ha de ser efectuada"²⁸⁰. Intentando dar una solución para el caso de los trabajadores migrantes calidad que muchas veces tienen los de temporada, Martínez Vivot, sugiere que antes de terminar la temporada el trabajador exprese por escrito cuál es su domicilio real o fije un domicilio especial, para que allí se cursen las comunicaciones que la ley impone a cargo del empleador²⁸¹.

La falta de cumplimiento por el empleador de la carga de notificar al trabajador, por expresa determinación legal, trae como consecuencia la extinción del vínculo contractual, con la responsabilidad indemnizatoria a su cargo. Consideramos que igual solución corresponde a aquél en que se cursara la misma con una anticipación inferior a

²⁷⁷ ARONNA, Carlos César, *Op. Cit*, pág. 79.

²⁷⁸ ARONNA, Carlos César, *Op. Cit*, pág. 79.

²⁷⁹ ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit*, pág. 226.

²⁸⁰ Trab, N° 1, Mar del Plata, 20-10-97, "Brandán, Ramón A. c/ Hotelera Americana SA, TSS 1998-602, con nota crítica de CARCAVALLO, Hugo R., El aviso del empleador en el contrato de temporada, quien señala que "por la vía de una exégesis razonable se procura extraer certezas de una letra difusa y criticable. Con arreglo al criterio sustentado en el fallo, antes del receso, debería el empleador notificar al trabajador la o las fechas y el medio en que publicará los avisos, salida pretoriana opinable ante el texto legal y que puede tropezar con obstáculos en la práctica".

treinta días²⁸².

2) Obligación de respuesta del trabajador. Omisión.

El art. 98, LCT determina la obligación de respuesta a cargo del trabajador. Así éste, en un *plazo de cinco días* contados a partir de la recepción de la notificación deberá manifestar al empleador su decisión de continuar o no la relación laboral, ya sea por escrito o presentándose ante aquél.

Frente al silencio que guarda la ley respecto a la consecuencia que trae aparejada la falta de respuesta del trabajador, al no configurarse los presupuestos de la renuncia (art. 240, LCT), ni del abandono (art. 244, LCT, salvo que hubiere mediado una intimación al respecto), se discute en doctrina el encuadre que se le debe dar a tal omisión. Para Etala, se debe interpretar la actitud del trabajador de no presentarse a retomar sus tareas como un *comportamiento inequívoco*, en el sentido de la última parte del art. 58, LCT, asimilable a una renuncia tácita al empleo²⁸³. En cambio, Aronna considera que se debe aplicar la misma solución contemplada para el caso de incumplimiento del empleador, y tener por extinguido el vínculo contractual. A su juicio no se trata de establecer una presunción de renuncia al empleo, sino del incumplimiento de requisito al que la ley subordina la subsistencia del contrato²⁸⁴. Por nuestra parte consideramos que atento a que la renuncia no se presume (art. 58, LCT), si la omisión de respuesta del trabajador es seguida por una conducta de empleador que hasta el comienzo del ciclo no lo intima a presentarse, será de aplicación el art. 241, 3er párr. del mutuo acuerdo tácito, en tanto ello importe "un comportamiento concluyente y recíproco" de ambos, que "traduzca inequívocamente el abandono de la relación"

VII. Contrato a tiempo parcial

A. Introducción.

A partir de la segunda mitad del Siglo XX, se va desarrollando a nivel internacional, sobretudo en diversos países europeos, la contratación a tiempo parcial. Alonso Olea, señala que esta forma de contratación se ha mostrado particularmente adecuada para la ocupación de trabajadores jóvenes y de mujeres, especialmente si éstas tienen hijos a su cargo²⁸⁵, y además, ha contado con el beneplácito de las empresas, porque

²⁸¹ MARTÍNEZ VIVOT, Julio, *Ley Nacional de Empleo*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 85.

²⁸² ARONNA, Carlos César, *Op. Cit*, pág. 80.

²⁸³ ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit*, pág. 225.

²⁸⁴ ARONNA, Carlos César, *Op. Cit*, pág. 80/81.

²⁸⁵ ALONSO OLEA, Manuel, *Las relaciones de...* cit., págs. 673/686. El autor afirma que de hecho, las mujeres ocupan una gran parte de los puestos de trabajo a tiempo parcial, y en algunos países son casi sus ocupantes exclusivos, como el caso de Alemania en donde más del 93% de los trabajadores a tiempo parcial incluidos en la seguridad social son mujeres.

les ha permitido un cierto amoldamiento de las horas trabajadas a sus necesidades²⁸⁶.

También en este tema, como en tantos otros, la OIT ha tenido un rol significativo en la difusión e implementación de esta modalidad contractual. Así, en la 80ª reunión (1993) de la Conferencia Internacional de Trabajo, tuvo lugar la primera discusión sobre el contrato de trabajo parcial. Sobre la base de las conclusiones de esta reunión, la Oficina Internacional del Trabajo elaboró un informe en el que figuraban un proyecto de convenio y un proyecto de recomendación sobre el trabajo a tiempo parcial, que fue remitido a los Estados Miembros de la OIT. Luego en la conferencia celebrada en junio de 1.994, se aprobó el Convenio n° 175 y la Recomendación n° 182, sobre el trabajo a tiempo parcial. De acuerdo al citado Convenio n° 175 de la OIT, la expresión "trabajador a tiempo parcial", designa a todo trabajador asalariado cuya actividad tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable (art. 1, ap. a)²⁸⁷.

Luego, los diversos países han implementado sus regímenes particulares, y en algunos sistemas se prevé únicamente el trabajo en régimen de media jornada, mientras que en la mayoría se ofrecen varias opciones o bien una flexibilidad total²⁸⁸. En los ordenamientos europeos, la regulación del contrato a tiempo parcial ha tenido *dos formas* de manifestarse²⁸⁹: 1) por un lado, se encuentran aquéllos que *no concretan el porcentaje de reducción de horas o de días* concretos por debajo de los cuales se perfila el contrato a tiempo parcial, como por ejemplo Italia²⁹⁰ y España, actualmente²⁹¹; y 2) por el otro, entre los que se incluía anteriormente el español, están aquellos que *fijan una cantidad, medida o módulo de medición de la reducción del tiempo de trabajo*. Así, en Francia se consideran trabajadores a tiempo parcial a aquellos que trabajan una cantidad de horas inferior, cuando menos, en un quinto de la duración legal o convencional de la semana o mes de labor; y en Gran Bretaña se establece como trabajador a tiempo parcial a aquel que no excede las treinta horas semanales, sin incluir las horas extraordinarias.

²⁸⁶ ALONSO OLEA, Manuel, *Las relaciones de...* cit., págs. 673.

²⁸⁷ SALA FRANCO, Tomás, *La reforma del mercado de trabajo*, CISS S.A., 1.994, Valencia, España. En doctrina, Sala Franco señala que simplemente el concepto definitorio de trabajo a tiempo parcial es "el trabajado por un número de horas al día, a la semana o al mes, inferior al considerado como habitual en la actividad de que se trate en dichos períodos de tiempo",

²⁸⁸ THURMAN, Joseph y TRAH, Gabrielle, *El trabajo en régimen de jornada parcial en los países industrializados*, Revista Internacional del trabajo, 1989, núm. 4, p. 513, y HERMIDA MARTÍNEZ, Dario, *Trabajo a tiempo parcial. Una visión internacional*, TSS, 1995-265.

²⁸⁹ PORRAS, Alfredo, *Contrato de trabajo a tiempo parcial*, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1996, pág. 74.

²⁹⁰ En Italia se definen como contratos a tiempo parcial a aquellos cuya duración del trabajo es menor de la que establecen los convenios colectivos respecto de los trabajadores de tiempo completo o al número total de horas fijadas en determinada parte de la semana, mes o año.

²⁹¹ En el art.12 del Estatuto de los Trabajadores español se caracteriza como trabajador a tiempo parcial al que presta servicios "durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior al considerado como habitual en la actividad de que se trate en dichos períodos de tiempo", sin fijar un porcentaje mínimo de horas

En la República Argentina recién se consagra legislativamente el contrato de trabajo a tiempo parcial, por su incorporación en el nuevo 92 "ter" de la LCT, dispuesto por la ley 24.465.

B. Derecho Positivo.

a) Caracterización.

El art. 92 ter, incorporado a la LCT, por el art. 2 de la ley 24.465, regula el contrato a tiempo parcial caracterizándolo como aquél en virtud del cual "*el trabajador se obliga a prestar servicios durante un determinado número de horas al día o a la semana o al mes, inferiores a las dos terceras (2/3) partes de la jornada habitual de la actividad*" (inc. 1).

De la definición legal surge que el contrato a tiempo parcial se relaciona con la *duración de las tareas* del trabajador, y no con la duración del contrato (que podría ser por tiempo indeterminado, a plazo fijo, eventual o de temporada)²⁹² y que a los fines de determinar la procedencia de este modalidad contractual se toma como módulo de comparación *la jornada habitual* diaria, semanal o mensual, *de la actividad*.

Ello nos lleva a la necesidad de determinar qué se debe conceptualizar cómo *jornada normal de la actividad*, y a su vez, cuándo se configura el "tiempo parcial " referido por el texto legal.

Si bien en la mayoría de las actividades hay coincidencia entre la jornada legal (que surge de la ley 11.544, y a la que aluden, entre otros los arts. 198 y 245, LCT), con la *jornada habitual de la actividad*, pueden presentarse actividades donde la jornada fijada por el convenio colectivo para la actividad sea inferior a la legal. En tal caso, la jornada convencional, será su *jornada habitual de la actividad*. A su vez, como el módulo legal esta referido a la "actividad", si la jornada inferior hubiera sido establecida por un convenio colectivo de empresa, estimamos no corresponde su consideración, por cuanto aquélla se refiere a la jornada de la "actividad", y no de la empresa en particular²⁹³.

