

Reformas a la ley de contrato de trabajo. Ley 25.877*

Por Milton A. Rainolter

1. Período de prueba. El artículo 92 “bis” de la ley de contrato de trabajo

La reforma introducida es la tercera que registra este art. 92 *bis* de la LCT. Así, la ley 24.465, fijó el período de prueba en tres meses; no obstante por vía del convenio colectivo ese plazo se podía extender hasta seis meses.

La ley 25.013 lo redujo a treinta días manteniendo la extensión para las convenciones colectivas de trabajo.

Con la sanción de la ley 25.250 se extendió el período a tres meses nuevamente, manteniendo la extensión convencional hasta los seis meses. No obstante agregó que tratándose de una pequeña empresa el período de prueba sería de seis meses, que los convenios podrían extender hasta doce meses.

A partir de la vigencia de la ley 25.877 se establece el plazo de tres meses únicamente, suprimiendo toda referencia a las pequeñas empresas y eliminando la extensión duplicada a través de las convenciones colectivas de trabajo.

No obstante las modificaciones referidas, se persiste en el criterio de considerar la prueba como una fase o etapa del contrato de trabajo y no como una figura contractual diversa. En este último, hay una finalidad técnico-productiva para cuya obtención se cambia trabajo por salario. En el contrato de prueba la causa es la comprobación práctica de las condiciones, de tal modo que lo esencial es el experimento, teniendo el intercambio trabajo-salario mero carácter instrumental¹.

Mediante este nuevo artículo se otorga la posibilidad de que cualquiera de las partes, durante los primeros tres meses de desarrollo del contrato de duración indeterminada, lo extinga a su solo arbitrio y sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción, pero con la obligación de preavisar. En otros términos, se introduce una condición resolutoria mutua y limitada en el tiempo.

Dicho de otro modo, la modificación dispuesta, entonces entiende que el contrato de trabajo por tiempo indeterminado se entenderá celebrado a prueba durante los primeros tres meses de su vigencia.

Complementando esta proposición normativa, el art. 43 de la ley 25.877, denominada ley de ordenamiento laboral, dispone que: “Lo establecido por el art. 2° de la presente ley, será de aplicación a todas las relaciones laborales iniciadas a partir de su entrada en vigencia”. En el caso se trata de una norma aclaratoria, con la que se pretendió, en primer lugar, mantener los plazos de períodos de prueba que se encontraren en curso con los efectos y condiciones establecidos en la norma anterior (art. 92 *bis*, ley 25.250) y que fueran suscriptos durante la vigencia de la legislación anterior.

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Montoya Melgar, Alfredo, *Derecho del trabajo*, Madrid, Tecnos, 1978, p. 414.

En segundo lugar, no se sabe si la norma se refiere sólo a la hipótesis consagrada en el art. 92 *bis* de la LCT, o si alude a todas las normas legales que tiene regulado un período de prueba en su plexo legal, como sería el caso de los estatutos especiales. La interpretación más razonable es la que considera que el art. 92 *bis* LCT, según la redacción otorgada por la ley 25.877, está destinada a regular los contratos de trabajo regidos por la LCT².

Sin embargo corresponde hacer una salvedad, está exceptuado del período de prueba, el contrato de trabajo de temporada previsto en el art. 96 de la LCT, ya que se trata de un contrato por tiempo indeterminado con prestaciones discontinuas (en el caso, la prestación sólo se realiza durante un ciclo o temporada). Tal excepción no estaba prevista en la regulación primigenia (ley 24.465). Se la incorporó con la ley 25.013 obviamente a efectos de evitar que por cada ciclo o temporada de trabajo se contrate a un trabajador a prueba, puesto que no es infrecuente en algunas actividades que el ciclo involucre similar extensión al del período de prueba³.

Pero la reforma más importante ha sido, sin duda, la obligación de preavisar que tienen ambas partes, según lo establecido por los arts. 231 y 232 de la LCT.

Continúa diciendo la proposición normativa, en comentario, que el período de prueba se regirá por las siguientes reglas:

Conforme lo dispone el inc. 1º, un empleador no puede contratar a un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el período de prueba. Si lo hace, se considerará de pleno derecho que ha renunciado al período de prueba. Ante tal previsión cabe preguntarse si es posible considerar que rige el período de prueba en el caso de que se reincorpore a un trabajador que en su oportunidad, no hubiere agotado el plazo previsto en el art. 92 *bis* de la LCT. Como toda situación excepcional no regulada específicamente, entendemos que sólo se podría contestar afirmativamente tal interrogante con relación al tiempo faltante, pero nunca autorizar a un nuevo cómputo del plazo.

El inc. 2º establece que el uso abusivo del período de prueba con el objeto de evitar la efectivización de los trabajadores será pasible de las sanciones previstas en los regímenes sobre infracciones a las leyes del trabajo.

Es evidente que con la modificación dispuesta en el Capítulo I, del Título III de la ley 25.877, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTEYSS) concentra la mayor cantidad de facultades en materia de policía del trabajo, ya que se constituye en la autoridad de aplicación del Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social (art. 29, ley 25.877).

Pero más allá de las facultades que le competen a las provincias en materia de policía del trabajo, la ley de ministerios 22.520 (t.o. decr. 438/92), en su art. 22, establece que será de competencia del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, inc. 12: "Entender en el ejercicio del poder de policía en el orden laboral en todo el territorio nacional". Complementando dicha norma, el inc. 6º dispone que será

² Rodríguez Mancini, Jorge, *La reforma laboral. Ley 25.877, SupILL*, marzo 2004, p. 41 y 42; Del Bono, Carlos M., *El nuevo régimen legal del período de prueba y los estatutos especiales*, TSS, 2004-198 y siguientes.

³ Etala, Carlos A., *El período de prueba en la ley 25.877*, "LexisNexis Laboral", p. 482.

competencia del Ministerio de Trabajo: “Entender en la elaboración, organización, aplicación y fiscalización de los regímenes de trabajo portuario y del transporte terrestre, aéreo, marítimo y fluvial”, y el inc. 7°: “Entender en la organización, aplicación y fiscalización del régimen de trabajo de mujeres y menores y en lo relativo al contrato de aprendizaje en todo el territorio de la Nación”.

Este sistema centralista iniciado en oportunidad del dictado del decr. 15.074/43, reiterado con la sanción de la ley 20.524 y el decr. 1111/73, se ha mantenido hasta nuestros días, a través de la ley 22.520 y en el decr. 772/96, morigerado por los acuerdos celebrados entre el MTEYSS y los organismos administrativos provinciales, en procura de la delimitación de la competencia de los gobiernos central y provinciales a efectos de coordinar la prestación de los servicios administrativos en el sector laboral.

Precisamente, los que invocan la atribución de facultades en materia de policía laboral a cargo del MTEYSS, aluden a los convenios 81 y 129 de la OIT. Y a ellos se refiere en forma implícita el art. 28 y, expresamente los arts. 29 y 30 de la ley 25.877; especialmente este último, al determinar que cuando el servicio local de inspección del trabajo no cumpla con las exigencias dispuestas en los convenios referidos o con las que se deriven de la ley, el MTEYSS, previa intervención del Consejo Federal del Trabajo ejercerá coordinadamente con éste y en las jurisdicciones provinciales las correspondientes facultades.

Además, sin perjuicio de las prerrogativas propias de los gobiernos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el MTEYSS, realizará en todo el territorio nacional acciones fiscalizadoras sobre el trabajo infantil (art. 35, ley 25.877).

En cuanto al régimen de sanciones, el mismo se refiere al que fue aprobado por el anexo II del Pacto Federal del Trabajo, aprobado por la ley 25.212, que establece cuatro clases de infracciones: leves (art. 2°), graves (art. 3°), muy graves (art. 4°) y obstrucción (art. 8°), que no fueron modificados ni derogados por la ley 25.877.

Expresa, asimismo el inc. 2° que especialmente se considerará abusiva la conducta del empleador que contratare sucesivamente a distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente. Se persigue evitar una alta movilidad ocupacional en tareas que requieren la contratación de trabajadores con vocación de permanencia y evitar comportamientos fraudulentos.

Este desdoblamiento de los incs. 1° y 2° que contenía el régimen instituido por la ley 25.250, obedece a un mejor ordenamiento metodológico y sistemático, distinguiendo así dos supuestos, el primero de ellos referido a un comportamiento prohibido y, el segundo de ellos a una conducta de tipo abusiva, respectivamente.

Según el inc. 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.

La primera parte establece la obligación del dador de trabajo de registrar al trabajador que comienza su relación laboral contractual por el período de prueba, tanto

en el libro del art. 52 de la LCT, como en el previsto en el art. 84 de la ley 24.467⁴, en el Sistema Único de Registro Laboral, de la ley 24.013 y específicamente para confirmar su vigencia en la denominada Clave de Alta Temprana (CAT), creada por res. 899/00 de la AFIP y modificada y complementada por sus similares, res. 931/00 y 943/00, que obliga a todos los empleadores a solicitar la CAT de sus nuevos trabajadores dependientes.

La mencionada solicitud deberá realizarse con anterioridad a la fecha de inicio de las tareas de los referidos trabajadores. A tal efecto, se considerará como fecha de inicio de la prestación de sus tareas, la de comienzo efectivo de la relación laboral contractual, cualquiera fuere la modalidad de contratación celebrada.

De lo contrario, es decir, de no existir dicha registración, se entiende que el empleador ha renunciado a dicho período, sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de dicho incumplimiento.

Se entiende que el contrato de trabajo ha sido registrado, cuando el empleador hubiere inscripto al trabajador (art. 7º, ley 24.013).

El art. 1º del decr. 2725/91 especifica que los trabajadores a quienes se refiere el Capítulo I, del Título II, son los comprendidos en la ley de contrato de trabajo (t.o. 1976)⁵.

Por lo tanto, están excluidos los trabajadores de la Administración pública nacional, provincial o municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en el régimen de convenciones colectivas de trabajo y los trabajadores que presten servicios en casas particulares (trabajadores del servicio doméstico).

