

Título: La aplicación del artículo 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo en tiempos de Covid-19. La validez del DNU 329/2020 como norma de emergencia

Autor: Sfeir, Santiago L.

Publicado en: La Ley Online;

Cita Online: AR/DOC/1163/2020

Sumario: I. La situación en el marco de la pandemia por COVID-19.— II. El dec. de Necesidad y Urgencia 329/2020. Su constitucionalidad.— III. Prohibición de despedir vs. art. 92 bis LCT.— IV. Conclusiones. ¿Norma de emergencia o alteración de la esencia del período de prueba y la libertad de contratación?

(*)

I. La situación en el marco de la pandemia por COVID-19

Como es de público conocimiento, el brote pandémico de COVID-19, comúnmente conocido como coronavirus, ha puesto en jaque la realidad como la conocemos; las relaciones personales ciertamente no volverán a ser lo que fueron y, como resulta evidente, la situación jurídica —cabe destacar que nos referimos a todos los aspectos y ramas del derecho posibles— han de cambiar necesariamente.

No puede ni debe olvidarse que los aislamientos por los distintos gobiernos a nivel mundial han herido de gravedad las economías de todos y cada uno de los países afectados por el brote, impidiendo que gran parte de las compañías deban detener, total o parcialmente, su producción o su prestación de servicios, quedando solamente exceptuados un puñado mínimo de empresarios que han sido catalogados, en el caso argentino, como "servicio esencial".

Ahora bien, no escapa a la inteligencia de todos nosotros que, a pesar de haber sido consideradas como actividades esenciales excluidas del estricto cumplimiento de la cuarentena, las diferentes empresas enmarcadas en esta categoría han visto sus finanzas sumamente golpeadas porque, a pesar de continuar trabajando, muchos de sus clientes no lo han hecho.

Esta situación es la que golpea en la actualidad a gran parte de las pequeñas y medianas empresas argentinas que, a pesar de poder continuar trabajando, han sufrido golpes cuya magnitud, ciertamente, podrían herirlas de muerte.

En un principio, y como paliativo para superar esta difícil situación, muchos empresarios, conjuntamente con sus asesorías letradas, recurrieron a la posibilidad de realizar despidos amparándose en casos de fuerza mayor por falta y/o disminución de trabajo, o bien, han recurrido a suspensiones con reducciones de salario de su personal y así salvaguardar la fuente de trabajo de sus dependientes.

Es bien sabido que la Pequeña y Mediana Empresa, en el caso de nuestro país, reviste un carácter de suma importancia para nuestra economía ya que son el principal generador de empleo; es así que, en situaciones de crisis, es necesaria una cierta protección del sector de los pequeños empresarios a los fines de evitar su cierre y así mantener los puestos de trabajo de miles de ciudadanos argentinos.

Cierto es asimismo que, aprovechando la confusión de crisis, han surgido ciertos sujetos que, aprovechando la situación, han recurrido a las herramientas antes citadas con la sola intención de evitar el pago de indemnizaciones de mayor cuantía.

Ahora bien, la llegada de la batería de medidas propuestas por el Poder Ejecutivo Nacional han, ciertamente, condicionado las relaciones contractuales existentes hasta el momento, en especial, las relaciones laborales las cuales han sido objeto de numerosas modificaciones en virtud de la emergencia, y que a su vez han generado un amplio debate que ha derivado en numerosas opiniones contradictorias.

Es así que el objeto específico de este trabajo es el análisis en particular de una de dichas medidas, el dec. de Necesidad y Urgencia 329/2020 y su específica normativa que prohíbe la posibilidad que tiene el empleador de prescindir de los servicios de sus trabajadores sin causa justa a cambio del pago de las indemnizaciones previstas por el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

II. El dec. de Necesidad y Urgencia 329/2020. Su constitucionalidad

En fecha 31 de marzo de 2020 vio la luz el dec. de Necesidad y Urgencia 329/2020 es cual —fundando la decisión en la situación de emergencia pública en materias económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria, y social— prohíbe en su art. 2º la posibilidad de despedir sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo, o bien, las causales de fuerza mayor, por el término de sesenta días a partir de la fecha de la publicación.

En el mismo sentido, prohíbe la posibilidad de realizar suspensiones esgrimiendo las causas de fuerza mayor

y/o falta o disminución de trabajo por el mismo término.

El art. 4° dispone la nulidad absoluta de los despidos y suspensiones que se produzcan en esos términos.