Con relación a aquellos *trabajadores no amparados por convenios colectivos de trabajo*, Porras sugiere aplicar como criterio válido lo dispuesto en el art. 245, apar. 3º, LCT para el "tope" indemnizatorio, y en tal caso, su jornada "habitual" será la que surja del convenio colectivo de actividad aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno²⁹⁴.

En cuanto al "*tiempo parcial*", no cualquier jornada inferior a la jornada habitual

inferior al normal y admitiendo expresamente que pueda concertarse el respectivo contrato por tiempo indefinido o por duración determinada.

²⁹² PIROLO, Miguel Angel, *Legislación del trabajo sistematizada*, Astrea, Buenos Aires, 2001, pág. 118.

²⁹³ ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit.*, pág. 211/2

²⁹⁴ PORRAS, Alfredo, *Op. Cit.*, pág. 79.

permite configurar un contrato a tiempo parcial, sino que la ley determina expresamente que el número de horas trabajadas al día, la semana o el mes *debe ser inferior a las dos terceras partes* (2/3) de esa jornada habitual. Consecuentemente, la reducción como mínimo de 1/3 de la duración de la prestación en el contrato a tiempo parcial, es un requisito "*sine qua non*", para la aplicación de su régimen²⁹⁵. De ahí que se considere que una jornada levemente superior a esas dos terceras partes, no permitiría hacer aplicable los efectos del contrato a tiempo parcial²⁹⁶. En cambio, la regulación legal no establece una jornada mínima, lo que permite la utilización de esta figura aún para jornadas muy reducidas²⁹⁷.

Los *módulos de tiempo* que computa la norma, son tres: día, semana y mes, no habiéndose incluido el módulo anual, que se encuentra previsto, en otras legislaciones, como la española²⁹⁸.

A partir de estas pautas, podemos señalar que el contrato a tiempo parcial puede así ser de prestación continua (*horizontal*) o discontinua (*vertical*), según que el trabajador cumpla tareas todos los días hábiles en horario reducido o que lo haga alternadamente durante la semana o el mes y, en estos casos, en jornada completa o en parte de ella²⁹⁹.

b) Principio de proporcionalidad .

Como correlato de la reducción del tiempo de trabajo que caracteriza al contrato a tiempo parcial, se establece el principio de proporcionalidad para la determinación de la remuneración y de los aportes y contribuciones con destino a la Seguridad Social.

²⁹⁵ PORRAS, Alfredo, *Op. Cit*, pág. 74. El autor recuerda el caso de España, cuya modalidad del contrato a tiempo parcial, fue en principio idéntica a la de nuestro país, estableciendo el límite de 2/3 de la jornada habitual de la actividad, y luego fue modificada suprimiendo el límite de 2/3 y en consecuencia el contrato a tiempo parcial es el trabajado por un número de horas al día, a la semana, al mes o al año "inferior al considerado como habitual en la actividad de que se trata en dichos períodos de tiempo". Ver el Real Decreto ley 18/1993, modificado por la ley 10/1994.

²⁹⁶ ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit*, pág. 212

²⁹⁷ RUPRECHT, Alfredo, *Las nuevas leyes laborales*, Zavalía, 1995, pág. 25, con la figura analizada se ha dado forma legal a un contrato que ya se aplicaba en la realidad, por cuanto "existen empresas que sólo tienen trabajo unas horas al día, o ciertos días de la semana, en cuyo caso los trabajadores tienen el carácter de permanentes, aunque en horarios reducidos".

²⁹⁸ PORRAS, Alfredo, *Op. Cit*, pág. 76.

²⁹⁹ GAVEGLIO, Héctor Hugo, *El contrato de trabajo a tiempo parcial*, DT 1.998-A-484, el art.92 ter LCT engloba las modalidades conocidas como "part-time" horizontal y "part-time" vertical ya que la reducción horaria puede establecerse por día, por semana o por mes, permitiendo laborar una cantidad inferior de horas diarias o acumularlas trabajando horario completo solamente en determinados días o semanas. GRISOLÍA, Julio Armando, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2002, pág. 254 ejemplifica que se podría prestar servicios todos los días (3 horas de lunes a viernes) o también algunos días de la semana o del mes, en jornada completa (8 horas) y/o en jornadas reducidas (3 horas).

a) Respecto a la *remuneración* del trabajador el art. 92 ter, inciso 1, LCT dispone en su parte final, que "*no podrá ser inferior a la proporcional que le corresponda a un trabajador a tiempo completo establecida por ley o convenio colectivo, de la misma categoría o puesto de trabajo*".

Este dispositivo encuentra su fundamento en el principio de igualdad, que a nivel constitucional aparece en el art.14 bis ("*las leyes...asegurarán al trabajador ...igual remuneración por igual tarea..*") y posibilita que la remuneración sea graduada en función de la duración de las tareas del trabajador a tiempo parcial, tomando como parámetro a la remuneración que fija la ley (salario mínimo vital) o el convenio colectivo para el trabajador a tiempo completo.

b) En cuanto a "*las cotizaciones a la seguridad social y demás que se recaudan con ésta, se efectuarán en proporción a la remuneración del trabajador y serán unificadas en caso de pluriempleo. En este último supuesto el trabajador deberá elegir entre las obras sociales a las que aporte, a aquella a la cual pertenecerá*" (Art. 92 ter. inc. 3, LCT).

Para determinar a qué *cotizaciones* a la seguridad social se refiere la norma, debemos señalar que por el decreto 2284/91 se creó el Sistema Unico de Seguridad Social (SUSS) y se instituyó la Contribución Unificada de la Seguridad Social (CUSS), cuya percepción y fiscalización está a cargo del primero(arts. 85 y 86). En el mismo decreto se detalla que la CUSS comprende los aportes y contribuciones de los trabajadores en relación de dependencia y de los empleadores, con destino al régimen nacional de jubilaciones y pensiones, a la Administración Nacional del Seguro de Salud, al Fondo Nacional de Empleo y al Régimen General de Obras Sociales y las contribuciones de los empleadores al régimen de las Asignaciones Familiares (art. 87,Decreto 2.284/91). Consecuentemente estimamos que estas son las cotizaciones que se encuentran comprendidas por la proporcionalidad del inc. 3 del art. 92 ter, LCT.

Un supuesto especial se plantea en el caso de *pluriempleo* (que el trabajador tuviese más de un empleo). En tal caso la directiva de la norma es que *las cotizaciones deberán unificarse* siendo facultad del trabajador la elección de la obra social a la que ha de pertenecer. Dicha elección la deberá efectuar entre aquellas obras sociales a las que debería aportar por las diversas actividades desarrolladas, y luego la elegida será la destinataria de los respectivos aportes y contribuciones.

c) *Prohibición del trabajo en horas extraordinarias.*

Por inc. 4 del art. 92 ter. los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen prohibido la realización de horas extraordinarias, salvo el caso del art. 89, LCT. Es decir, que se exceptúan de la prohibición las situaciones en que el trabajador deba prestar al

empleador ayudas extraordinarias por "peligro grave o inminente para las personas o para las cosas incorporadas a la empresa".

Ello permite formular la siguiente distinción:

a) El *trabajo en exceso de la jornada convenida* en un contrato a tiempo parcial, no puede considerarse "trabajo extraordinario", por cuanto frente a la prohibición legal, configura un objeto prohibido. En tal supuesto, el trabajador sólo cobrará las horas trabajadas en exceso, en *forma simple* y sin los recargos legales (arts. 40 y 43, LCT), y tampoco podrá exigir la extensión de la jornada en lo sucesivo, ya que tal prestación no genera un derecho adquirido³⁰⁰.

b) Por *excepción*, sólo frente a situaciones de peligro grave o inminente para las personas o las cosas de la empresa (art. 89, LCT), el trabajador realizará horas extraordinarias, y en tal caso, deberá percibir los recargos correspondientes (art. 5, ley 11.544 y 201, LCT)³⁰¹.

d) *Prestaciones de la seguridad social.*

Respecto a las prestaciones que la seguridad social debe brindar al trabajador a tiempo parcial, la regulación legal remite a la vía reglamentaria, estableciendo que se deberá tomar en cuenta "*el tiempo trabajado, los aportes y las contribuciones efectuadas*" (art. 92 ter, inc. 4, LCT). Sin perjuicio de ello, "*las prestaciones deben ser las adecuadas para una cobertura satisfactoria en materia de salud, aportando el Estado los fondos necesarios para tal fin, de acuerdo al nivel de prestaciones y conforme lo determine la reglamentación*".

Los decretos 292/95 y 492/95 (arts. 7/9) y la res. gral. 4063/95 de la Dirección General Impositiva implementan el sistema, distinguiendo tres situaciones³⁰²:

a) Los trabajadores cuyas remuneraciones sean iguales o superiores a tres (3) Mopre, recibirán las prestaciones de la seguridad social previstas en la legislación vigente;

b) Los trabajadores con salarios inferiores a tres (3) Mopre recibirán prestaciones de la seguridad social proporcionales al tiempo trabajado y a los aportes y contribuciones efectuados. Sin embargo, si no ejercen la opción que se detalla en el punto siguiente, la reglamentación exime al trabajador y al empleador de sus respectivos aportes y contribuciones para este régimen.

c) Los trabajadores con salarios inferiores a los tres (3) Mopre que opten

³⁰⁰ PIROLO, Miguel Angel, *Op. Cit*, pág. 118 y en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, (dir.) *Curso de derecho del trabajo*, Astrea, Buenos Aires, pág. 323; ARONNA, Carlos C., *El contrato a tiempo parcial en el proyecto legislativo*, *Rev. Trabajo y Seg. Social*, 1994, p. 282.

³⁰¹ PIROLO, Miguel Angel, *Op. Cit*, pág. 118.

³⁰² GAVEGLIO, Héctor Hugo, *Op. Cit*, A-492

voluntariamente por integrar personalmente el aporte a su cargo y la diferencia en la contribución del empleador por valor de los tres (3) Mopre, gozarán de los beneficios completos de la obra social en la misma situación que los primeros.

e) *Prioridad para ocupar vacantes a tiempo completo.*

Por último, la ley autoriza a las convenciones colectivas a establecer "*para los trabajadores a tiempo parcial la prioridad para ocupar las vacantes a tiempo completo se produjeren en la empresa*" (art. 92 ter, inc. 5, LCT).