En su redacción original, el art. 1º del decr. 2725/91, excluía a los trabajadores agrarios; dicha disposición se modificó por el decr. 688/92, que los incluye expresamente en razón de los elevados índices de clandestinidad existentes en la contratación laboral en el medio rural, por lo cual se hizo aconsejable ampliar el ámbito de aplicación personal de esa regularización al sector, según lo solicitado por las asociaciones de empleadores y de trabajadores agrarios.

Las leyes 24.013 y 25.877 se refieren al deber del dador de trabajo de registrar al trabajador “que comienza su relación laboral”. En realidad no se puede registrar una “relación” de trabajo que constituye el *factum* laboral. Si se vuelcan todos los datos requeridos por el art. 52 de la LCT, y el art. 18, inc. a, de la ley nacional de empleo, lo que se está registrando es un contrato de trabajo. Es decir que lo único registrable es el acto normativo negocial no autoritario –contrato– y no la relación que es el hecho real consistente en la puesta a disposición de la actividad humana de una parte a la otra. Ni siquiera cabe en el caso de “razonable duda” a que se refiere el art. 16 de la ley 24.013.

En otros términos, la proposición normativa contenida en el art. 7º de la ley 24.013 impone, para tener por cumplimentada la obligación de registrar los contratos, que se proceda a inscribir, además de la prevista en el libro especial del art. 52

⁴ Farina, Juan M. - Fernández Campón, Raúl - Rainolter, Milton A., *Régimen de pequeñas y medianas empresas*, Bs. As., Astrea, 1996, p. 205 y siguientes.

⁵ Fernández Campón, Raúl - Rainolter, Milton A., *Régimen nacional de empleo. Ley 24.013*, Bs. As., Astrea, 1992, p. 26. Véase asimismo, art. 112 de la ley 24.013.

de la LCT, también en el Registro Único del Personal para las pequeñas empresas, del art. 84 de la ley 24.467 y, en el Sistema Único de Registro Laboral (SURL), establecido por el art. 18 de la ley 24.013 establecido para los registros laborales o de la seguridad social. Se vincula con el SURL a que se refiere el Capítulo II, del Título II de la ley nacional de empleo. El decreto reglamentario (art. 2°) exige que la registración se efectúe en “forma conjunta”, cuando se hayan cumplido los requisitos de los incs. *a* y *b*. También se debe registrar en la CAT, que es previo a la iniciación de la efectiva prestación laboral.

Asimismo, en caso de cese, el art. 8° del decr. 739/92, impone al empleador la obligación de proporcionar la documentación al trabajador que acredite la extinción del vínculo laboral, el período trabajado, la mejor remuneración normal y habitual devengada (como lo dice la reforma introducida por la ley 25.877) de los últimos seis meses y la certificación de la solicitud de la prestación por desempleo.

Además, según el art. 9° del mencionado decreto, deberá asentar en el libro del art. 52 de la LCT, una declaración jurada de cada nuevo trabajador en la cual conste si es beneficiario o no de prestación por desempleo. El empleador deberá suministrar a la autoridad de aplicación, los datos que ésta le requiera⁶.

En la práctica y con relación al art. 52 de la LCT y antes del dictado de la res. 899/00 de la AFIP la registración se materializaba cuando se le daba el alta al trabajador con una inscripción marginal que decía textualmente: en período de prueba. Cabe señalar que con la introducción de la CAT la anotación marginal ha sido dejada sin efecto por desuetudo.

La proposición normativa que estamos comentando, dispone que si no se cumple con la obligación de registrar al trabajador, se entenderá de pleno derecho que el empleador ha renunciado a dicho período ello, dice la norma analizada, sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de ese incumplimiento.

En primer lugar, el dador de trabajo deberá abonar al trabajador las indemnizaciones emergentes de la ley 24.013, a saber:

a) Por no haber registrado la relación laboral contractual: 1) una indemnización equivalente a una cuarta parte de las remuneraciones devengadas desde el comienzo de la vinculación (art. 8°, ley 24.013), y 2) una indemnización equivalente al doble de las indemnizaciones que le hubieren correspondido como consecuencia del despido, si el trabajador le hubiere cursado la intimación prevista en el art. 11 de la ley 24.013;

b) Por haber registrado de modo deficiente: 1) una indemnización equivalente a la cuarta parte del importe de las remuneraciones devengadas desde la fecha de ingreso hasta la fecha falsamente consignada (art. 9°, ley 24.013), y 2) una indemnización equivalente a la cuarta parte del importe de las remuneraciones devengadas deficientemente registradas, desde la fecha en que comenzó a consignarse indebidamente el monto de la remuneración (art. 10, ley 24.013).

Además, en estos dos últimos supuestos es de aplicación también la proposición normativa contenida en el art. 1° de la ley 25.323 que admite la duplicación de

⁶ Fernández Campón - Rainolter, *Régimen nacional de empleo. Ley 24.013*, p. 27.

la indemnización por despido injustificado cuando se trate de una relación laboral contractual no registrada o, deficientemente registrada al momento del despido. Esta indemnización no podrá acumularse a ninguna de las anteriores.

En cuanto a las duplicaciones previstas en el art. 15 de la ley 24013 y en el art. 2° de la ley 25.323, no puede soslayarse que si el trabajador fue despedido antes de cumplirse los tres meses del período de prueba, la falta de registración de la relación no habilita al reclamo de la indemnización por antigüedad (art. 245, LCT y doctrina del plenario “Sawady”), y que el preaviso omitido se debe igual, se hubiere o no registrado la relación, por lo que dentro de la sistemática de la LCT, la ausencia de registración no acarrea consecuencias indemnizatorias si el distracto se opera dentro del período previsto en el art. 92 *bis* de la LCT, derivándose por tanto de tal incumplimiento registral en el ámbito de la relación individual de trabajo, las indemnizaciones previstas en términos genéricos para todo contrato de trabajo no registrado o deficientemente registrado (conf. leyes 24.013 y 25.323).

Asimismo, la situación bajo examen hace derivar de la ley de contrato de trabajo las siguientes consecuencias o presunciones: a) la del art. 53 que autoriza a los jueces a valorar, en función de las circunstancias de cada caso los libros que contengan algunos de los defectos en cuanto a las formalidades que prescribe el art. 52 de dicho cuerpo legal, y b) la del art. 55, en cuanto será tenida como presunción a favor de las afirmaciones del trabajador, la falta de exhibición a requerimiento judicial del libro, registro planilla u otros elementos de contralor previstos en el art. 54 de la LCT.

Las sanciones previstas en la ley 25.212, a saber: a) para los supuestos de no inscripción del trabajador en los libros de registro, la falta se denomina o califica como “muy grave”, y se sanciona con la aplicación de una multa de \$ 1.000 a \$ 5.000, por cada trabajador afectado (art. 4°, inc. c, ley 25.212), y b) para los supuestos de inscripción deficiente o defectuosa, la falta se denomina grave y se sanciona con la aplicación de una multa que va de \$ 250 a \$ 1.000 por cada trabajador afectado (art. 3°, incs. c y d, ley 25.212).

El inc. 4° dispone 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”.

Nos encontramos ante una relación laboral contractual jurídicamente en pleno funcionamiento, de las que se derivan, en virtud del sinalagma derechos y obligaciones correlativas, que constituyen el contenido de la misma.

La ley establece que durante el período de prueba el trabajador tendrá los derechos y obligaciones propios de la categoría o puesto de trabajo que desempeñe, incluidos los derechos sindicales, con las excepciones que se establecen en este artículo.

Como los derechos tienen sus fundamentos en las obligaciones, se analizan en primer lugar los derechos del dador de trabajo y, luego, los del prestador de servicios.

a) *Derechos del empleador.* 1) Recibir el trabajo (arts. 21, 26, 84, 85, 88 y 89, LCT); 2) ejercer la facultad de dirección y de administración (arts. 64, 65, 86 y 87,

LCT); 3) ejercer el *ius variandi* (art. 66, LCT); 4) ejercer la facultad disciplinaria (arts. 67 a 69, 219 y 220, LCT); 5) adoptar sistemas de contralor (arts. 70 a 72, LCT); 6) adoptar sistemas de control médico (art. 210, LCT, y art. 6° y concs., ley 19.587), y 7) a ser preferido en la explotación de los inventos personales del trabajador (art. 83, LCT).

b) *Derechos del trabajador*. 1) A que se le dé ocupación efectiva y adecuada (art. 78, LCT); 2) a que se dé satisfacción a los deberes legales (art. 79, LCT); 3) a que se respete su persona, y su libertad de expresión (arts. 68, 70, 73 y 75, LCT); 4) que se le otorguen condiciones aceptables de labor (arts. 75 y 77, LCT); 5) a no ser objeto de discriminaciones injustificadas (arts. 17 y 81, LCT); 6) a percibir la remuneración y el reintegro de los gastos realizados por el trabajador (arts. 74 y 76, LCT); 7) a que le efectúe los depósitos en concepto de las obras sociales y asignaciones familiares (art. 79 y 80, LCT), y 8) a ser propietario de sus inventos personales (art. 82 y 83, LCT).

c) *Obligaciones del empleador*. 1) Dar ocupación efectiva y adecuada (art. 78, LCT); 2) dar cumplimiento a los demás deberes legales (art. 79, LCT); 3) respetar la libre expresión del trabajador y su dignidad como persona (arts. 68, 70, 73 y 75, LCT); 4) dar seguridad y condiciones dignas de labor (arts. 75 y 77, LCT); 5) no discriminar en perjuicio del trabajador (arts. 17 y 81, LCT); 6) pagar la remuneración y reintegrar los gastos (arts. 74 y 76, LCT); 7) realizar los depósitos de los aportes y contribuciones de la seguridad social y sindical (arts. 79 y 80, LCT), y 8) mantener sigilo respecto de los inventos personales del trabajador, y respetar el derecho de propiedad de las invenciones personales del trabajador (arts. 82 y 83, LCT).

d) *Obligaciones del trabajador*. 1) Poner su capacidad de trabajo a disposición del empleador (arts. 21, 26, 84, 85, 88, 89 y 203, LCT); 2) aceptar dentro de los límites convenidos y razonables, el ejercicio de la facultad de dirección y del *ius variandi* que ejerce el empleador (arts. 64, 65, 86 y 87, LCT); 3) aceptar dentro de los límites razonables, la facultad disciplinaria del empleador (arts. 67, 68, 69, 219 y 220, LCT); 4) aceptar el ejercicio de los sistemas de contralor y contralores médicos también dentro de sus límites razonables (arts. 70 a 72 y 210, LCT; art. 6° y concs., ley 19.587), y 5) a dar preferencia al empleador en la explotación de sus inventos personales (art. 83, LCT).