Ahora bien, como parece, el texto de la norma emanada del Poder Ejecutivo Nacional resulta clara en lo que respecta a las limitaciones dispuestas, pero, como advertiremos líneas más adelante, se han dejado en zonas grises algunas situaciones que, como resulta evidente, han surgido en los grupos empresarios y en los debates doctrinarios.

A los fines de comenzar a analizar la constitucionalidad del decreto en conflicto, es necesario recurrir a la fuente del derecho constitucional y cotejar si el decreto en sí cumple con los requisitos esenciales para reconocerlo como plenamente válido.

El texto constitucional establece los parámetros mínimos que deben encontrarse dados para considerar que el estado de necesidad es tal y que amerite el ejercicio de facultades legislativas por parte del poder ejecutivo; en primer lugar, debe ser imposible el dictado de leyes en trámite ordinario según los parámetros previstos en la Constitución —es decir, que las Cámaras se van imposibilitadas de sesionar— y, por otro lado, que la situación legislativa revista el carácter de urgencia tal que requiera ser solucionada de manera inmediata. Asimismo, establece una acertada limitación al accionar del Poder Ejecutivo marcando una clara prohibición a legislar en materias penal, tributaria, electoral y/o respecto del régimen de partidos políticos. Finalmente, establece que el DNU sea dictado en acuerdo de Ministros [\(1\)](#).

Por el otro lado, la ley 26.122 —ley especial dedicada al tratamiento del régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia— establece en su Capítulo IV el trámite parlamentario de los decretos de necesidad y urgencia, entre otros, requiriendo que se comunique a la Comisión Bicameral Permanente la medida y que esta emita un dictamen que ha de ser elevado al plenario de las Cámaras para su tratamiento y que estas, a su vez, se expidan rechazando o aprobando los decretos emitidos por el ejecutivo.

Ahora bien, resulta menester remitirnos a las palabras del magistrado Diego J. Tula el cual, en su artículo titulado "El impacto del coronavirus en las relaciones laborales", Suplemento Digital de la Revista de Derecho Laboral, Dossier nro. 2, Ed. Rubinzal-Culzoni, ha realizado un impecable análisis sobre los requisitos de constitucionalidad de los DNU, extendiéndose más allá de los requisitos formales previstos por la Constitución Nacional y la ley 26.122, sino que ha realizado una pedagógica categorización de los requisitos sustanciales que dotan de respaldo constitucional a los decretos de esta especie [\(2\)](#).

Enumera así los siguientes requisitos: (i) la necesidad o fin público; (ii) la urgencia; (iii) la razonabilidad; (iv) la temporalidad; (v) el control judicial posterior; y finalmente, (vi) la proporcionalidad.

Abocándonos específicamente a la proporcionalidad, el autor considera: "La Corte Federal exige, como requisito de validez de los DNU, que la norma no altere la esencia de la relación jurídica que legisla; es decir, que no se aniquile —aún en la emergencia— el derecho limitado..." [\(3\)](#).

Resulta interesante este presupuesto expuesto por el autor ya que consideramos que el DNU 329 y su característica prohibición de despedir se encuentra alterando sustancialmente la esencia de la relación laboral, sobre todo en el objeto del presente trabajo, que son los despidos ocurridos en virtud del art. 92 bis LCT y que se analizarán en el punto siguiente.

III. Prohibición de despedir vs. art. 92 bis LCT

Ahora bien, llegado a este punto no queda dudas que el decreto es claro en prohibir la posibilidad de realizar despidos injustificados o bien, bajo las causales previstas por el art. 221 de la Ley de Contrato de Trabajo a los fines de garantizar la protección de la fuente de trabajo en el marco de la situación de crisis mundial que nos encontramos atravesando, pero ¿es posible la aplicación de la prohibición prevista por el DNU 329/2020 a los despidos que se enmarquen dentro de los presupuestos del art. 92 bis de la LCT?

A los fines de dar respuesta a este interrogante, resulta de suprema importancia realizar un análisis de los alcances de lo previsto por el art. 92 bis de la norma y en que consta el "período de prueba" que este reglamenta.

La ley 24.465 incorporó al texto de la LCT (ley 20.744) la regulación del período de prueba; este instituto fue nuevamente reformado por la ley 25.013, y, finalmente, por la ley 25.250 en donde se aumentó el tiempo de experimentación a los fines de analizar si el trabajador efectivamente cumplía con las expectativas del empleador para el puesto que fuera contratado.