Con ello se tiende a estimular para que por la vía convencional se otorgue prioridad a los trabajadores a tiempo parcial para cubrir las vacantes a tiempo completo que se produzcan en la empresa.

VIII. Contrato de grupo o por equipos

A. Introducción

El contrato de grupo o por equipos es un contrato de trabajo celebrado entre un empresario y un grupo de trabajadores, que actúan por medio de un delegado o representante.

El reconocimiento legal de esta figura jurídica, conocida también en el derecho comparado (*contrat d'équipe*, en Francia; *laboro per squadra*, en Italia; *contrato de trabajo de grupo*, en España)³⁰³, se considera que obedece a razones de *simplificación técnica*: para la contratación de determinados trabajos que usualmente se ejecutan en grupo ("cuadrillas", conjuntos musicales, etc.) se *celebra un solo pacto*, en lugar de tantos contratos como trabajadores integren el grupo³⁰⁴.

Sin embargo, una cuestión que ha merecido un distinto tratamiento es en cuanto a la vinculación jurídica que emerge de este tipo de modalidad contractual. Mientras para la legislación argentina se presenta una *pluralidad de sujetos pasivos* que se traduce en la existencia de una relación laboral individualizada entre cada uno de los trabajadores integrantes del grupo y el empleador beneficiario de los servicios, en la legislación española la construcción legal del contrato de grupo parte del hecho de que el jefe del grupo representa a los trabajadores integrados en éste, y que entre empresario y grupo media *una sola relación jurídica*, lo que determina que el empresario sólo ostente derechos y deberes frente al grupo considerado en su totalidad y no frente a cada trabajador singular (art.10.2, ET)³⁰⁵. Para Montoya Melgar "este ejercicio" grupal de los derechos y deberes empresariales se traduce prácticamente en el establecimiento de un nexo entre empresario y jefe de grupo, exclusivamente; del mismo modo que el salario se abona por el empresario al

³⁰³ ALONSO OLEA, Manuel, *Op. Cit.*, pág. 68.

³⁰⁴ MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 7ª ed., pág. 507.

jefe para que éste lo distribuya, la exigencia por el empresario de los deberes que incumben a los trabajadores (diligencia, obediencia, fidelidad, etc.) ha de formularse frente al grupo"³⁰⁶. A su vez, Alonso Olea tipifica a los contratos de grupo como una modalidad de contrato de trabajo caracterizada porque la obligación de ceder los frutos de su trabajo, la obligación de trabajar, la asumen colectivamente y en virtud de un solo vínculo jurídico, a través de un único contrato de trabajo, varios trabajadores. Al respecto señala que el empresario "no tendrá frente a cada uno de sus miembros (de los del grupo) los derechos y deberes que como tal le competen, sino frente al grupo en cuanto tal; el pacto en contrario disuelve el de grupo en varios contratos individuales"³⁰⁷.

En los próximos apartados analizaremos la caracterización de la figura en la legislación argentina y la regulación específica dada a la modalidad contractual considerada.

B. Derecho Positivo

a) Caracterización.

El primer y segundo párrafo del art. 101 de la LCT establece que "*habrá contrato de trabajo de grupo o por equipo, cuando el mismo se celebre por un empleador con un grupo de trabajadores que, actuando por intermedio de un delegado o representantes, se obligue a la prestación de servicios propios de la actividad de aquél . El empleador tendrá, respecto de cada uno de los integrantes del grupo, individualmente, los mismos deberes y obligaciones previstos en esta ley, con las limitaciones que resulten de la modalidad de las tareas a efectuarse y la conformación del grupo.....*"

De tal definición legal y delimitación que formula la norma mencionada, surgen dos características fundamentales del contrato de grupo o equipo:

a) *Pluralidad de sujetos pasivos que actúan por un intermediario.* La contratación se celebra entre un empleador (persona física o jurídica) con un grupo de trabajadores que actúan por *intermedio de un delegado o representante*. De donde, el contrato de trabajo por equipo lo constituye una *pluralidad de sujetos pasivos*, vinculados a la empresa a través del jefe de grupo³⁰⁸. Para María Cristina García Margalejo en esta modalidad contractual "el sujeto trabajador es un grupo de personas representadas por un jefe, que se compromete a prestar servicios propios de la explotación habitual del patrono, pese a lo cual el sujeto empleador tiene respecto de cada uno de los miembros del equipo las mismas obligaciones emergentes del contrato de trabajo en general, con las limitaciones resultantes de las tareas

³⁰⁵ MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Op. Cit.*, pág. 507.

³⁰⁶ MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Op. Cit.*, pág. 507.

³⁰⁷ ALONSO OLEA, Manuel, *Op. Cit.*, pág. 68.

³⁰⁸ FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado práctico... Cit.* pág. 878.

efectuadas y de la conformación peculiar del grupo"³⁰⁹. A ello Centeno agrega que "el grupo de trabajadores (nominado o innominado) se vincula con el empleador a través de un *delegado, representante o cabecilla*, como se lo llama muchas veces, el que actúa ejerciendo una forma especial de representación, pero no de un ente abstracto, sino de las personas físicas concretas (aunque pueden ser indeterminadas) que integran el conjunto, las cuales *como grupo o equipo*, se obligan a la prestación de los servicios, es decir a la realización en común del trabajo en la forma más o menos organizada que requiera la índole de las tareas a cumplir"³¹⁰.

Recordando las enseñanzas de Deveali podemos señalar que en el contrato de equipo existe el elemento *organización*, el que puede concurrir "de manera más o menos acentuada y referirse al aspecto funcional o solamente a la forma de *retribución*" y luego el recordado maestro da los siguientes ejemplos: conjuntos orquestales, cuadrillas para la atención de máquinas agrícolas, cuerpos de baile, arreo de "tropas" de ganado y cualquier otra tarea de conjunto o trabajo en común, donde aun teniendo asignada una tarea distinta, todos los trabajadores concurren a la realización de un trabajo común que por su complejidad no permite ser realizado por uno solo. También ubica en la misma situación a aquellos grupos, equipos o cuadrillas de estibadores o cargadores que toman a su cargo tareas de movimiento de bolsas, bultos o mercaderías en puertos, mercados o estaciones y en los cuales todos realizan un mismo trabajo por igual razón de no poder efectuarlo uno solo"³¹¹.

En consecuencia, lo característico del contrato de trabajo por equipo o grupo, es *la contratación de una pluralidad de trabajadores* (que se organizan para realizar un trabajo en común) que se realiza por medio de otro trabajador que actúa como coordinador o jefe del equipo (capataz, encargado de la cuadrilla, etc.), y que es quien *pacta las condiciones de trabajo que se aplican a todos los integrantes del grupo*.

b) *Unidad de relación jurídica con pluralidad de vínculos individuales*.³¹². No obstante que la contratación se realiza entre el empleador y el representante del grupo, la vinculación jurídica (relación laboral), lo será de aquél con todos y cada uno de los trabajadores individualmente. Al respecto Centeno señala que "la unidad de relación jurídica, empleador-grupo o equipo, no implica conferir a éste una personalidad distinta de los miembros que la integran, continuando siempre como sujeto del contrato de trabajo el

³⁰⁹ GARCÍA MARGALEJO, María Cristina, *El contrato de trabajo por equipo*, LT XXV, pág. 100.

³¹⁰ CENTENO, Norberto, *Op. Cit.*, pág. 437.

³¹¹ DEVEALI, Mario, *Lineamientos de derecho del trabajo*, Tipografía Argentina, Buenos Aires, 1.956, pág. 509.

³¹² GARCÍA MARGALEJO, María Cristina, *El contrato de trabajo por equipo*, LT 25-97 se trata de "un contrato pluriindividual y que genera relaciones del empleador con todos y cada uno de los integrantes del grupo".

trabajador (persona física) conforme así los establece con toda certeza el art.25 de la LCT: no hay contrato de trabajo que pueda formalizarse con una persona ideal; de allí que no podría admitirse que el grupo o equipo sea sujeto del contrato de trabajo, aparte que tampoco revista la forma de persona jurídica."³¹³

En definitiva, coincidimos con Fernández Madrid en el sentido que lo que distingue al contrato común del contrato de equipo es la *unidad de la relación jurídica* que liga al empleador con el grupo de trabajadores que toma a su cargo el trabajo para realizarlos en común. La LCT admite la unidad de relación jurídica que liga al empleador con el grupo, pero además, a través de lo dispuesto en el segundo párrafo del art.101, LCT *lo vincula con cada uno de los integrantes del equipo -individualmente-* en cuanto a los derechos y obligaciones previstos en la ley, con la salvedad que ello será "*con las limitaciones que resulten de la modalidad de las tareas a efectuarse y la conformación del grupo*"³¹⁴.

Todo esto significa que *cada uno de los trabajadores está en relación de dependencia con el empleador, y que éste tiene respecto de cada uno de los integrantes del grupo los deberes y derechos del contrato de trabajo en general*³¹⁵.

Por otra parte, en la caracterización y delimitación de esta figura debe señalarse que el contrato de trabajo de grupo o por equipo, es una *modalidad contractual* regulada por el art.101, LCT, que no debe ser confundida con el *trabajo por equipos* (en turnos rotativos), que se relaciona con la excepción al límite de la jornada de trabajo y al régimen de descansos (art. 202, LCT) y no tiene ninguna vinculación con aquella modalidad³¹⁶.

b) Facultades del jefe del equipo.

En el contrato de trabajo por equipo, quien interviene en representación del grupo de trabajadores, es un trabajador más del conjunto, y se lo denomina como *jefe de equipo, delegado, representante, etc.*

De acuerdo al art. 47, LCT cuando se formalice un contrato con la modalidad prevista en el art. 101, LCT "*se entenderá reservada al delegado o representante del grupo de trabajadores o equipos la facultad de designar las personas que lo integran y que deben adquirir los derechos y contraer las obligaciones que se deriven del contrato, salvo que por la índole de las prestaciones resulte indispensable la determinación anticipada de los mismos*". Consecuentemente, la ley le reconoce al delegado o representante del grupo, en principio la facultad de elegir los integrantes del grupo, con la excepción del caso que por la

³¹³ CENTENO, Norberto, *Op. Cit*, pág. 437.