No obstante la enumeración efectuada, corresponde analizar algunos aspectos vinculados con el período de prueba y la remuneración.

Así y conforme lo establece la norma transcrita, el trabajador durante el período de prueba, debe percibir la misma remuneración que cualquier otro que preste servicios en la misma categoría laboral o puesto de trabajo. Consecuentemente con ello, no se admite la reducción salarial o disminución de la categoría durante el período de prueba⁷.

Otra de las cuestiones que había suscitado controversias era la situación de la mujer que denuncia su embarazo durante el período de prueba. Sin embargo la ley

⁷ Sin embargo, en algunas legislaciones se admite la reducción salarial, ya sea a través de la negociación colectiva o bien, cuando durante el período de prueba, es necesario acompañar la efectiva prestación de servicios, con un curso de formación y/o estudio técnico complementario.

25.877 no introdujo modificaciones en este sentido. Es que la redacción del art. 92 *bis*, según la sustitución que efectúa el art. 2° de la ley de reforma laboral que comentamos, reproduce casi literalmente, la primera parte y el inc. 4°, del art. 1° de la derogada ley 25.250, señalando que: “El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el art. 96 (contrato de temporada), se entenderá celebrado a prueba durante los primeros tres meses de vigencia. Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción”.

Comentando la reforma introducida por la ley 25.250, Guisado sostenía que la exención indemnizatoria prevista en el art. 92 *bis*, abarcaba también al resarcimiento previsto en el art. 178 de la LCT, fundándose para ello en la específica previsión contenida en dicha reforma en cuanto establecía que “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”. Esta norma ha sido derogada, pero no obstante la nueva redacción, creemos que en nada se altera el sentido de la previsión legal ya que también la indemnización especial en ciernes se deriva de la extinción, no correspondiendo darle ahora un alcance más restrictivo en función de que con anterioridad se puntualizara que el distracto sin expresión de causa, dentro del período de prueba no generará derecho a “indemnización alguna” toda vez que tal expresión estaba en sincronía con el no reconocimiento de la indemnización sustitutiva del preaviso, tesis sostenida también por la jurisprudencia⁸ y, por la mayoría de los autores⁹.

Sin embargo, para una corriente minoritaria, aquella expresión no eximía a las partes de la obligación de preavisar o, en su defecto, abonar la indemnización prevista en los arts. 231 a 233 de la LCT¹⁰. Agrega Guisado en su meduloso estudio que, un dictamen de minoría suscripto por los diputados Gerardo Martínez, Omar Becerra, Antonio Romano, Luis Chaparro, Saúl Ubaldini y Ovidio Zúñiga, propiciaron la inclusión de un inciso, según el cual la trabajadora que denunciara durante el período de prueba la situación de embarazo adquiriría “automáticamente” la protección de los arts. 178 y siguientes de la LCT (aunque refirieron erróneamente los arts. 198 y ss.), iniciativa que no prosperó, lo que lleva a afirmar que no ha sido entonces in-

⁸ CNAT, Sala III, 5/3/98, DT, 1999-A-670; íd., Sala IV, 24/4/98, DT, 1999-A-685; íd., Sala VI, 24/2/98, DT, 1998-A-901; íd., Sala VIII, 23/10/97, DT, 1998-B-2293; íd., íd., 5/12/97, DT, 1998-A-917.

⁹ Babio, Alejandro O., *El período de prueba*, DT, 1995-B-2027; Carcavallo, Hugo R., *La reforma laboral (crónica de la ley 24.465)*, TSS, 1995-329; Etala, Carlos A., *Contrato de trabajo*, 4ª ed., Bs. As., Astrea, 2002, p. 257; Etala (h.), Juan J., *El período de prueba y el contrato a tiempo parcial en la ley 24.465 de reforma de la LCT*, DT, 1995-A-761; Fernández Madrid, Juan C. - Caubet, Amanda B., *Leyes fundamentales del trabajo*, Bs. As., Joaquín Fernández Madrid Editor, 1997, p. 54; Yasin, Omar N., *El llamado período de prueba y su inconstitucionalidad*, DT, 1998-A-700; Pompa, R. C. - Meik, Moisés, *Nuevas modalidades contractuales de la ley 24.465*, DLE, 1996-11; Pose, Carlos, *Los efectos prácticos del período de prueba reglamentado en la legislación laboral*, DT, 1998-A-901; Sudera, José A., *¿No debería revisarse Sawady?*, DT, 1998-B-2040; Torres, R. - Broz, N. S.A., *Modificaciones al régimen de contrato de trabajo (ley 24.465)*, DT, 1995-A-996; Villavicencio, Marcelo A., *El período de prueba en la ley de contrato de trabajo y su reforma por la ley 25.013*, DT, 1998-B-2007.

¹⁰ Elffman, Mario, *Acotaciones sobre el período de prueba*, DLE, 1997-701; Maza, Miguel Á., *El preaviso en el contrato de trabajo*, RDL, 2000-I-117; Guisado, Héctor C., *El nuevo régimen del período de prueba en la ley 25.250*, DT, 2000-B-1384 y ss., especialmente p. 1389 y 1390.

tención del legislador la consideración de una estabilidad tutelada en función de la maternidad durante el plazo del período de prueba¹¹.

El texto es claro y, como dicen Rodríguez Mancini y Confalonieri (h.), “terminante como para extender esta exención de responsabilidad indemnizatoria a otros institutos protectores de estabilidad en casos especiales, como sucede con los de la tutela de la estabilidad de la mujer embarazada o que ha sido madre (art. 178, LCT), o el de la prohibición del despido por causa de matrimonio (art. 182, LCT)”¹². Ello significa, sin más, permitirle al dador de trabajo la facultad de decidir la extinción del contrato durante ese período de tres meses sin generar derecho a indemnización por despido. La directiva del legislador apunta a mantener y hacer prevalecer la precariedad del vínculo durante el período de prueba sobre situaciones jurídicas sobrevinientes como el embarazo, nacimiento y matrimonio.

Esta exención del pago de la indemnización por despido injustificado, ¿es aplicable o no, al despido discriminatorio?

Antes de la vigencia de la reforma de la ley 25.013 (derogada por la 25.250, que a su vez, derogó la ley 25.877) que introdujo la figura del despido discriminatorio, se registró una interpretación sobre las normas, en ese entonces vigentes –ley 24.465–, sobre supuestos especiales de discriminación sancionada por la ley citada (25.013), como ocurrió con el despido de la mujer embarazada o que ha sido madre.

Así, la Sala III de la Cámara Nacional del Trabajo, decidió que cuando el inc. 4° del art. 92 *bis* de la LCT, según texto aprobado por la ley 24.465, dispone que se puede extinguir la relación sin expresión de causa y sin derecho a indemnización alguna con motivo de la extinción, sólo se refiere a aquellas reparaciones que tienen en cuenta el derecho a la estabilidad y no aquellas otras que, a la vez que resarcen el daño que la cesantía injustificada produce al trabajador, persiguen desalentar prácticas discriminatorias, vale decir, que tiene, si se quiere, cierto cariz punitivo¹³. En consecuencia, aplica las normas de la LCT, en materia de sanción, como consecuencia del despido por maternidad (arts. 178 y 182, LCT).

Este fallo tuvo seguimiento. En efecto, la Sala IV entendió que el período de prueba no constituye un “*bill* de indemnidad” a favor del empleador para canalizar prácticas discriminatorias o disvaliosas desde el punto de vista social y ha sido creado, valga la repetición gramatical, para la prueba de la eficacia imaginada en el trabajador y no para evaluar la potencialidad de embarazo o esterilidad de una mujer que se incorpora al mercado de labor¹⁴.

Sin embargo, la Sala III resolvió que cuando se trata de un contrato a prueba, no rige la presunción prevista por el art. 178 de la LCT y, en consecuencia, la trabajadora afectada debió acreditar que la extinción del contrato constituye una práctica discriminatoria y, que fue la maternidad el motivo determinante del despido dispues-

¹¹ Guisado, *El nuevo régimen del período de prueba en la ley 25.250*, DT, 2000-B-1390.

¹² Rodríguez Mancini, Jorge - Confalonieri (h.), Juan Á., *Reformas laborales*, Bs. As., Astrea, 2000, p. 28.

¹³ CNAT, Sala III, 5/3/98, “Guisado de Jacobs, Paula c/K. B. Servicios SA”, DT, 1999-A-670 y ss., en especial p. 673.

¹⁴ CNAT, Sala IV, 24/4/98, “Fernández, Marcela N. c/Bas SA”, DT, 1999-A-685.

to por el empresario, sin dejar dudas acerca de que se configuró un acto de discriminación¹⁵.

No obstante, la decisión exigió, por un lado, que la trabajadora afectada haya probado que el despido tuvo su causa en una práctica discriminatoria, ya que ocurrió estando en vigencia el período de prueba; y, por otro, al empleador que debió acreditar, que en el caso, medió una razón objetiva, no discriminatoria para extinguir el vínculo.

Entienden Rodríguez Mancini y Confalonieri (h.), criterio que compartimos, que se conjugan las normas específicas de la LCT en materia de exención de indemnizaciones durante el período de prueba, con las disposiciones que integran nuestro derecho positivo, comenzando con el art. 16 de la Const. nacional, continuando con la ley 23.179 que aprobó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, concretamente la obligación que consagra el art. 11, de la Parte III, en cuanto a que los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular el inc. 2º, al decir que: “Con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados partes, tomarán medidas adecuadas para: inc. a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia por maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil”; Convenio que ha sido incorporado a la Constitución nacional por imperio del inc. 22, del art. 75, y también, la ley 23.592¹⁶.