Recurriendo a las apreciaciones realizadas por Ángel Eduardo Gatti, este considera que "El período de prueba puede ser caracterizado como el lapso en el cual, en un contrato de tiempo indeterminado, el empleador puede apreciar libremente la conveniencia de mantener la ocupación o dar por finalizado el vínculo sin compensación indemnizatoria alguna... Consiguientemente, en este régimen resultará válida la denuncia del

contrato, con prescindencia de que el dependiente satisfaga las cualidades que determinaron su contratación, si quien o ha incorporado al seno de su explotación o emprendimiento opta por no continuar esa relación..."(4).

Considera accesoriamente el jurista que la característica que distingue al período de prueba o de experimentación es que cualquiera de las partes puede extinguir la vinculación sin causa alguna, siendo tal facultad discrecional a ejercer por ambas partes.

Recurriendo ahora al criterio del eximio jurista Julio Armando Grisolia, este destaca que el período de prueba se rige por las normas típicas de la relación laboral común, dotando a las partes únicamente de la facultad de extinguir el vínculo en cualquier momento sin necesidad de expresión de causa alguna, siendo sumamente estricta la norma en lo que respecta a las condiciones de contratación y las obligaciones y deberes de las partes en el transcurso del período de experimentación (5).

Estas consideraciones derivan la imperiosa necesidad de analizar cuál es la esencia del período de prueba; al respecto, el maestro Carlos A. Etala ha considerado que el período de prueba es un medio por el cual el empleador puede apreciar las aptitudes y destrezas del trabajador que ha de cubrir un puesto, analizando de esta forma si este cumple con las expectativas que el puesto requiere (6).

En esta misma postura se ubican los maestros Jorge Rodríguez Mancini y Juan Confalonieri al considerar que el período de prueba es una institución cuya piedra fundamental se ubica la aceptación recíproca de las partes del contrato a través de analizar, a través de un análisis de aptitudes, destrezas, y conveniencia, si la relación resulta beneficiosa para ambas partes (7).

Resulta, entonces, evidente considerar 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 presente, de carácter preliminar dentro del contrato de trabajo, y en el cual las partes, pero sobre todo el trabajador ya que busca que el empleador lo acepte, se prueban, muestran sus actitudes y aptitudes a fin de concretar la vinculación contractual en ciernes"(8).

En conclusión, los despidos que ocurran en virtud del art. 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, a pesar del texto de la norma, no son realizados sin expresión de causa alguna, sino que, muy por el contrario, son realizados en virtud de no haber cumplido con las expectativas del empleador en cuanto a aptitudes para desarrollar las tareas en el puesto requerido, o bien, porque no se considera conveniente el desarrollo de la relación laboral, para cualquiera de las dos partes.

Habiendo arribado a este puerto, resulta indispensable considerar que, al tratarse de un despido fundado en el art. 92 bis LCT, este mismo se encuentra debidamente justificado y no puede ni debe ser limitado por el dec. 329/2020 toda vez que el mismo prohíbe las recisiones de contrato de trabajo injustificadas o bien, aquellas que se amparen en la falta o disminución de trabajo o la fuerza mayor, toda vez que el despido por período de prueba guarda como justificación esencial el no cumplimiento de las expectativas o la falta de conveniencia para las partes de la continuidad del vínculo laboral.

IV. Conclusiones. ¿Norma de emergencia o alteración de la esencia del período de prueba y la libertad de contratación?

En suma, y como se ha abordado en los puntos anteriores, la constitucionalidad del DNU 329/2020 no puede ser discutida en virtud a dotar de estabilidad a los trabajadores públicos y privados en el marco de una crisis al limitar la posibilidad de realizar despidos injustificados, pero cuando se trata de despidos de trabajadores que se encontraran transitando el período de prueba, estos, a humilde criterio de esta parte, han de ser plenamente válidos.

La libertad de contratación prevista por la normativa vigente y la voluntad de las partes —siempre y cuando estas revistan las condiciones de capacidad para la celebración de contratos— que los impulsa a unirse en el marco de una relación laboral habilita perfectamente la operatividad de los períodos de experimentación de tres meses (obviando la posibilidad excepcional de que las Convenciones Colectivas de trabajo habiliten extensiones o bien períodos más cortos) a los fines de evaluar la conveniencia y cotejar si las aptitudes y capacidades del trabajador son efectivamente ciertas.