³¹⁴ FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado práctico... Cit.* pág. 883.

³¹⁵ GARCÍA MARGALEJO, María Cristina, *El contrato... Cit.*, LT XXV, pág. 100.

índole de las prestaciones resulte indispensable la determinación anticipada de los mismos, y a ello el párr. 3, *in fine*, del art. 101, LCT agrega: "*Cuando un trabajador dejare el grupo o equipo, el delegado o representante deberá sustituirlo por otro, proponiendo el nuevo integrante a la aceptación del empleador, si ello resultare indispensable en razón de la modalidad de las tareas a efectuarse y a las calidades personales exigidas en la integración del grupo.*"

De todo ello, Justo López deduce que los integrantes del grupo *no negocian personalmente con el empleador*: negocia el delegado o representante. Pero además, después de la contratación del grupo, en principio, los reemplazos los hace el mismo delegado o representante, salvo que -excepción- "*por la índole de las prestaciones*" (art.47) o lo que es lo mismo "*en razón de la modalidad de las tareas a efectuarse y de la calidades exigidas en la integración del grupo*" (art.101,tercer párr. *in fine*), "resulte indispensable la determinación anticipada" de los integrantes, en cuyo caso el delegado o representante del grupo propone el nuevo integrante a la aceptación del empleador, es decir, negocia con éste el nuevo contrato de trabajo³¹⁷.

En definitiva, del juego armónico de los arts.47 y 101,LCT,surge que el representante del grupo tiene fundamentalmente, las siguientes facultades:

a) En primer lugar, tiene a cargo la *elección* de las personas que integrarán el conjunto, al tiempo de la formalización del contrato, salvo que por la índole de las prestaciones resulte indispensable su determinación anticipada (art. 47, LCT); y a su vez, el representante conserva dicho poder para el supuesto de que un trabajador dejase el grupo o equipo. En tal caso "deberá sustituirlo por otro" y proponérselo a la aceptación del empleador si ello resultase indispensable en razón de la modalidad de las tareas a efectuarse y a las calidades personales exigidas en el integración del grupo (art. 101, párr. 3, *in fine*, LCT),vale decir en las mismas circunstancias previstas en el art. 47, LCT, en oportunidad de formalizarse el contrato cuando se requiera la determinación anticipada de los integrantes del conjunto³¹⁸;

b) Además, el jefe del equipo acuerda con el empleador el monto de la remuneración y con los integrantes del grupo su distribución. En tal supuesto, Fernández Madrid sugiere se tome como pauta la disposición del art. 114, LCT que establece que en caso de que no haya remuneración pactada, será fijada por los jueces en relación al

³¹⁶ FELDMAN, Isaías, *El contrato de grupo o por equipo*, TSS 1977-195.

³¹⁷ LÓPEZ, Justo, *Ley de contrato de trabajo comentada*, t.I, pág. 320.

³¹⁸ FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado práctico...* *Cit.* pág. 885. ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit.*, pág. 234.

esfuerzo del trabajador, a la importancia de los servicios y a los resultados obtenidos³¹⁹.

C) *Integrantes del grupo o equipo.*

Hecha la designación de los integrantes del grupo por el delegado, el empleador tendrá respecto de cada uno de aquellos, los mismos deberes y obligaciones (debe comprenderse además los derechos) que resulten de la ley, con las limitaciones que resulten de la modalidad de las tareas a efectuarse y la conformación del grupo (art. 101, segundo párr., LCT). A su vez, con su designación, las personas que integran el grupo o equipo adquieren todos los derechos y asumen las obligaciones propias del contrato, las que, en la medida que traducen una relación directa con el empleador, deben cumplir con los deberes de diligencia y colaboración (art. 84, LCT), deber de fidelidad (art. 85, LCT), y particularmente, con el cumplimiento de las órdenes e instrucciones (art. 86, LCT).

Una de las cuestiones a dilucidar es la repercusión de los incumplimientos particulares de los integrantes del grupo con relación al mismo. Al respecto, coincidimos con quienes sostienen que el incumplimiento de uno de aquéllos no es causal suficiente para considerar que hay un incumplimiento contractual y posibilidad de despido de todos los integrantes del grupo, puesto que no existe, en este caso, posibilidad de aplicación de las normas del derecho civil y considerar que estamos ante acreedores conjuntos de una obligación de las llamadas mancomunadas³²⁰. Además, se ha señalado que un efecto de esta modalidad contractual está constituido por el impedimento que tendrá el empleador de separar o despedir un miembro del grupo sin anuencia del jefe, ya que con ello modificaría unilateralmente las condiciones de contratación, alterando por su culpa el cumplimiento cabal de las obligaciones de la otra parte³²¹.

d) *Salario colectivo.*

El salario de los integrantes del grupo puede pactarse en forma individual o colectiva. El art.101, LCT, establece en el tercer párr. que *"Si el salario fuese pactado en forma colectiva, los componentes del grupo tendrán derecho a la participación que les corresponda según su contribución al resultado del trabajo"*, a lo que se agrega en los párrafos cuarto y quinto del mismo artículo: *"El trabajador que se hubiese retirado tendrá derecho a la liquidación de la participación que le corresponda en el trabajo ya realizado. Los trabajadores incorporados por el empleador para colaborar con el grupo o equipo, no participarán del salario común y correrán por cuenta de aquél"*.

De la normativa transcrita surge la directiva con relación al salario fijado en

³¹⁹ FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado práctico...* Cit. pág. 885.

³²⁰ FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado práctico...* Cit. pág. 885. ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit.*, pág. 234.

³²¹ MEILIJ, Gustavo Raúl, *Contrato de trabajo*, t.I, pág. 394 con cita de Krotoschin, *Instituciones*, pág. 407.

forma colectiva: los integrantes del grupo tienen derecho a participar del salario común, y su parte se liquidará de acuerdo a su contribución en el resultado del trabajo. Incluso, a los trabajadores que se retiren en forma anticipada se deberá determinar su participación tomando en consideración el trabajo ya realizado. Al efecto, el representante es quien fija las bases de distribución entre los integrantes del grupo o conjunto³²².

La circunstancia que se haya establecido un salario común, no exime al empleador de pagar en forma personal y directa la remuneración. En tal sentido, deberá cumplir con las diversas normas que regulan la materia: el pago de la remuneración debe ser hecho al trabajador (arts. 74, 124 y 129, LCT), no siendo susceptible de efectuarse a terceros, salvo en ciertas circunstancias previstas en la misma ley (arts. 124 y 129). Incluso, atento a la calidad del empleador de obligado directo frente a los trabajadores, si efectuase el pago del salario común al representante del equipo, deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva percepción y distribución del salario entre los integrantes del grupo³²³.

En el último párrafo del art. 101, LCT se contempla el supuesto de la contratación de trabajadores por el empleador para realizar tareas de colaboración con el grupo o equipo. En tal caso, dicho personal no participa del salario común del grupo y su retribución correrá por cuenta del propio empleador.

e) Trabajo prestado por integrantes de una sociedad.

El art. 102, LCT prescribe que *“el contrato por el cual una sociedad, asociación, comunidad o grupo de personas, con o sin personería jurídica, se obligue a la prestación de servicios, obras o actos propios de una relación de trabajo por parte de sus integrantes, a favor de un tercero, en forma permanente y exclusiva, será considerado contrato de trabajo por equipo, y cada uno de sus integrantes, trabajador dependiente del tercero a quien se hubieran prestado efectivamente los mismos”*.

Este dispositivo legal enmarca una típica norma antifraude y se vincula con el art. 14, LCT, que trata de prevenir el fraude sancionando con la nulidad todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude laboral, mediante la *interposición de personas*, en cuyo caso hace aplicable la ley laboral.

En el art. 102, LCT se contempla tanto la figura de la sociedad como la de la asociación, comunidad o grupo de personas y en virtud de la misma cuando cualquiera de aquéllas se obligue a la prestación de servicios, obras o actos propios de *una relación de*

³²² FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado práctico...* Cit. pág. 885. ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit.*, pág. 234.

³²³ FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado práctico...* Cit. pág. 885. ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit.*, pág. 234.

trabajo a favor de un tercero, en forma permanente y exclusiva, será considerado contrato de trabajo por equipo, con lo cual cada uno de sus integrantes tendrá, con respecto a ese tercero, los mismos derechos y obligaciones propios del trabajador dependiente, vale decir, que en tanto contrato de trabajo de grupo o por equipo, se aplica lo normado en el art.101,segundo párr., LCT³²⁴.

Para Fernández Madrid la equiparación que se intenta lo ha sido en base a la admisión del *elemento esencial* del contrato de grupo o por equipo como es *la unidad de la relación jurídica* que liga al real empleador con el grupo o conjunto de socios integrantes de la sociedad, asociación, comunidad o grupos de personas a que alude la ley, y lo que en realidad interesa es que *en nombre de un tercero (la sociedad) se contraten servicios personales de uno o varios de los socios*, y éstos se comprometieran a la prestación de servicios, actos u obras, propias de una relación laboral, estando ello a cargo de sus integrantes en forma permanente y exclusiva, dicha relación es considerada contrato por equipo³²⁵. A ello Etala agrega que con el art.102, LCT se trata de desarticular el fraude intentado al presentar a los trabajadores que prestan servicios en relación de dependencia para un empleador como integrantes de una *sociedad*, generalmente de responsabilidad limitada o cooperativa³²⁶, aunque en la práctica pueda adoptar cualquiera forma societaria. De esta manera se aparentaría que la contratación se realiza de *empresa a empresa*, cuando en realidad se trata de simples trabajadores dependientes contratados por un empleador³²⁷.