La legislación española que tiene íntima vinculación con la proposición normativa que comentamos, contempla también el período de prueba. Así el art. 14.2, del Estatuto de los Trabajadores, dispone que: “Durante el período de prueba, el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondiente a su categoría profesional y al puesto de trabajo que desempeña como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso”¹⁷.

Sobre dicha disposición (nos referimos al Estatuto de los Trabajadores), se señaló que es opinión doctrinal dominante que, durante el período de prueba, salvo norma sectorial o pacto expreso en contrario, empresario y trabajador pueden desistir del contrato, sin alegación de causa y sin que entre sí, se deban indemnización alguna), como es la de la condena de la discriminación¹⁸. Por consiguiente, en todos

¹⁵ CNAT, Sala III, 29/2/00, “Smorzeñuk, Graciela M. c/Olea, José M. y otros”, DT, 2000-B-1981 y ss., especialmente p. 1982.

¹⁶ Rodríguez Mancini - Confalonieri (h.), *Reformas laborales*, p. 30.

¹⁷ Alonso Olea, Manuel, *Resolución del contrato de trabajo en período de prueba y discriminación por embarazo*, TSS, 1990-385 y ss.; Rodríguez Mancini - Confalonieri (h.), *Reformas laborales*, p. 31; Brito Peret, José I. - Foglia, Ricardo A., *Modificaciones introducidas por la ley 25.877 en materia de derecho individual del trabajo*, TSS, 2004-289 y ss., en especial p. 296.

¹⁸ Alonso Olea, *Resolución del contrato de trabajo en período de prueba y discriminación por embarazo*, TSS, 1990-385; en contra, Sala Franco, Tomás y otros, *Derecho del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanc, 1991, p. 333, citado por Rodríguez Mancini - Confalonieri (h.), *Reformas laborales*, p. 33, señala que existen límites a esa facultad rescisoria, constituido por la afectación de una garantía constitucional (art. 14, Const. española).

los casos, la prueba del trato discriminatorio deberá ser categórica, por lo que cada una de las partes deberá probar el presupuesto de la norma que invoca como fundamento de su pretensión o excepción. En el caso, la trabajadora deberá acreditar sus “circunstancias” y quien se excepciona deberá demostrar una causa legítima no discriminatoria de su conducta¹⁹.

Agrega por último el ap. 4° que tal reconocimiento (se refiere a los derechos y obligaciones propias de la relación laboral contractual que tienen las partes), respecto del trabajador incluye los derechos sindicales.

Al respecto, cabe señalar que, en virtud del principio de libertad sindical individual, el trabajador ingresado en los términos del art. 92 *bis* de la LCT puede afiliarse, no afiliarse o desafiliarse de la sociedad sindical (art. 4°, ley 23.551).

Por ello el art. 12 de la ley 23.551 establece que las asociaciones sindicales (como asociaciones abiertas) deberán admitir la libre afiliación, de acuerdo a las prescripciones legales y sus estatutos; y el art. 13 permite la afiliación a las personas mayores de 14 años, sin autorización.

De tal manera que el trabajador para incorporarse a un sindicato debe aceptar y cumplir los recaudos que establece el estatuto y que no pueden ir más allá de la exigencia de ejercer la actividad representada. Toda otra que lo excediera (antigüedad, discriminación, etc.), violaría ese derecho (art. 7°, ley 23.551); y no estar comprendido en algunas de las inhabilidades previstas en el párr. 1°, art. 2° del decr. regl. 467/88, como ser incumplimiento de los requisitos de forma exigidos por los estatutos; no desempeñarse en la actividad, profesión u oficio, categoría o empresa que representa la asociación; haber sido objeto de expulsión por un sindicato, sin que haya transcurrido un año, desde la fecha de tal medida; o hallarse procesado o haber sido condenado judicialmente por la comisión de un delito en perjuicio de la asociación sindical, si no hubiera transcurrido un lapso igual al plazo de prescripción de la pena, contado desde que la sanción hubiera terminado de cumplirse.

Ante la presentación de la solicitud de aplicación, el órgano directivo tiene que expedirse dentro de los 30 días hábiles; aunque dicho requisito quedara purgado si dentro de ese plazo no se rechaza el pedido de afiliación.

Vencido aquél, queda automáticamente aceptada la propuesta de ingreso. Una vez que el trabajador ha ingresado, tiene derecho a permanecer en la asociación y goza de los mismos derechos que los que lo hubiesen hecho con anterioridad, ya que la ley no acepta ningún modo de discriminación arbitraria entre ellos (art. 7°, ley 23.551).

Conforme la redacción introducida por la ley 25.877, parece factible que el trabajador durante el período de prueba de 90 días pueda afiliarse al sindicato.

Pero quizá la cuestión, de no fácil solución, se refiere a los derechos electorales tanto activos como pasivos (elegir y ser elegidos), aunque resultaría admisible una limitación razonable de tales derechos en función del tiempo de afiliación.

¹⁹ CSJN, 23/8/88, “Fernández, Estrella c/Sanatorio Güemes SA”, *DT*, 1989-580 y ss., en especial p. 583, voto en disidencia de Petracchi y Bacqué, citado por Rodríguez Mancini - Confalonieri (h.), *Reformas laborales*, p. 32, nota 13.

Estos derechos activos y pasivos que deben ser expresamente determinados en el estatuto, deben permitir a los afiliados participar en las condiciones que se establecen en todo comicio para la remoción de las autoridades del sindicato.

Al respecto, la representación de los trabajadores en la empresa se ejerce a través de los llamados delegados de personal o sindical.

Se plantea el interrogante acerca de si el delegado debe ser designado por los trabajadores de la empresa o por el sindicato. Según los casos, se denomina delegado del personal o delegado del sindicato. Sin embargo, cabe aclarar que, los delegados invisten en nuestra realidad sindical una representación compleja, dado que representan al personal, ante el dador de trabajo y ante el sindicato, y por otra parte a la asociación sindical, ante el personal, y ante el empleador.

Por ello, invisten la representación de los trabajadores y de la asociación sindical ante el empleador y ante la autoridad administrativa del trabajo, cuando actúan de oficio en los establecimientos (art. 40, incs. *a* y *b*, ley 23.551); por consiguiente, el citado delegado, no ejerce la representación de los trabajadores en las gestiones realizadas ante la administración del trabajo. El art. 23. del decr. regl. 467/88 limita la intervención del delegado ante una controversia planteada a comunicar lo ocurrido al sindicato, que es el que debe decidir si formula o no la respectiva queja (art. 40, ley 23.551).

Dado el carácter de su función, la ejercen simultáneamente con el cumplimiento de su débito laboral, en la sede de la empresa. Su designación debe efectuarse mediante elección, en el lugar de trabajo, por voto directo y secreto de los trabajadores del sector representado, sean o no afiliados a la asociación sindical que ha realizado la convocatoria.

La fecha del comicio debe fijarse con una anticipación no menor de 90 días de la fecha de terminación del mandato de los directivos que deben ser reemplazados. A tal efecto, la convocatoria debe ser resuelta y publicada con una anticipación no menor a los 45 días de la fecha del comicio. Para ello, deben confeccionarse dos clases de padrones: uno por orden alfabético y otro por establecimiento, con datos suficientes para individualizar a los afiliados y el establecimiento o lugar donde trabajan o hayan trabajado por última vez, durante el transcurso del año inmediato anterior.

Las listas de los candidatos (si hubiese más de una) deberán ser oficializadas, para ello debe presentarse la respectiva solicitud ante la autoridad electoral dentro del plazo de 10 días desde la fecha en que se da a publicidad la convocatoria; la referida solicitud, debe ser acompañada por los avales que el estatuto exige, la conformidad de los candidatos expresada con su firma y la designación de uno o más apoderados.

La autoridad electoral debe entregar recibo a la solicitud de oficialización, y pronunciarse sobre ésta dentro del plazo de 48 horas desde la presentación de aquélla.

Así las listas y los padrones deben estar a disposición de los afiliados en el local o sede sindical, con no menos de 30 días de anticipación a la fecha del comicio.

Debe tenerse presente que todos los plazos que la reglamentación de la ley sindical fija para diversos pasos del proceso electoral sindical deben ser computados en días hábiles (art. 32, decr. 467/88).

De tal manera que aparecería remota e improbable la posibilidad del trabajador que presta servicios durante período de prueba –caracterizado, según lo hemos dicho, por su temporalidad y provisionalidad– pueda llegar a postularse en cargos directivos y/o representativos, porque la naturaleza del período de prueba colisiona con el goce de la licencia gremial (art. 48, ley 23.551) y, consecuentemente, con la posibilidad de ser elegido (art. 18, inc. c, ley 23.551)²⁰.

En contra se manifiesta Sappia, quien sostiene que si un trabajador inicia un nuevo vínculo laboral, acreditando suficiente antigüedad como afiliado sindical y en la actividad para la que fue contratado, lo cual lo habilita para ser dirigente gremial, el empleador no puede rescindir el vínculo con ese empleado. Para ello, si el dador de trabajo de un dirigente sindical o candidato a tal, sujeto a período de prueba, desea rescindir el vínculo, debe acudir a la justicia para que excluya la garantía, en cuyo caso, deberá indicar la expresión de causa, y la rescisión deberá transformarse en objetiva para poder obtener la venia del juez²¹.