La limitación y prohibición por parte del DNU 329/2020 —que, reiteramos, consideramos que no puede ni debe considerarse aplicable al caso de esta clase de recisiones de contratos de trabajo— no solo sería una mera prohibición, sino que estaría alterando la esencia de la relación contractual que une a las partes, hecho que tornaría inconstitucional el decreto en esta clase de casos en particular y, asimismo, estaría coartando la posibilidad del empleador de no continuar la relación de trabajo con un sujeto que no resulta idóneo para el puesto.

Este detalle no menor estaría perjudicando abiertamente al empleador al obligarlo a dejar pasar los tres

meses de período de prueba aun cuando no desee continuar con el período de prueba; esta situación estaría alterando abiertamente la esencia del instituto.

A manera de colofón, resulta entonces evidente que la esencia del período de prueba resulta justificación suficiente para la articulación de un despido en los términos del art. 92 bis de la LCT, aun cuando se encuentre plenamente vigente el DNU 329/2020; el incumplimiento de las expectativas de empleador por falta de pericia o aptitudes propias de la tarea a desarrollar constituyen justificación suficiente, durante esta etapa de la relación laboral, para que se produzca el distracto y evitar que se enquiste en el puesto un trabajador que no resulte competente y que su desvinculación deba, necesariamente, derivar en el pago de una indemnización como la que prevé el art. 245 LCT.

Es pacífica la doctrina al considerar que toda relación laboral se inicia como un contrato a tiempo indeterminado, aun cuando se encuentre transitando el período de prueba, pero no puede ni debe confundirse dicha circunstancia con estabilidad; dicha condición ha de adquirirse únicamente cuando los trabajadores demuestren aptitudes y pericia suficiente para el puesto al cual se han postulado y que dicha relación sea conveniente para ambas partes.

Es así que la mera circunstancia temporal de un periodo de prueba próximo a vencerse durante el período de vigencia del dec. de Necesidad y Urgencia 329/2020, no puede ni debe implicar una limitación al despido debidamente justificado en la esencia de dicho período de experimentación y de cumplimiento de expectativas para la perpetración del contrato en el tiempo, mucho menos, debe derivar en someter al empleador a mantener en la nómina a un trabajador que ha abiertamente incumplido con las aptitudes requeridas para el puesto y que, simplemente, ha tenido suerte de que el período de prueba al cual se sometió voluntariamente tuviera vencimiento durante la vigencia de la prohibición de despedir.

(*) Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Asociado en la firma LMS Abogados. Especialista en las ramas de derecho del trabajo y derecho comercial. Completó el Posgrado en Asesoramiento Legal para Empresas por la Universidad de Buenos Aires.

(1) Estos preceptos básicos han sido receptados por nuestro máximo tribunal en los casos "Verrochi" y "Leguizamón Romero", donde han tratado las facultades presidenciales de comportarse como un legislador en casos de emergencia.

(2) TULA, Diego J., "Preguntas prácticas (y sus respuestas) sobre los alcances de la prohibición de despedir en forma incausado y por fuerza mayor y falta o disminución de trabajo impuesta por el DNU 329/2020", Revista de Derecho Laboral, suplemento digital "El impacto del coronavirus en las relaciones laborales", Dossier nro. 2, Ed. Rubinzal-Culzoni, abril 2020.

(3) TULA, Diego J., ob. cit., p. 9.

(4) GATTI, Ángel E., "Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada, con jurisprudencia", Ed. B de F, ps. 169-170.

(5) GRISOLIA, Julio A., "Ley de Contrato de Trabajo. Comentada", Ed. Estudio.

(6) ETALA, Carlos A., "Contrato de Trabajo", Ed. Astrea, ps. 205-206, como así también en su artículo "El período de prueba en la ley 25.013", DT 1999-A-211, y en el artículo "El período de prueba en la ley 25.877", Revista Lexis Nexis Laboral y Seguridad Social, 8, ps. 482 y ss.

(7) RODRÍGUEZ MANCINI Jorge - CONFALONIERI, Juan A. (h.), "Reformas laborales", Ed. Astrea.

(8) TOSCA, Diego M. - MAZA, Miguel A. - HOCKL, María Cecilia - LIVELLARA, Carlos, "Tratado de Derecho del Trabajo", Ed. Rubinzal-Culzoni, t. II, cap. VII "Modalidades Contractuales".