El aspecto que ha sido criticado del texto legal es la referencia a la nota de *exclusividad*, que resulta sobreabundante y que no es propia de los contratos de trabajo, pues igualmente se configuraría el contrato si se diera la figura que tipifica el art. 21, LCT. En efecto, en esta última situación la ley prescinde de las formas asociativas y se atiende a la realidad de la vinculación, con el agregado de que la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo aun cuando se utilicen figuras no laborales, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario o por las primeras no sea dado calificar de empresario a quien presta el

³²⁴ FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado práctico...* Cit. pág. 885.

³²⁵ FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado práctico...* Cit. pág. 885.

³²⁶ Trib. Trab. n° 1, Bahía Blanca, en fallo del 21-3-1995, Acosta, Pascual c/ Frigorífico Guillermo Paloni descartó por mayoría la existencia del contrato de trabajo por grupo o por equipo al no demostrarse la existencia del delegado o representante (art. 47, LCT). En cambio, la minoría consideró que se había cometido fraude en perjuicio de la ley laboral, al simular la realización de trabajos de faenamientos realizados por intermediación de una cooperativa de trabajo, siendo que en realidad éstos se cumplieron por los actores laborando de acuerdo a las modalidades del art. 101, LCT.

³²⁷ ETALA, Carlos Alberto, *Op. Cit.*, pág. 235. Este autor señala que el antecedente de la norma debe ser ubicado en la ley 16.593,derogada por la LCT (art. 7°).

servicio(art. 23, LCT)³²⁸.

IX. Contrato de trabajo de aprendizaje.

A. Introducción.

La doctrina y la legislación comparada utilizan la denominación de *contrato de aprendizaje* para referirse al que se estipula entre un empleador y un trabajador potencial, con objeto de que este último, el aprendiz, adquiera el conocimiento técnico de un oficio o profesión³²⁹.

A su vez, la Organización Internacional del Trabajo, en diversos instrumentos ha considerado la cuestión, primero lo relativo al aprendizaje y luego dentro de la temática más amplia propia del desarrollo de los recursos humanos³³⁰.

En la recomendación n° 60, de 1.939, sobre el aprendizaje, se lo definió como el *"sistema en virtud del cual el empleador se obliga por contrato a emplear a un joven trabajador y a enseñarle, o hacer que le enseñen metódicamente, un oficio, durante un período previamente fijado, y en el curso del cual el aprendiz está obligado a trabajar bajo el servicio de dicho empleador"* (punto 1); en el convenio n° 117, de 1962, sobre la política social se contempla el dictado de disposiciones *"para desarrollar progresivamente un amplio sistema de educación, formación profesional y aprendizaje, que tenga por objeto lograr la preparación eficaz de menores de uno u otro sexo para conseguir empleo útil"* (art.15,1); y la recomendación n° 57, de 1939, sobre formación profesional la definió como *"todos los modos de formación que permitan adquirir o desarrollar conocimientos técnicos y profesionales, ya se proporcione esta formación en la escuela o en el lugar de trabajo"* (punto 1.a). Luego la recomendación 136 de 1.970 sobre programas esenciales para jóvenes, 1970, se refirió a los que permitieran a los jóvenes participar en actividades destinadas al desarrollo económico y social de su país y adquirieran en la educación, calificaciones y experiencias que faciliten posteriormente su actividad económica estable y fomenten su integración en la sociedad (punto 1.1.). Por último, la temática mencionada aparece contenida de forma más general en el convenio n° 142 de 1975, sobre el desarrollo de los recursos humanos.

En nuestro país, se estableció el régimen de aprendizaje y orientación profesional mediante los decretos leyes 14.538/44 y 6648/45 y sus modificaciones y normas complementarias. Este régimen, según Podetti no llegó a perfeccionarse, por cuanto el dec-

³²⁸ FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado práctico...* Cit. pág. 885.

³²⁹ CABANELLAS, Guillermo, *Op. Cit*, pág. 839.

³³⁰ PODETTI, Humberto, *El contrato de aprendizaje regulado por la ley 24.465*, DT 1995-B-1998.

ley 14.538/44 encomendó a la ex Comisión Nacional de Aprendizaje y Orientación Profesional que estudiara, previa consulta con los organismos patronales y obreros la posibilidad de implementar un régimen de contrato que fije las obligaciones de empleadores y aprendices (art.34), y que tal cometido no se habría cumplido, siendo llenado dicho vacío normativo por la doctrina y la jurisprudencia³³¹.

Con la vigencia de la LCT, en 1974, la situación no varió ya que tal ordenamiento no reguló el contrato de aprendizaje, sino que defirió el establecimiento de un régimen de aprendizaje y orientación profesional de los menores de catorce a dieciocho años de edad, a las normas especiales que existieran o que en el futuro se dictaren (art. 187, t.o. decr. 390/76)³³².

A partir de la sanción de la Ley 24.013 (LNE), en 1.991, se presentó una situación peculiar de doble regulación: por una parte seguía formalmente vigente -aunque con escasa aplicación práctica- el régimen de aprendizaje establecido por los decretos leyes 14.538/44 y 6648/45 y sus normas modificatorias y complementarias³³³, y a su vez, la ley de empleo creó a partir de su vigencia una nueva figura contractual de tipo *laboral a plazo*, relativa también al régimen de formación profesional y que fue la del "*contrato de trabajo-formación*" (art.58 y s.).

En 1.995, por la ley 24.465 se establece un nuevo régimen de aprendizaje, que sustituyó -al decir de Gnecco- por *incompatibilidad* el esquema de los decretos-leyes 14.538/44 y 6648/45, pero siguió coexistiendo el nuevo régimen con el del "*contrato de trabajo- formación*" de la LNE. En cuanto al régimen de aprendizaje de la ley 24.465, calificó a la vinculación de "relación contractual especial" (art. 4º) y la reglamentación la definió como de "carácter no laboral" (art.15, dec. 738/95)³³⁴.

Recién en 1998 se modificó la situación, por cuanto la ley 25.013 derogó ambas regulaciones: la modalidad contractual de formación de la LNE y la del contrato aprendizaje que estaba implementado por la ley 24.465, estableciendo una nueva regulación para este último, dentro del ámbito laboral, aunque como una *figura especial* (arts. 1º y 21)³³⁵.

B. Caracterización del contrato. Naturaleza jurídica.

Tradicionalmente, como lo destaca Carcavallo, la doctrina laboral ha discutido "la

³³¹ PODETTI, Humberto *Op. Cit*, pág. B-2002.

³³² GNECCO, *Contratos de formación y derecho del trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2002, pág.143.

³³³ MONTERO, Marta - SOLVES, María, *Las nuevas prácticas contractuales y la formación profesional*, TSS-1996-219.

³³⁴ GNECCO, Lorenzo *Op. Cit*, pág. 143.

³³⁵ GNECCO, Lorenzo *Op. Cit*, pág. 143.

naturaleza del contrato de aprendizaje y si este constituye o no un contrato de trabajo"³³⁶. A su vez, las definiciones, ligadas casi todas a las respectivas legislaciones nacionales, han ubicado el contrato de aprendizaje como un *contrato de trabajo especial*; como *contrato de enseñanza* o como un *contrato autónomo o mixto*³³⁷. Al respecto, los autores recuerdan las enseñanzas de Deveali, quien luego de establecer la diferencia entre el aprendizaje *artesano* y el *industrial*, explicó cómo cada una de las posturas dependía que se tuviera en consideración a uno o otro. En el *aprendizaje artesanal*, en el que el trabajo es un medio necesario para recibir la enseñanza; en el *aprendizaje industrial*, en el que "el trabajo constituye simplemente la ocasión "para conseguir aquélla". "La enseñanza no constituye ...ni para el aprendiz, ni para el empleador, la *causa* del contrato, sino simplemente, un efecto secundario del mismo. El contrato conserva por lo tanto la estructura típica del contrato de trabajo, con sus dos obligaciones fundamentales: la del trabajador, de dar su trabajo, y la del empleador, de abonar la retribución correspondiente"³³⁸.

Las distintas teorías que han tratado de explicar la *naturaleza jurídica* del contrato de aprendizaje, han merecido diversas clasificaciones. Podetti³³⁹ señala que se inclinan por ubicar al contrato de aprendizaje como un *contrato de trabajo especial*, entre otros, Cabanellas³⁴⁰; De Semo³⁴¹; De Ferrari³⁴² y Carcavallo³⁴³; como un *contrato especial de enseñanza*, Ramirez Gronda³⁴⁴ y como un *contrato mixto*, con elementos relativos al trabajo y a la formación profesional, Kaskel-Deresch³⁴⁵. Para De Virgilis³⁴⁶, las diversas opiniones pueden ser agrupadas en las siguientes tipificaciones: a) Contrato mixto: de trabajo y enseñanza (Lehman y Höniger); b) Convenio especial (Anastasi, Alonso Olea); c) Contrato de trabajo (de la Cueva) ;d) Contrato especial de trabajo (Krotoschin, Cabanellas); e) Contrato especial nominado (Montoya Melgar); f) Contrato "*sui genesis*", y a su vez, Gneco³⁴⁷, agrupa las diferentes tesis de la siguiente manera: a) la de quienes lo consideran totalmente *fuera*

³³⁶ CARCAVALLO, Hugo R., *Trabajo de Mujeres y Menores*, en Tratado, pág. 231.

³³⁷ PODETTI, Humberto *Op. Cit*, pág. B-1998.

³³⁸ DEVEALI, Mario L., Lineamientos de Derecho del Trabajo, Buenos Aires, 1957, págs. 405 y s. citado por Podetti, *El contrato de aprendizaje regulado por la ley 24.465*, DT 1995-B-2001.

³³⁹ PODETTI, Humberto *Op. Cit*, pág. B-2001.

³⁴⁰ CABANELLAS, Guillermo, *Contrato de trabajo- Parte especial*, vol IV, Buenos Aires, 1964, pág. 57.

³⁴¹ DE SEMO, Giorgio, *La relación de aprendizaje*, DT 1946-391.