Según nuestra opinión, sólo sería posible la elección de delegados, en el supuesto de una empresa nueva, ya que no sería necesario cumplir, en ese caso, el requisito de antigüedad mínima para acceder al cargo (art. 41, párr. último, ley 23.551). Pero en tales supuestos, quienes accedan a dichos cargos (es decir los delegados del personal, las comisiones internas) gozarán de las garantías establecidas por los arts. 50 y 52 de la ley 23.551, pero sólo hasta la finalización del período de prueba, dada su naturaleza provisoria²². Algunos autores añaden que el decr. 738/95 reglamentario del art. 92 *bis*, estableció, en el art. 2º, que dicha situación “sobrevvenida en el curso del período de prueba, perdurará exclusivamente hasta la finalización de dicho período si el empleador rescindiera el contrato de trabajo durante ese lapso. Tal rescisión no generará derecho a indemnización con motivo de la extinción que sobrevendrá a la terminación del período de prueba”²³.

Otra de las cuestiones que se plantean se relaciona con la posibilidad de los trabajadores ingresados y vinculados por un contrato por tiempo indeterminado con período de prueba, puedan elegir a los representantes y delegados sindicales.

El efímero plazo que consagra el período de prueba *ex lege*, impediría, en principio, que dichos trabajadores puedan estar incluidos en el padrón electoral.

Otra cuestión de suyo importante, radica en la posibilidad de que los trabajadores en el período de prueba, puedan ser considerados a fin de determinar la cantidad o número de delegados a designar.

En la redacción actual, y en razón que las listas y los padrones deberán estar a disposición de los votantes, afiliados o no, en el local o sede sindical como no menos

²⁰ Carcavallo, *La reforma laboral (crónica de la ley 24.465)*, TSS, 1995-333 y 334.

²¹ Sappia, Jorge J. y otros, *Empleo y flexibilidad laboral*, Bs. As., Astrea, 1996, p. 34 y 35.

²² Rodríguez Mancini - Confalonieri (h.), *Reformas laborales*, p. 24; Brito Peret - Foglia, *Modificaciones introducidas por la ley 25.877 en materia de derecho individual del trabajo*, TSS, 2004-305.

²³ Brito Peret - Foglia, *Modificaciones introducidas por la ley 25.877 en materia de derecho individual del trabajo*, TSS, 2004-305.

de treinta días de anticipación a la fecha del comicio resultaría poco probable que el trabajador que presta servicios durante el período de prueba caracterizado, según lo hemos dicho por su temporalidad y provisionalidad, pueda votar.

Esta situación se planteaba por las entidades sindicales, que pretendían incluir los trabajadores que se encontraban en el período de prueba, pretendiendo de esa manera abultar la cantidad de ellos a fin de incrementar el número de delegados a designar en los comicios (arts. 45 y 46, ley 23.551).

Según el ap. 5° las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la seguridad social.

Contrariamente a lo que disponía el art. 3° de la ley 25.013, la ley 25.250 estableció que durante el período de prueba las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la seguridad social (obra social, asignaciones familiares, jubilaciones y pensiones, y la cuota correspondiente al régimen de riesgos de trabajo; Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y Fondo Nacional de Empleo).

a) Con relación al subsistema previsional, es necesario recordar que la ley 24.241, reformada por las leyes 24.307 y 24.463, establece el respectivo ordenamiento legal (Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones –SIJP–), referido a la cobertura de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, con alcance en todo el territorio, exceptuados los casos no comprendidos dentro del ámbito federal y los de aquellas personas que expresamente excluye dicha norma²⁴. Este sistema está integrado por dos regímenes, entre los cuales cada persona comprendida puede optar en las condiciones fijadas por la norma: el régimen previsional público o de reparto y el régimen previsional basado en la capitalización individual o de capitalización (art. 1°, párr. 2°)²⁵.

Respecto de la financiación y, en lo que interesa, el aporte a cargo de los trabajadores en relación de dependencia es del 11% de la remuneración que percibe. La ley, en el art. 7°, considera excluido del concepto de remuneración a una serie de importes que el empleador paga de acuerdo con su obligación impuesta por la LCT u otra norma de carácter legal, tales como: asignaciones familiares, indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo, vacaciones no gozadas; importes liquidados: 1) durante el período en que el trabajador no presta servicios, en virtud de sufrir una incapacidad permanente que le impide hacerlo provocada por un accidente de trabajo o enfermedad profesional; 2) en concepto de prestaciones económicas por desempleo; 3) en el caso de becas, y 4) gratificaciones vinculadas con el cese de la relación laboral contractual, con un importe que excede el promedio anual de las sumas abonadas anteriormente en forma habitual y regular (que constituyen gratificaciones sujetas a aporte).

Los beneficios sociales contenidos en el art. 103 *bis* de la LCT tampoco son remunerativos, ni dinerarios ni sustituibles en dinero, por lo que no están sujetos al aporte y contribución que establece la ley 24.241.

²⁴ Vazquez Vialard, Antonio, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, t. 2, 9ª ed., Bs. As., Astrea, 2001, p. 464.

²⁵ Vazquez Vialard, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, t. 2, p. 467 y 468.

La contribución a cargo de los dadores de trabajo es del 16% (art. 11, ley 24.241).

b) Con relación a las asignaciones familiares, en 1996, se sancionó la ley 24.714, reglamentada por el decr. 1245/96, que sobre la base del esquema de la ley 18.017 y sus modificatorias que fueron derogadas, estableció el régimen vigente en la materia.

Establece la referida ley dos subsistemas: 1) uno de carácter contributivo de reparto, que comprende a los trabajadores en relación de dependencia de la actividad privada, cualquiera sea la modalidad de su contratación, los beneficiarios de la ley de riesgos de trabajo y los beneficiarios del seguro del Fondo Nacional del Empleo, y 2) otro de carácter no contributivo que comprende a los beneficiarios del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones y a los beneficiarios del régimen de pensiones no contributivas por invalidez (art. 1°).

También los trabajadores del sector público federal gozarán de las asignaciones familiares establecidas en la ley citada (art. 24, ley 24.714). Se excluyen del presente régimen al personal que presta servicios en casas particulares (personal del servicio doméstico y a los trabajadores en relación de dependencia, cuyo ingreso sea superior a \$ 1.500) en las provincias; y en distintos departamentos y ciudades provinciales que se individualizan en la lista que contiene el art. 3°, ese importe o tope se incrementa hasta \$ 1.800.

El monto de la asignación se calcula en función del promedio de la totalidad de las remuneraciones percibidas en uno o más empleos en el semestre que finaliza el 30/06 y el 31/12 o, en su caso, de los haberes percibidos por los beneficiarios del SIJP, del régimen de pensiones no contributivas, del régimen de riesgos del trabajo y del seguro de desempleo.

Al ingresar como trabajador en relación de dependencia, a los fines de la liquidación de las asignaciones, se toma en cuenta lo percibido en la primera remuneración, sin perjuicio de que al final del semestre, se realice el referido promedio (art. 4°, decr. 1245/96). Se entiende por primera remuneración, la que corresponde o hubiera correspondido percibir por el desempeño de tareas durante todo el mes considerado.

Para acreditar el derecho a la percepción de las asignaciones familiares, el promedio no podrá ser inferior al importe equivalente a tres veces el valor del AMPO (actualmente \$ 240).

Solamente se perciben durante los períodos en que se percibe salario, o asignación por enfermedad o por maternidad. A *contrario sensu*, no se liquidan en los supuestos de licencia sin goce de sueldo, gremial, estado de excedencia, reserva del puesto o suspensiones cualquiera fuese su causa (art. 6°, decr. 1245/96).

Debe recordarse que el régimen actual no tiene intermediario, ni cajas que administren este subsistema de seguridad social.

Las prestaciones se financiarán, dentro del sistema contributivo –y en lo que interesa–, con una contribución a cargo del empleador del 9% que se abonará sobre el total de las remuneraciones de los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley. De ese 9%, el 7,5% se destinará exclusivamente a asignaciones familiares, y el 1,5% restante al Fondo Nacional del Empleo. A dicha contribución

debe aplicarse la escala de reducciones prevista en el *decr.* 2609/93 y sus modificatorios 372/95, 292/95 y 492/95 que mantienen su plena vigencia en los porcentajes y alícuotas especificadas en cada caso.

El derecho a la asignación familiar no puede efectuarse a prorrata del tiempo trabajado (*art.* 1°, *decr.* 1245/96); pero ello no significa que el órgano administrativo (ANSES), requiera un plazo mínimo de prestación laboral (*art.* 13, *decr.* 245/96).

c) Respecto del régimen de obras sociales, este subsistema se nutre de los aportes y contribuciones a cargo de las personas que desarrollan tareas en “relación de dependencia” y de sus empleadores. Respecto de los trabajadores es del orden del 3% de la remuneración, con más el 1,5%, respecto de cada persona no integrante de su grupo familiar primario, cuya afiliación ha solicitado a la obra social.

La contribución a cargo de los dadores de trabajo es del 6% de los salarios que abonan a sus empleados (*arts.* 16, *incs.* a y b y 17, *ley* 23.660).

A través del *decr.* 292/95 (*arts.* 1° y 2°) modificado por el *decr.* 492/95 (*arts.* 5° y 6°) se redujeron las contribuciones que, en el caso, se fijaron en un 5% igual para todo el país.

Para el cálculo de la remuneración, el párr. 1° del *art.* 18 de la *ley* 23.660, remite a la definición contenida en el régimen nacional de jubilaciones y pensiones para los trabajadores en relación de dependencia (*art.* 10, *ley* 18.037, derogado por el *art.* 6°, de la *ley* 24.241), que establece un concepto similar.

En efecto, se entiende por remuneración, el importe, “en dinero o en especie susceptible de apreciación pecuniaria, en retribución o compensación o con motivo de su actividad personal en concepto de sueldo, sueldo anual complementario, salario, honorarios, comisiones, participación en las ganancias, habilitación, propinas, gratificaciones y suplementos adicionales que revistan carácter de habituales y regulares, viáticos y gastos de representación, excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes y toda otra retribución, cualquiera fuere la denominación que se le asigne, percibida por servicios ordinarios y extraordinarios prestados en relación de dependencia”.

El ingreso sujeto a aporte y contribución, no “podrá ser inferior al fijado en disposiciones legales o convenios colectivos de trabajo o, a la retribución normal de la actividad de que se trate” (*art.* 18, párr. 2°, *ley* 23.660).

También resulta beneficiario el trabajador que celebró un contrato de trabajo por tiempo indeterminado, con período de prueba, a tiempo parcial. En el caso, al tener una jornada reducida, los aportes y contribuciones se calcularán “sobre una base mínima igual a 8 horas diarias de labor, calculada conforme a la categoría laboral del beneficiario titular y en base al convenio colectivo de la actividad, oficio o profesión de que se trate, aplicándose sobre 22 días mensuales de dicha jornada mínima para el personal jornalizado”; si se tratara de un trabajador mensualizado, “los aportes y contribuciones mínimos serán calculados sobre las remuneraciones establecidas en los convenios colectivos para la actividad oficio y/o profesión y de acuerdo a la categoría laboral del trabajador, en base a la cantidad de 200 horas mensuales, salvo autorización legal o convención colectiva de trabajo que permita al empleador abonar una retribución menor “ (*art.* 18, § 3 y 4, *ley* 23.660).

Finalmente, y vale la pena recordarlo que en este subsistema de obras sociales no existe un período de carencia para gozar de las prestaciones que cubren a los beneficiarios y a sus familiares. Por lo tanto se brindan desde el momento en que el trabajador “comienza a percibir remuneración o, dicho de otro modo, desde el primer día de efectivizarse la prestación de servicios²⁶”.

Por su parte, el ap. 6°, establece que: “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 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 art. 212”.

La ley contempla, las dos instituciones es decir los accidentes y enfermedades del trabajo, por un lado y, los accidentes y enfermedades inculpables, por el otro. La redacción de la ley 25.250, que por la ley 25.877 se deroga (art. 1°, ley 25.877) era más precisa y correcta, porque aludía al derecho del trabajador a las prestaciones por enfermedad o accidente por el hecho o en ocasión del trabajo, previstas en la ley 24.557, que son prestaciones que continúan más allá del plazo que fija el período de prueba. Por eso, luego del punto la norma que comentamos señala: “También por accidente o enfermedad inculpable, previstas en la LCT, señalando en estos últimos casos que dichas prestaciones se mantendrán durante el período de prueba y no más allá del mismo.

Por lo tanto el trabajador que celebró con su empleador un contrato de trabajo por tiempo indeterminado con período de prueba, tendrá derecho a la asignación por enfermedad o accidente inculpable, durante dicho período. Entendemos que las prestaciones por enfermedades y accidentes inculpables no son de naturaleza salarial, como lo señala De Diego²⁷.

Distinta es la solución que establece la ley, para los supuestos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, cuyas prestaciones se prologan más allá del período de prueba. Ello así, por cuanto a nuestro entender, se trata de un subsistema de seguridad social de gestión privada, ajeno al plexo normativo de la LCT. En tales supuestos el trabajador enfermo o accidentado tendrá derecho a las licencias previstas en los arts. 7° a 10 y a las prestaciones dinerarias previstas en los arts. 11, 13 a 15 y 17, LRT, y en especial del art. 20 de la LRT y, también sus derechohabientes a las que establece el art. 18 de la ley 24.557.

No obstante, se le niega al trabajador que se encuentra en período de prueba, el derecho a la indemnización por incapacidad absoluta, prevista en el párr. 4° del art. 212 de la LCT, tal cual lo preveía la reforma introducida por la ley 25.013 y, mantenía, la derogada ley 25.250. Tal disposición resulta acorde a la naturaleza de esta fase inicial del contrato de trabajo, puesto que no se reconocen durante su transcurso derechos indemnizatorios derivados de la pérdida del empleo, y en el caso del párr. 4° del art. 212 de la LCT, lo que se indemniza es justamente el cese operado por la imposibilidad de prestar servicios que afecta al dependiente (hecho extintivo ajeno a la voluntad de las partes).

²⁶ Vazquez Vialard, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, t. 2, p. 685.

²⁷ De Diego, Julián A., *Reforma laboral. Ley 25.877*, Bs. As., La Ley, 2004, p. 22.

Finalmente, el ap. 7°, establece que el período de prueba se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la seguridad social. A diferencia de lo previsto por la ley 25.013, y en este sentido se mantiene el criterio que preveía la ley 25.250; de tal manera que el período de prueba se computa como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la seguridad social, haya o no, continuación del contrato, ello se adecua a lo establecido en el ap. 5°.

2. El instituto del preaviso

Según el art. 3° de la ley 25.877, se sustituyó el art. 231 de la LCT y sus modificatorias, por el siguiente texto: “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 días; b) por el empleador, de quince días cuando el trabajador se encontrare en período de prueba; de un mes cuando el trabajador tuviese una antigüedad en el empleo que no exceda de cinco años y de dos meses cuando fuere superior”.

Analizado desde el punto de vista gramatical, el preaviso (aviso previo) es pura y simplemente una notificación efectuada con anterioridad.

Podría conceptualizarse como el espacio de tiempo fijado por la ley, que antecede a la rescisión unilateral del contrato de trabajo por plazo indeterminado, cuando no exista una razón o motivo imperioso y, durante el cual la parte avisada debe procurar restablecer las condiciones normales de su trabajo, evitando así, en consecuencia, la ruptura brusca de los vínculos contractuales²⁸.

Conforme surge de la referida conceptualización, el preaviso se limita a los casos de rescisión del contrato individual de trabajo por tiempo indeterminado.

No obstante lo expuesto, no existe incompatibilidad entre el preaviso y ciertos contratos de plazo determinado, sobre todo cuando la rescisión del contrato a plazo fijo tiene lugar antes del tiempo establecido.

Pero obsérvese que esta conclusión no puede asimilarse o hacerse valer, a nuestro juicio, durante el período de prueba, toda vez que, según consideramos, se trata de una condición resolutoria insertada en el contrato de trabajo por tiempo indeterminado.

En el derecho del trabajo existe un criterio admitido y uniforme en el sentido de que el instituto del preaviso tiene como finalidad principal impedir o evitar una ruptura brusca del contrato individual, evitando de esta manera que se produzcan perjuicios, tanto para el trabajador como para el empleador.

No se trata de una institución típica del contrato de trabajo, sino de una modalidad propia de todos los contratos de ejecución continuada y, especialmente, del con-

²⁸ Russomano, Víctor, *El preaviso en el derecho del trabajo*, Bs. As., Depalma, 1965, p. 3, citando a Hirose Pimpão, “Aviso previo”, Río de Janeiro, 1958, p. 78.

trato de locación de cosas. En efecto, son numerosos los códigos que imponen la observancia de un plazo de preaviso o, si se prefiere de una denuncia previa, en los contratos de locación de inmuebles, de depósito, de cuenta corriente, etcétera²⁹.

La función del preaviso consiste en evitar que un contratante pueda ser privado ex-abrupto de una prestación que, razonablemente, se consideraba a continuar, ofreciéndole la posibilidad de encontrar otra prestación equivalente³⁰. En el mismo sentido se pronuncia López en cuanto a que “el deber de preavisar se justifica entonces, racionalmente, como deber de prevenir y evitar el perjuicio que puede ocasionar a la otra parte de la relación de trabajo el ejercicio sorpresivo (‘bruscos’) del poder de denuncia dándole un tiempo para evitarlo”³¹.

De tal manera que, la incorporación del preaviso en el ámbito de las relaciones contractuales de carácter laboral debe ser considerada como la forma más antigua que traída de la mano de los usos y costumbres, se dirige a suspender los efectos del acto de extinción del contrato; medio de evitar o reducir los daños que la ruptura brusca del contrato pueda provocar en la contraparte, permitiendo al trabajador la búsqueda de un nuevo empleo y al empresario la sustitución del trabajador³².

Es que el preaviso es un instituto que precede y no que sigue a la extinción del contrato³³. Sin embargo, el incumplimiento del preaviso no afecta a su validez, ya que la extinción realizada sin preaviso, al contrario de lo que sucede en el derecho civil, produce plenos efectos aunque deba abonarse a la parte destinataria la correspondiente indemnización sustitutiva.

La obligación del preaviso constituye pues, una manifestación de la buena fe contractual³⁴, por lo que en tal contexto, cabe preguntarse ¿es compatible el período de prueba con el instituto de preaviso? Parecería ser que la respuesta a dicho interrogante debería ser negativa.

En efecto, algunos autores sostienen una posición contraria. Así, Héctor y Mariano Recalde entienden que se vuelve a establecer la obligación de dar preaviso incluso dentro del período de prueba. Consideran que “la modificación es saludable en tanto el deber de preavisar debe prevalecer aún cuando se permita el período de prueba, en tanto esta carga de avisar previamente es una derivación necesaria e inmediata del deber recíproco de buena fe de las partes del contrato de trabajo, de manera tal de dar oportunidad a la otra parte de disponer de un tiempo para procurar un nuevo empleo –en el caso del trabajador– o, de conseguir un reemplazante para el puesto de trabajo –en el caso del empleador–”.

²⁹ Deveali, Mario L., *Lineamientos de derecho del trabajo*, 2ª ed., Bs. As., Tea, 1953, p. 283 y 284; Pozzo, Juan D., *Manual teórico práctico de derecho del trabajo*, 2ª ed., t. I, Bs. As., Ediar, 1967, p. 436.

³⁰ Deveali, *Lineamientos de derecho del trabajo*, p. 284.

³¹ López, Justo, *El deber de preavisar*, LT, XXV-A-194.

³² Pérez-Espinosa Sánchez, Fernando, *El preaviso en la extinción del contrato de trabajo*, Madrid, Montecorvo, p. 25.

³³ Pérez-Espinosa Sánchez, *El preaviso en la extinción del contrato de trabajo*, p. 25, citando a Riva Sanseverino, Luisa, *Diritto del lavoro*, 10ª ed., Padova, Cedam, 1967, p. 352.

³⁴ Deveali, *Lineamientos de derecho del trabajo*, p. 284; Herrera, Enrique, *Extinción del contrato de trabajo*, en Vazquez Vialard, Antonio (dir.), “Tratado de derecho del trabajo”, t. 5, Bs. As., Astrea, 1993, p. 152.