³⁴² DE FERRARI, Francisco, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Montevideo, 1.962, t II, p.15.

³⁴³ CARCAVALLO, Hugo R. *Trabajo de...* *Cit*. pág. 233.

³⁴⁴ RAMIREZ GRONDA, Juan, *El contrato de trabajo*, Buenos Aires, 1945, pág. 245

³⁴⁵ KASKEL, Walter y DERSCH, Hermann, *Derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1961.

³⁴⁶ DE VIRGILIS, *Contrato de aprendizaje, Vazquez Vialard (Dir), Tratado de derecho del trabajo*, t. 3, pág. 385.

³⁴⁷ GNECCO, Lorenzo *Op. Cit*, pág. 116.

del campo laboral; b) la de quienes lo consideran como contrato "*sui genesis*", del cual emanan dos obligaciones fundamentales, una dirigida a la enseñanza y la otra encaminada al trabajo; c) la de quienes lo consideran un contrato *mixto* (parte de locación de servicios, parte de locación de obra) o *doble contrato*, puesto que también el aprendiz sería un tomador de trabajo frente al principal, obligado a enseñar, y d) la de quienes lo consideran plenamente *dentro* del marco laboral, como un *contrato de trabajo especial* (o variedad especial de contrato de trabajo).

La ley 24.465 definió el contrato de aprendizaje como *una relación contractual especial* que vinculaba a un empresario y a un joven sin empleo, generando los derechos y obligaciones que allí se especificaban (art. 4,1, ley 24.465), y luego el decreto reglamentario 738/95 declaró expresamente que "*el contrato de aprendizaje tiene carácter no laboral*" (art.15)³⁴⁸.

En cambio, la regulación actual del contrato de aprendizaje (Ley 25.013, art. 1) lo califica de naturaleza *laboral* al denominárselo como "*Contrato de trabajo de aprendizaje*". En consecuencia, a partir de la ley 25.013, el contrato de trabajo de aprendizaje es *un contrato de naturaleza laboral* que reconoce una regulación jurídica propia. Ello, trae aparejadas importantes consecuencias, entre otras, que en todos los aspectos no previstos específicamente en el regulación del art. 1 de la ley 25.013 (derechos y deberes de las partes, régimen remuneratorio, descansos y vacaciones, régimen de enfermedades y accidentes, etc.), se aplicarán las normas laborales comunes, en la medida que resulten compatibles con el régimen específico³⁴⁹.

C. Finalidad del contrato. Formación teórico-práctica.

Tradicionalmente se ha sostenido que el fin principal del contrato de aprendizaje

³⁴⁸ El Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 26, con fecha 25/9/97, en "Vera, A.K c/ Natural Foods Ind. Exp. SA s. Despido" declaró la inconstitucionalidad del art. 15 del decreto 738/95 por considerar que la ley 24465 no calificó al contrato de aprendizaje como una relación no dependiente y que un decreto carece de virtualidad para calificar como no laboral el contrato de aprendizaje. A juicio de este Tribunal el aprendizaje fue concebido en el marco del trabajo dependiente como un contrato mixto, caracterizado por la circunstancia de que, a la par que el menor trabajaba, se le daba capacitación. Ver este fallo en Doctrina Laboral, Errepar, Junio 1998, n° 154, pág. 602 con nota a fallo de CAUBET, Amanda, *El contrato de aprendizaje es un contrato de trabajo*. Ver además: BÜLHER, Walter N. *El contrato de aprendizaje*", DT, 1995-B-1370; SOSA, Juan Antonio, *Reforma laboral. Contrato de aprendizaje, cobertura de salud y cobertura por accidente*, DT, 1995-B-1588; GEREZ, Oscar., *El contrato de aprendizaje: aspectos relativos a su extinción y posibilidades indemnizatorias*", DL, Mayo/96, pág. 399; D'OTTAVIO, Ricardo, *El contrato de aprendizaje*, DL, Dic./96, pág. 28.

³⁴⁹ Al respecto, en materia de vacaciones, habrá que ver la edad del aprendiz: si es menor de edad, se deberá aplicar lo normado por el art.194, LCT y tendrá derecho a gozar de un período mínimo de quince días corridos, y si es mayor se aplicará la normativa general del instituto vacacional. Con relación a los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, durante la vigencia de la ley 24.465 y en virtud de la habilitación legislativa otorgada al Poder Ejecutivo de incluir dentro del sistema a relaciones no laborales, se dictó el decreto 491/97, que incorporó en forma obligatoria a aquellos que se desempeñasen en el marco del contrato de aprendizaje (art. 3, inc. 1). Al haber tipificado la nueva regulación de la ley 25.013, al contrato de aprendizaje

ha de ser la adquisición por el aprendiz de una perfecta capacidad en el oficio o industria de que se trate, mediante la enseñanza práctica y metódica que le suministra el maestro, subordinando a dicho fin el de la utilización del trabajo del aprendiz³⁵⁰.

La regulación de la ley 25.013, se orienta en tal sentido al remarcar que la relación incluye como principal faceta la transmisión de enseñanza teórico-práctica. La norma establece: “*El contrato de aprendizaje tendrá finalidad formativa teórico-práctica, la que será descripta con precisión en un programa adecuado al plazo de duración del contrato.*” (art.1, ap.1, ley 25.013).

Por ello se ha señalado con razón que frente al laconismo de la fórmula empleada por la ley 24.465 en su primitiva versión, que buscaba satisfacer “la finalidad formativa de la relación de aprendizaje”, la redacción actual resulta más expresiva en lo que se refiere al objeto de la formación, que se identifica con la adquisición de conocimientos “teóricos y prácticos” que le permitan al aprendiz desempeñarse en un puesto de trabajo. De donde la finalidad formativa objeto de este contrato se obtiene no sólo por el ejercicio práctico de la tarea, sino también por la adquisición de conocimientos teóricos adecuados a la misma y necesarios para el mejor rendimiento profesional³⁵¹.

Con ello se propugna lo que ha sido denominado como “transferencia de tecnología”, de habilidad³⁵², por cuanto resulta más eficaz el aprendizaje, con la combinación de la enseñanza teórica con el ejercicio de la actividad profesional. Ello debe ser implementado a través de un programa adecuado al plazo de duración del contrato, (mínimo de tres meses y un máximo de un año). Con la reforma el objeto contractual de la enseñanza de una especialidad se ve reforzada por la exigencia del requisito de la *formación teórica*³⁵³.

Tal obligación de enseñanza del empleador, configura un deber principal a tal punto que si dicha enseñanza no se diera o si en la práctica dejara de constituir la razón del contrato, la conclusión será que se trata de un contrato común de trabajo, y no de un contrato de aprendizaje (que sería simulado y falso)³⁵⁴, y que por ende debe entrar a jugar la sanción que determina la propia norma para cualquiera de sus incumplimientos: la de convertir el contrato de aprendizaje en un contrato por tiempo indeterminado (art. 1º, noveno apartado, ley 25.013). Ello en razón que su obligación de impartir enseñanza teórica ha

dentro del marco jurídico laboral subordinado, los aprendices están incluidos en forma obligatoria dentro del sistema (art. 2, inc. 1, b).

³⁵⁰ De Virgilis, *Op. Cit.*, pág. 394.

³⁵¹ RUBIO, Valentin, *La reforma Laboral*, Ley 25.013, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, pág. 16.

³⁵² VAZQUEZ VIALARD, Antonio, *Op. Cit.* pág. 352.

³⁵³ RUBIO, Valentin *Op. Cit.* pág. 16.

³⁵⁴ GNECCO, Lorenzo *Op. Cit.*, pág. 153.

pasado a ser un elemento esencial de la contratación, del cual depende su calificación jurídica y que no puede compensarse con el mero aprendizaje práctico, derivado del desempeño del trabajo³⁵⁵.

El aspecto que ha merecido algunos reparos es que si bien la ley 25.013 determina la obligación de elaborar un programa para el contrato de aprendizaje, lo hace de manera genérica e imprecisa. Rodríguez Mancini y Confalonieri (h) puntualizan que hay cuestiones que no resultan claras: en primer lugar el contenido de la obligación; si resulta suficiente con que el empleador elabore el programa y lo conserve para sí o si además es menester que se lo haga conocer al trabajador. Además, se ha omitido explicitar el contenido del programa de formación, esto es los temas o materias sobre los que debe versar. Sobre este último aspecto los autores citados consideran que deberá puntualizarse claramente cuál ha de ser el tiempo destinado a la formación y cuál el reservado al trabajo, precisándose el fin que se pretende lograr con el ciclo formativo³⁵⁶.

D. Forma del contrato y su registración.

La regulación establece que el contrato de trabajo de aprendizaje "se celebrará por escrito" (art. 1, ley 25.013) y por aplicación de la normativa general del art. 19 del mismo cuerpo legal, según el cual todos los contratos de trabajo, deberán ser registrados ante los organismos de seguridad social y tributarios en la misma forma y oportunidad que los contratos por tiempo indeterminado, deberá hacerse lo propio con relación al contrato analizado. En tal comunicación se deberá indicar el tipo de contrato de que se trate y, en su caso, las fechas de inicio y finalización. El Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos, como autoridad de aplicación, tiene a su cargo la supervisión del cumplimiento de esta normativa. (conf. Art. 19 de la ley 25.013).

E. Partes del contrato de aprendizaje. Prohibición de contratar.

Son partes del contrato de aprendizaje, un *empleador*, y un *joven sin empleo, de entre quince (15) y veintiocho (28) años*. (art. 1, Ley 25.013).

Al igual que en la regulación de la ley 24.465, se exige que se trate de "*un joven sin empleo*", y se determina una franja de edad, entre quienes pueden concertar este tipo de contratos³⁵⁷. Pero mientras en la regulación derogada, la edad era entre 14 y los 25 años,

³⁵⁵ RUBIO, Valentin *Op. Cit.* pág. 16.

³⁵⁶ RODRIGUEZ MANCINI, Jorge - CONFALONIERI, Juan A (h), *Reformas Laborales*, Astrea, Buenos Aires, 2000, pág. 79.

³⁵⁷ RODRIGUEZ MANCINI, Jorge - CONFALONIERI, Juan A (h), *Op. Cit.* pág. 63, atento a que la ley no aclara si debe tratarse de un joven titulado o no, consideran que un profesional universitario podría perfectamente ser contratado bajo esta modalidad.

ahora se ha elevado el límite máximo a 28 años, como una forma de dar posibilidad de obtener empleo a quienes se encuentren en esa edad.

Con relación a *quienes* pueden ser contratados como aprendices, la ley establece dos limitaciones:

a) no pueden serlo "*aquellos que hayan tenido una relación laboral previa con el mismo empleador* (art. 1, párr. 5, ley 25.013). Con ello se evita el uso fraudulento de esta figura y que las empresas procedan a sustituir trabajadores permanentes por aprendices. Consecuentemente, no pueden ser contratados como aprendices los trabajadores que hubieran celebrado un contrato de trabajo por el período de prueba, a plazo fijo, eventual, de temporada o a tiempo parcial³⁵⁸.

b) respecto de quien ya estuvo contratado "*agotado su plazo máximo, no podrá celebrarse nuevo contrato de aprendizaje respecto del mismo aprendiz*". Esta prohibición evita que esta contratación se prolongue en el tiempo, en condiciones de precariedad laboral, en perjuicio del trabajador. Para Gnecco, a *contrario sensu*, resultaría posible su celebración, aun cuando hubiera habido anteriormente un contrato de este tipo, si se extinguió *antes* de agotarse el tope máximo legalmente previsto. En este último caso, razonablemente debería entenderse que el lapso posible queda limitado al saldo faltante hasta alcanzar dicho máximo³⁵⁹.

Por otra parte, la normativa regulatoria del contrato de aprendizaje expresamente establece que las cooperativas de trabajo y las empresas de servicios eventuales no podrán hacer uso de este contrato (art. 1, ley 25.013). Al decir de Pose, la directiva tiene una clara función antifraude, y busca evitar la utilización abusiva de la figura del aprendizaje para enmascarar situaciones de dependencia laboral³⁶⁰.

F. Deberes del aprendiz.

La doctrina señala que el sujeto aprendiz suma en su persona dos cualidades convergentes: la de trabajador incipiente y la de alumno en ejercicio de aplicación profesional³⁶¹. Con arreglo a ello debe un doble acatamiento: el laboral como trabajador y el

³⁵⁸ RUBIO, Valentin *Op. Cit.* pág. 21.

³⁵⁹ GNECCO, Lorenzo, *Op. Cit.*, pág. 149. En igual sentido se pronuncian, RODRIGUEZ MANCINI, Jorge - CONFALONIERI, Juan A (h), *Op. Cit.* pág. 62 quienes además se plantean la hipótesis de si el aprendiz puede hacer un contrato similar con otro empleador, y dan respuesta afirmativa, considerando que la prohibición va dirigida solamente al mismo empleador.

³⁶⁰ POSE, Carlos, *Régimen de reforma laboral, Ley 25.013*, Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 21. El autor citado señala que en distintas ocasiones la jurisprudencia ha calificado como relaciones laborales susceptibles de justificar la aplicación de la ley de contrato de trabajo a situaciones que pretendían ser tipificadas como "becas" o contratos de aprendizaje (CNTrab, Sala III, 30/9/97, Castillo c. Activa AFJP SA DT 1998-B-1875, íd. Sala X, 31/10/96, Goncalvez c Activa AFJP SA, TSS 1997-595), aunque también se ha aceptado la validez de un contrato de beca (CNTrab, Sala II, 27/5/97, Canavese c. Activa AFJP SA, TSS 1997-592, con nota de CARCAVALLO, Hugo, Nuevos pronunciamientos sobre becas).

³⁶¹ De Virgilis, *Op. Cit.* pág. 398.

pedagógico como alumno. Al respecto, Gnecco indica entre las principales obligaciones que está compelido a observar con relación del dador de trabajo y enseñanza, a las siguientes: a) cumplir con las instrucciones emanadas de su "maestro" respecto del trabajo o actividad encomendados; b) aprender, esto es, observar las enseñanzas que se le impartan y tratar de superarse en sus tareas con arreglo a los principios de buena fe, diligencia y disposición que prescribe la normativa general (arts. 62, 63, 84, 86 y conchs. LCT). Existiría, así, tácitamente consignado, una especie de deber de aprender como obligación contractual; c) obedecer y respetar a su "maestro", y d) guardar reserva o secreto de las informaciones que tenga acceso y observar los deberes de fidelidad que deriven de la índole de las actividades asignadas³⁶².

G. Duración del contrato.

La ley determina que el contrato de aprendizaje tendrá *"una duración mínima de tres meses y una máxima de un año"* (art. 1°, 2° párrafo, ley 25.013).

Mientras en la regulación de la ley 24.465, la duración máxima de este contrato era de dos años, con la ley 25.013 se reduce a un año. En cambio, la duración mínima permanece sin variantes con relación a la legislación anterior.

El fundamento del límite en la duración contractual lo encontramos en razones tuitivas, por cuanto al tener como objeto la capacitación del aprendiz, una vez lograda ésta, sería desnaturalizar el carácter formativo del contrato, aceptar su continuidad.

Al fijar la norma un límite mínimo y uno máximo a la duración del contrato, debe considerarse qué consecuencias acarrea su no cumplimiento. En el caso de la contratación por un término inferior a los tres meses, debe entenderse vigente hasta ese lapso (art. 43, LCT). En cambio, si se supera el término de un año, se convertirá la relación en un contrato de trabajo por tiempo indeterminado.

H. Jornada de trabajo.

El artículo 1°, 4° párrafo de la ley 25.013 establece que: *"La jornada de trabajo de los aprendices no podrá superar las cuarenta horas semanales, incluidas las correspondientes a la formación teórica. Respecto de los menores se aplicarán las disposiciones relativas a la jornada de trabajo de los mismos"*.

El dispositivo legal determina una *reducción* de la jornada de trabajo *a favor de los aprendices*, con relación a la jornada normal de trabajo (cuarenta y ocho horas), regulada de acuerdo a la edad del trabajador :

a) la jornada de los aprendices cuya edad esté ubicada entre los 19 y 28 años no podrá superar las cuarenta horas semanales.

³⁶² GNECCO, Lorenzo, *Op. Cit.*, pág. 159.

b) la jornada laboral de los aprendices cuya edad esté comprendida entre los 15 y los 18 años, se rige por las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo, que en su parte pertinente establece que *“no pueden trabajar en ningún tipo de tareas durante más de seis horas diarias o treinta y seis semanales, sin perjuicio de la distribución desigual de las horas laborales”* (art. 190, LCT).

Si bien dentro de su jornada, ya está incluida su capacitación teórica, la reducción de aquélla procura dejar tiempo libre a los aprendices para que puedan completar su formación práctica con la asistencia a diversos cursos.

I. El preaviso y la indemnización sustitutiva.

No obstante que el contrato de aprendizaje es un contrato por tiempo determinado y con plazo cierto de vencimiento, se establece el instituto del preaviso, como obligación a cargo del empleador, a diferencia de la regulación de la LCT, donde el deber de preavisar está a cargo de ambas partes del contrato. Así, el artículo 1°, párrafo 7°, ley 25.013 establece que *：“El empleador deberá preavisar con treinta (30) días de anticipación la terminación del contrato o abonar una indemnización sustitutiva de medio mes de sueldo”*.

De tal modo se pone a cargo del empleador el deber de preavisar la futura extinción de la relación laboral, y en caso de su no cumplimiento, la propia ley limita la indemnización sustitutiva del preaviso a medio mes de sueldo.

Para algunos autores, la consagración de un sistema de preaviso implica, el derecho del trabajador preavisado de gozar de licencia diaria para la obtención de un nuevo empleo (art. 237, LCT).

J. Extinción del contrato.

Dado que el art.1 de la ley 25.013, solo alude a la extinción por vencimiento del contrato de aprendizaje, y en los demás supuestos remite al art.7 y conchs. del mismo ordenamiento, analizaremos por separado la extinción del contrato por su vencimiento, y luego, los otros supuestos.

a) Vencimiento del plazo contractual.

Si la extinción del contrato se produce por el cumplimiento del plazo fijado por las partes, habiendo mediado preaviso, el empleador no está obligado al pago de indemnización alguna al trabajador. Ello surge del párrafo 8° del artículo 1° de la ley *：“El contrato se extinguirá por cumplimiento del plazo pactado; en este supuesto el empleador no estará obligado al pago de indemnización alguna al trabajador sin perjuicio de los dispuesto en el párrafo anterior. En los demás supuestos regirá el artículo 7° y concordantes de la presente ley”*.

Del texto transcrito surge la siguiente distinción: si el contrato se extingue por

cumplimiento del plazo, habiendo mediado preaviso, el empleador no deberá pagar indemnización alguna; en cambio, si producida la extinción por vencimiento del plazo, no ha mediado preaviso, el empleador no deberá indemnización alguna por la extinción, pero si la indemnización sustitutiva de preaviso omitido, considerada en el apartado anterior, o sea de medio mes de sueldo. En cuanto a las demás causales de extinción del contrato, se remite a las normas del art.7 y conc. de la ley 25.013.

b) Otras causales de extinción del contrato.

A partir de la circunstancia que el párr. 8vo. del art.1 de la ley 25.013, luego de regular la extinción del contrato por vencimiento del plazo determina que "*en los demás supuestos regirá el artículo 7 y concordantes de la presente ley*", estimamos que con relación a la demás causales de extinción del contrato resultan de aplicación las normas del ordenamiento general (tanto las fijadas para los contratados a partir del 3-10-98 por la ley 25.013, como las demás normas de la LCT que resulten compatibles con la normas particulares del contrato de aprendizaje).