Agregan los citados autores que: “este ha sido, por otro lado el criterio vigente de 1952 cuando la Cámara de Apelaciones del Trabajo estableciera como doctrina plenaria que todo obrero o empleado tiene derecho a la indemnización supletoria por la omisión del preaviso; aunque su antigüedad fuera inferior a 30 días le asiste este derecho una vez iniciado su trabajo”³⁵.

Álvarez, en sentido coincidente al apuntado, sostuvo que “la existencia de la obligación de preavisar en el período de prueba no se contraponen con la ausencia de estabilidad en el lapso, porque el preaviso, en sí, no es una protección contra la rescisión incausada, sino una exigencia, en el marco de la buena fe, para evitar las consecuencias dañosas de una ruptura intempestiva”. Asimismo, considera dicho autor que “no es correcto sostener que el preaviso es inadmisibles en el período de prueba y el único reproche que podría llevarse a cabo... es que el plazo de tres meses al que alude el art. 92 *bis* de la LCT tampoco es tan elevado como para exigir un deber de conducta paliativo del daño originado en la rescisión, en particular si se tiene en cuenta que, en su propia formulación, está implícita la conciencia de la precariedad”³⁶.

Otro sector de la doctrina considera incompatible el período de prueba con el preaviso. Russomano entiende que “el principio de que el período de prueba es el plazo dentro del cual las partes deliberan sobre la conveniencia o no de la celebración posterior del contrato individual de trabajo, lleva a la conclusión de que realmente tanto el trabajador, como el empleador podrán rescindir ese arreglo preliminar, sin necesidad de preaviso”³⁷.

Como lo hemos indicado precedentemente y compartiendo también el criterio sustentado por Brito Peret y Foglia, el preaviso –aviso previo que constituye una obligación de hacer y configura un corolario del principio de buena fe–, es una forma de evitar la sorpresa cuando hay una expectativa de continuidad cierta de la relación laboral contractual que, precisamente no existe durante el período de prueba; o dicho de otro modo, desaparece durante ese período, el *factum* que da sustento al preaviso, que es la sorpresa en la extinción del contrato cuyo plazo es de tiempo indeterminado³⁸.

En el mismo sentido señala Carcavallo que: “la opinión mayoritaria, se inclina por aceptar que, en virtud de la prueba, no hay dos contratos, uno preliminar y otro definitivo, sino que el contrato es uno solo, integrado por una primera fase que impide que aquél surta pleno efectos *ab initio*”³⁹.

³⁵ CNAT, plenario 10, “Salaberry, Rubén A. c/Casa Voss”, 3/6/52, DT, XII-410. Recalde, Héctor P. - Recalde Mariano, *Modificaciones a la regulación de las relaciones individuales del trabajo*, en “Reforma laboral. Ley 25.877”, *SupILL*, p. 35; Meguira, Horacio D. - García, Héctor O., *Ley de ordenamiento laboral o el discreto retorno del derecho del trabajo*, en “Reforma laboral. Ley 25.877”, *SupILL*, p. 21.

³⁶ Álvarez, Eduardo, *El preaviso en la ley 25.877*, en Ackerman, Mario E. y otros, “Reforma laboral. Ley 25.877”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 75 y 76.

³⁷ Russomano, *El preaviso en el derecho del trabajo*, p. 77.

³⁸ Brito Peret - Foglia, *Modificaciones introducidas por la ley 25.877 en materia de derecho individual del trabajo*, TSS, 2004-289 y ss., en especial p. 299.

³⁹ Carcavallo, Hugo R., *El período de prueba y la ley 25.877*, en “Reforma laboral. Ley 25.877”, *SupILL*, p. 10.

Agrega el citado autor que: “nuestro modelo (contrato de trabajo por tiempo indeterminado con período de prueba), encaja en el tipo definido por Alonso García como contrato de trabajo definitivo que por imperativo legal, se considera no obstante como contrato de libre resolución durante un período determinado de tiempo, sin necesidad de plazo de preaviso; de no producirse la denuncia, se consolida la estabilidad del contrato y los efectos del mismo se consideran producidos desde el momento inicial de su celebración”⁴⁰.

Por ello, concluye el referido publicista, cuyo criterio compartimos, que esa posibilidad de libre resolución por cualquiera de las partes que hace a la naturaleza del instituto, resulta incompatible con el preaviso, por más que estemos –según dice–, en un tramo inicial de un contrato por tiempo indeterminado desde que, precisamente, la fragilidad propia del vínculo en ese tramo que además tiene plazo determinado impide que se produzca el *ex abrupto* al que aludieron Deveali, Herrera, entre otros⁴¹.

No obstante no debe olvidarse, en primer lugar que la institución del preaviso no es de origen típicamente laboral y se aplicaba a contratos de ejecución continuada, como la locación de casas, depósito cuenta corriente, seguros, en los cuales no existe, un período de prueba; de tal manera que en esos casos de contratos civiles y comerciales, no se configuraría la incompatibilidad que se esgrime.

En segundo lugar, en la época en que se sentó la doctrina del plenario 10, en el año 1952, no existía en la ley 11.729, un contrato de trabajo por tiempo indeterminado con período de prueba.

En tercer lugar, como dice Carcavallo, la nueva proposición normativa contenida en el art. 233 *in fine*, de la LCT, según texto introducido por la ley 25.877, de alguna manera corrobora esta incompatibilidad, al excluir a la integración del mes de despido del preaviso, durante el período de prueba. La integración forma parte de la indemnización por falta de preaviso, de donde en esta mezcla de figuras antagónicas, se interpreta que dicha parte final del art. 233, obedece a la inexistencia de una expectativa de continuidad, inexistencia reveladora de que no se dan los motivos justificantes de preaviso⁴².

A través del art. 4° de la ley 25.877, se sustituye el art. 233 de la LCT y sus modificatorias por el siguiente texto: “Los plazos del art. 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 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 art. 92 *bis*”.

⁴⁰ Alonso García, Manuel, *Curso del derecho del trabajo*, 6ª ed., Barcelona, Ariel, p. 392. Carcavallo, *La reforma laboral (crónica de la ley 24.465)*, TSS, 1995-332.

⁴¹ Carcavallo, *El período de prueba y la ley 25.877*, p. 10 y 11; Brito Peret - Foglia, *Modificaciones introducidas por la ley 25.877 en materia de derecho individual del trabajo*, TSS, 2004-299.

⁴² Carcavallo, *El período de prueba y la ley 25.877*, p. 11.

En la mayoría de los ordenamientos en que queda reconocido el derecho de extinción unilateral de los contratos de duración indeterminada, su ejercicio conecta, desde un punto de vista formal, con el respeto a los intereses de la parte que soporta la extinción. De esta perspectiva, señala Pérez-Espinosa Sánchez que debe entenderse el establecimiento de la obligación de manifestar al destinatario, con antelación a la fecha de extinción del contrato, la voluntad de poner término al mismo: el preaviso se constituye así, en un límite temporal para el ejercicio del derecho de extinción unilateral de la relación, y opera como condición de licitud del acto de dimisión o de despido⁴³.

Es que el preaviso no produce un efecto extintivo inmediato: la terminación del contrato no se producirá hasta el vencimiento del plazo señalado. Dicho de otro modo, el preaviso implica la continuación de la relación contractual laboral a lo largo de la duración del término expresamente indicado, y de modo que el contrato deberá considerarse extinguido con la culminación de dicho período, pues en ese momento viene a realizarse la cesación de la prestación y de la contraprestación que constituyen causa y efecto del contrato⁴⁴.

Como surge de la norma que analizamos, el incumplimiento del preaviso no afecta a su validez, por cuanto la extinción efectuada sin su otorgamiento, produce plenos efectos sólo que, en el caso, deberá abonarse a la correspondiente indemnización sustitutiva.

En primer lugar, se reduce el plazo en el que el trabajador deberá dar el preaviso previo al empleador, que de ahora en adelante ya no será de un mes, cualquiera fuere la antigüedad, sino de quince días. Por lo tanto, todos los prestadores de servicios deberán preavisar a su dador de trabajo, con una anticipación de quince días, cualquiera fuera la fecha de ingreso.

En segundo lugar, la reforma adoptó el modelo que había sido introducido por el art. 95 de la ley 24.467 y por el art. 6° de la ley 25.013, en cuanto dispone que los plazos correrán a partir del día siguiente al de la notificación del preaviso.

Como acota Rodríguez Mancini, la modalidad de cómputo resulta sin duda la más razonable y nunca tuvo justificación la disposición que obligaba a considerar que el plazo recién comenzaba desde el primer día del mes siguiente al de la notificación del preaviso⁴⁵.

Puesto que el preaviso producía sus efectos a partir del último día del mes, no parecía arbitrario sostener que, a los fines de la indemnización por falta de preaviso, correspondía tener en cuenta no solamente los días trabajados durante el mes de despido sino todo el mes⁴⁶.

Si el plazo de preaviso corre a partir del primer día del mes siguiente a su notificación, tal como aconteciera durante la vigencia de la LCT, cualquiera sea la fecha

⁴³ Pérez-Espinosa Sánchez, *El preaviso en la extinción del contrato de trabajo*, p. 24.

⁴⁴ Pérez-Espinosa Sánchez, *El preaviso en la extinción del contrato de trabajo*, p. 25, en especial nota 6.

⁴⁵ Rodríguez Mancini, Jorge, *Observaciones sobre la ley 25.877*, en "Reforma laboral. Ley 25.877", *SuplLL*, p. 42; Brito Peret - Foglia, *Modificaciones introducidas por la ley 25.877 en materia de derecho individual del trabajo*, TSS, 2004-310.

⁴⁶ DT, 1959-633.

de ésta, es lógico concluir que el trabajador tiene derecho a que se le compute la antigüedad, a los efectos de determinar ese plazo, hasta el último día del mes. Conforme la reforma actual introducida por el art. 4° de la ley 25.877 y a diferencia de la solución que traía la LCT, si no se dio el aviso previo, el cómputo es diferente.