Consecuentemente, el empleador del aprendiz estará legitimado para romper el vínculo invocando la existencia de injuria laboral (art. 242, LCT) y, a su vez, el aprendiz, podrá considerarse en situación de despido indirecto frente a hechos injuriosos del empleador que no consientan la prosecución del vínculo (art. 246, LCT)³⁶³.

En el supuesto de despido incausado o cuando el trabajador aprendiz hiciese denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa, tendrá derecho a las indemnizaciones previstas en los artículos 6°, 7° u 11, en su caso, de la ley 25.013 (art. 8°, del mismo cuerpo legal)³⁶⁴.

Por los motivos señalados, consideramos que serán de aplicación las demás causales de extinción del contrato (por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo, por muerte del trabajador, por muerte del empleador, por quiebra o concurso del empleador, etc.), en la medida que resulten compatibles con las normas regulatorias del contrato de aprendizaje³⁶⁵. En el cálculo de las indemnizaciones respectivas serán a aplicación los artículos 6°, 7° u 11, en su caso, de la ley 25.013, atento a la remisión expresa formulada en el párrafo 8vo. del art. 1 de dicha ley³⁶⁶.

³⁶³ POSE, Carlos, *Op. Cit.* pág. 20. Al respecto, FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado práctico de... Cit.* pág. 744, citado por Pose, sostiene que como el contrato está formado por dos elementos -aprendizaje y trabajo- el hecho de que el dependiente abandone o reapruebe los estudios puede significar justa causa de despido, y que el contrato vendría a carecer de uno de sus elementos sustanciales.

³⁶⁴ RUBIO, Valentin *Op. Cit.* pág. 20.

³⁶⁵ POSE, Carlos, *Op. Cit.* pág. 21.

³⁶⁶ VAZQUEZ VIALARD, Antonio, *Op. cit.* T.I, pág. 354 quien señala que si la resolución del contrato operara por otras razones que no sea por vencimiento del plazo pactado, resultan aplicables las normas que establece el mismo texto legal (ley 25.013), respecto del "nuevo régimen". POSE, Carlos, *Op. Cit.* pág. 20. pone el

K. Porcentaje de contratación.

El apartado 6°, del art.1, de la ley 25.013 dispone que " *El número de aprendices contratados no podrá superar el 10% de los contratados por tiempo indeterminado en el establecimiento de que se trate. Cuando dicho total no supere los diez trabajadores, será admitido un aprendiz. El empresario que no tuviere personal en relación de dependencia también podrá contratar un aprendiz.*"

La limitación legal tiene su fundamento en la finalidad de evitar la utilización abusiva de la figura, lo que traería aparejado el peligro de contratación de aprendices como mano de obra barata, y a su vez, para que las vinculaciones que se desarrollen bajo el amparo de esta figura, lo sean en forma eficaz, por cuanto el número excesivo de aprendices impediría que se le impartan las enseñanzas en forma adecuada.

La limitación de la contratación rige por *establecimiento* (de donde una empresa que tenga varios establecimientos, el límite se debe computar por cada unidad de producción)³⁶⁷.

L. Certificado.

Cuando el contrato finalice, " *el empleador debe otorgar al aprendiz un certificado suscripto por el responsable legal de la empresa que acredite la experiencia o especialidad adquirida.*" (Párr. 3°, art. ley 25.013).

Este tipo de certificación resulta lógica, para acreditar la experiencia o especialidad adquirida por el aprendiz. Se la vincula con la certificación prescripta por el art. 80, LCT, y además de servir para acreditar su capacitación en determinada disciplina, le posibilitará al trabajador demostrar que ha prestado servicios bajo un sistema de dependencia laboral³⁶⁸.

Si el empleador incumpliera su obligación de entregar el certificado, atento a que el contrato se encuentra extinguido, sólo le dará derecho al trabajador para reclamar el respectivo certificado, con más los daños que tal actitud del empleador le hubiera causado, estando a su cargo la acreditación de los mismos (art.505,Cód. Civil)³⁶⁹.

LL. Pago de retribución.

La ley 25.013 omitió toda mención directa con relación al pago de una retribución

siguiente ejemplo: una empresa con tres establecimientos que cuente con ocho trabajadores en cada uno podrá contratar hasta tres aprendices; su homóloga que tenga igual número de trabajadores -veinticuatro- pero que explote solo un establecimiento, está autorizada para incorporar sólo dos aprendices y se traduce en las siguientes directivas: a) el número de los aprendices no podrá superar el 10% de los trabajadores contratados por tiempo indeterminado; b) cuando dicho total no supere los diez trabajadores, será admitido un aprendiz, y c) el empresario que no tuviere personal en relación de dependencia también podrá contratar un aprendiz.

³⁶⁷ POSE, Carlos, *Op. Cit.* pág. 19.

³⁶⁸ VAZQUEZ VIALARD, Antonio, *Op. cit.* T.I, pág. 354.

³⁶⁹ GNECCO, Lorenzo, *Op. Cit.*, pág. 154/5.

para el aprendiz, y sólo hace una referencia tangencial en el párr. 7º del art.1.

Al haber el legislador tipicado el contrato de aprendizaje como laboral, no cabe duda que será de aplicación el principio general del art.115, LCT, según el cual el trabajo no se presume gratuito. Por ello coincidimos con quienes sostienen que el empleador deberá remunerar a los aprendices de conformidad con lo que las partes (empleador-aprendiz) pacten al respecto, respetando los correspondientes mínimos legales o convencionales que pudieran al efecto estipularse y aplicándose las normas generales de protección de la retribución pertinentes, en cuanto al plazo, fecha, lugar y forma de pago (arts. 103, 105, 107, 121, 124, 126, 128, 129, 140 y conchs. LCT³⁷⁰).

También por aplicación de las normas generales se impone formular una distinción sobre el salario mínimo a computar. Respecto de los aprendices *mayores de dieciocho años de edad*, por lo normado en el art. 117, LCT, en principio les corresponderá la aplicación del salario mínimo vital horario por cada hora de aprendizaje. Sin embargo, también deberían entenderse admisibles las *reducciones* de su cuantía en relación con lo percibido por los trabajadores comunes, en función de la condición de aprendiz o de resultar menores de edad (art.119,LCT).

Con relación a la fuente habilitada para establecer las reducciones de la retribución fundadas en la condición de aprendiz, Rodríguez Mancini y Confalonieri (h), opinan que la única vía posible sería mediante resolución del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo Vital y Móvil³⁷¹.

Atento a lo prescrito en el régimen general, si se tratare de trabajadores aprendices entre los quince y dieciséis años de edad, el empleador debería proceder a la retención y depósito del 10% de la retribución que les corresponda, en la cuenta de ahorro que deberá abrir a favor de ellos (arts. 192 y 193, LCT)³⁷².

M. Incumplimientos del empleador. Conversión del contrato.

En el apartado 9, del art. 1, Ley 25.013, se establece en forma general la sanción por el incumplimiento del empleador a sus obligaciones derivadas de la regulación específica del contrato de aprendizaje. La norma dispone :"*Si el empleador incumpliera las obligaciones establecidas en esta ley el contrato ser convertirá a todos sus fines en un contrato por tiempo indeterminado*"

En primer lugar debe advertirse que este tipo de sanción debe ser aplicada, como señala Gnecco, "orgánicamente, esto es, acorde con el contenido y economías de la ley y en la medida de lo compatible con el instituto", lo que implica que si hay una consecuencia

³⁷⁰ GNECCO, Lorenzo, *Op. Cit.*, pág. 154/5.

³⁷¹ RODRIGUEZ MANCINI, Jorge - CONFALONIERI, Juan A (h), *Op. Cit.* pág. 82/83.

jurídica establecida para el caso de la inobservancia de alguna obligación (por ejemplo, la obligación del preaviso, que en caso de incumplimiento conlleva la del pago de una indemnización sustitutiva), no sería de aplicación la conversión³⁷³.

Consecuentemente, *procederá la conversión* del contrato en uno de plazo indeterminado, por incumplimientos del empleador, entre otros, en los siguientes casos: cuando aquél no da por concluida la relación al vencimiento del plazo fijo fijado al efecto; ejecución de la jornada semanal más allá del límite de 40 horas; la contratación de un trabajador que ya se había desempeñado con el mismo empleador durante un año; el contrato de aprendizaje concertado por una cooperativa de trabajo o una empresa de servicios eventuales; la del personal cuando se ha excedido el cupo de aprendices admitido (10% de la plantilla); etc.³⁷⁴. En cambio, consideramos que *no procede la conversión* contractual, cuando se trata de otros incumplimientos del empleador, que no estuvieren específicamente contemplados en el art. 1 de la ley 25.013, como injurias que no consientan la continuidad de la relación; falta de pago en término de los salarios; etc.³⁷⁵.

³⁷² GNECCO, Lorenzo, *Op. Cit.*, pág. 154/5.

³⁷³ GNECCO, Lorenzo, *Op. Cit.*, pág. 154/5. En igual sentido, se pronuncian, RODRIGUEZ MANCINI, Jorge - CONFALONIERI, Juan A (h), *Op. Cit.* pág. 85.

³⁷⁴ VAZQUEZ VIALARD, Antonio, *Op. cit.* T.I, pág. 354. En el caso de la conversión por exceso en el cupo, el citado autor considera que la referida conversión sólo tiene efectos respecto de los incorporados al régimen en exceso, no de aquéllos otros que lo han sido dentro de los niveles aceptados. RODRIGUEZ MANCINI, Jorge - CONFALONIERI, Juan A (h), *Op. Cit.* pág. 85. señalan como incumplimientos que traen aparejada la conversión del contrato, a los relativos a las siguientes obligaciones: de formación del aprendiz, de establecer un programa de formación; de respetar la forma escrita; de registrar el contrato; de respetar los requisitos que debe reunir el aprendiz; de no exceder los topes cuantitativos; de respetar la jornada legal, y la obligación para las empresas de servicios eventuales y sociedades cooperativas de respetar la prohibición de contratar aprendices.

³⁷⁵ VAZQUEZ VIALARD, Antonio, *Op. cit.* T.I, pág. 354.