En tercer lugar, como lo señalamos en el art. 235 de la LCT, la notificación del preaviso deberá probarse por escrito ya sea mediante simple nota, carta documento, telegrama o mediante acta notarial.

En cuarto lugar, los efectos suspensivos del preaviso se mantienen; en tal sentido, en los casos en donde el contrato prevea una causal de suspensión con goce de salarios, el preaviso otorgado se suspende (art. 239, LCT).

En quinto lugar, salvo lo dispuesto en el art. 236 de la proposición normativa contenida en la LCT, se mantiene la licencia diaria prevista en el art. 237 de la LCT.

En sexto lugar, si el dador de trabajo otorgase el preaviso y, el prestador de servicios renunciara al período faltante, tendrá derecho sólo al cobro de salarios hasta la fecha de la renuncia; pero conservará el derecho a percibir la indemnización que le corresponda en virtud del despido.

En séptimo lugar durante el transcurso del preaviso, subsistirán las obligaciones emergentes del contrato de trabajo (art. 238, LCT).

No obstante la modificación introducida al párr. 1° del nuevo art. 233 de la LCT, el párr. 2° se mantiene incólume.

Así, establece 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 debida al trabajador se integrará con una suma igual a los salarios por los días faltantes hasta el último día del mes en que se produjera el despido”.

El art. 233 de la LCT según la reforma introducida por la ley 21.297, disponía que si la fecha del distracto dispuesta por el empleador se producía sin aviso previo (preaviso) y, en fecha que no coincida con el último día del mes, corresponde integrarlo abonando una indemnización complementaria equivalente a la diferencia entre lo percibido como salario por el tiempo trabajado y lo que le hubiere correspondido de hallarse en servicio hasta el fin del mes calendario.

Así lo disponía la referida disposición normativa, recogiendo una jurisprudencia unánime, elaborada durante la vigencia de la ley 11.729⁴⁷.

En su momento se discutió si en todos los casos de despido indirecto procedía el pago de la integración del mes. La cuestión se hallaba vinculada con la posibilidad, dentro de nuestro sistema legal, de que la situación injuriosa resultara compatible con el mantenimiento del vínculo a título provisorio, durante el lapso de preaviso, como ocurría en la legislación italiana que se tuvo por modelo. La Cámara Nacional

⁴⁷ SCBA, 20/8/57, AS, 1957-IV-193; LL, 115-707.

de Apelaciones del Trabajo se pronunció en el sentido en que en todos los casos de despido indirecto correspondía abonar la integración del mes⁴⁸.

Fallos recientes destacaron que para el cálculo de la indemnización por despido no se puede tomar en cuenta el salario correspondiente al mes incompleto en que se produjo el despido. La razón es que la suma que se abona a título de “integración” tiene naturaleza “indemnizatoria”, no “retributiva”, y los “salarios” que se abonan por el lapso trabajado que debe integrarse, no alcanzan al período mínimo de un mes que exige el art. 245 de la LCT para servir como base de cálculo a la indemnización del art. 245 de la LCT⁴⁹.

Sin embargo “la norma no alude al supuesto de que la extinción fuera dispuesta por el trabajador, sin preaviso, en fecha que tampoco coincida con el último día del mes. El empleador tendrá derecho a la llamada integración. Como la proposición normativa sobre la cual corre el preaviso, se aplica a ambos preavisos; parece ser entonces, que no hay razón para negarle al empleador no preavisado la llamada integración del mes de despido. Ello así, por cuanto en el caso del preaviso no otorgado al trabajador, la norma dice que “la indemnización sustitutiva se integrará con una suma igual a los salarios por los días faltantes hasta el último día del mes de despido. Ello así, concluye..., porque la llamada integración del mes de despido forma parte de la indemnización por falta de preaviso; no es una indemnización distinta”⁵⁰.

Como puede observarse, la sanción por omitir el preaviso, no resulta ser igual a lo que se hubiese debido pagar si aquél se hubiese otorgado. Ello permite inferir, como dice Rodríguez Mancini, que la ley propone estimular el otorgamiento del preaviso y no su sustitución⁵¹.

Un párrafo aparte merece la última parte del art. 4º, que sustituye también la última parte del art. 233 de la LCT. En efecto, no procederá la integración del mes de despido cuando la extinción se produzca durante el período de prueba establecido en el art. 92 *bis*.

De tal manera que, en los contratos de plazo indeterminado con período de prueba, habrá indemnización sustitutiva, pero no el pago de la integración del mes de despido.

Ello significa que con la reforma de la ley 25.877, la omisión del preaviso en término, es decir, antes de la extinción del período de prueba (o, dicho de otro modo, quince días antes de la extinción de ese período), no traería como consecuencia la continuidad del contrato, que se reemplaza ahora, por una suma de dinero, contrariando de esa manera el principio de continuidad contenido en el art. 10 de la LCT.

⁴⁸ CNAT, en pleno, 25/6/56, “Tomasello c/Barranco Hnos”, *DT*, XVI-469 con nota de Deveali, Mario L. y *LT*, IV-261.

⁴⁹ SCBA, 27/9/77, *TSS*, V-465, con nota de Pierre de Watheley, Gabriela, *Remuneración computable en la indemnización por falta de preaviso*. En el mismo sentido, CNAT, Sala III, 16/3/79, *LT*, XXVIII-512, y Herrera, *Extinción del contrato de trabajo*, en Vazquez Vialard (dir.), “Tratado de derecho del trabajo”, t. 5, p. 232.

⁵⁰ Conf., López, J., en López, Justo - Centeno, Norberto O. - Fernández Madrid, Juan C., *Ley de contrato de trabajo comentada*, t. II, Bs. As., Contabilidad Moderna, 1987, p. 1165.

⁵¹ Rodríguez Mancini, *Observaciones sobre la ley 25.877*, p. 42; Álvarez, *El preaviso en la ley 25.877*, en Ackerman y otros, “Reforma laboral. Ley 25.877”, p. 78.

Sin embargo, si el empleador calla sobre el preaviso o lo otorga de manera insuficiente, debería presumirse que ha aceptado que el trabajador continúe con su contrato por tiempo indeterminado⁵².

3. El instituto de la indemnización por despido sin justa causa en la ley de contrato de trabajo

a) La indemnización por despido sin justa causa

El art. 5° de la ley 25.877 sustituyó también el art. 245 de la LCT, por el siguiente: “En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor.

Dicha base no podrá exceder el equivalente de tres veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada convenio colectivo de trabajo.

Para aquellos trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno.

Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el convenio al que pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa o establecimiento donde preste servicios, si éste fuere más favorable.

El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a un mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo”.

Se ha modificado el primer párrafo, por lo que a partir de la vigencia de la ley 25.877, se debe computar como base, la mejor remuneración mensual, normal y habitual “devengada”, alterándose en consecuencia el texto del art. 245 de la LCT y el art. 7° de la ley 25.013, en cuanto que en ambos se utilizaba la expresión “percibida”.

Recepta la proposición normativa la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recaída con fecha 12/11/91, *in re*, “Bagolini, Susana c/Instituto Tecnológico de Hormigón SA”⁵³. Allí se decidió que “el módulo para el cálculo de la indemnización por despido es la remuneración que se debió percibir, pues de lo contrario, no sólo se permitiría el indebido beneficio del empleador deudor, sino que, también,

⁵² Rodríguez Mancini, *Observaciones sobre la ley 25.877*, p. 41.

⁵³ *Fallos*, 213:5001.

se dejaría librada la determinación del importe del resarcimiento al exclusivo arbitrio del moroso”, postura que, como dice Álvarez, subyace en los distintos votos del fallo plenario recaído el 1/10/96, en los autos: “Torres, Elvio A. c/ Pirelli Técnica SA”⁵⁴.

En el dictamen del procurador general, se señala que la doctrina ya había advertido la defectuosa redacción y había sostenido que la base de la tarifa debía ser la “remuneración devengada”, aunque la ley dijese “percibida”⁵⁵, porque como bien lo aclaró López “de no ser así, sucedería que por el solo hecho de incumplir el empleador el pago de la mejor remuneración ésta no se tendría en cuenta, en perjuicio del trabajador, de donde el empleador se beneficiaría en razón de su propio incumplimiento contractual. Hay que entender, entonces, que se usó la palabra ‘percibida’, sin detenerse a considerar su diferencia respecto de la expresión ‘devengada’ y que esta deficiencia técnica debe y puede ser remediada por el intérprete... (en función de los principios de buena fe y equidad del art. 11 de la LCT)”⁵⁶.

Al respecto corresponde aclarar que la solución que trae la ley no es, precisamente, la que emerge de la doctrina plenaria, que resolvió la cuestión, en contra de la postura del señor procurador general del trabajo. O, dicho de otro modo, se decidió que en caso de despido, la remuneración que al trabajador le corresponde por la fracción del mes en que se produjo, no debe computarse —a los fines del art. 245 de la LCT—, proyectada a la totalidad de dicho mes.

b) El concepto de remuneración devengada

Es bien sabido que toda remuneración, ya sea que se determine por tiempo o por resultado (art. 104, LCT) atraviesa inexorablemente por tres fases denominadas respectivamente: asignada, devengada y percibida.

Así, en el caso de los trabajadores mensualizados, como lo son la mayoría de los prestadores de servicios, tienen adjudicado al comienzo de cada mes, una atribución patrimonial dineraria o no (aunque en su mayor proporción no es remuneración en especie) que se denomina remuneración asignada, que en el léxico común, generalmente, se la llama remuneración ordinaria, remuneración normal o remuneración de convenio. Si no hay pactada una remuneración en forma expresa en el contrato individual de trabajo, será la prevista en la convención colectiva.

La segunda fase está configurada por la llamada remuneración devengada, es decir, aquélla de la cual el trabajador es acreedor a fin de cada mes; era, precisamente, esta noción conceptual la que receptaba el art. 9° de la abrogada ley 24.028⁵⁷.

⁵⁴ TSS, 1996-1059 y siguientes.

⁵⁵ Fernández Madrid, Juan C., *Tratado teórico práctico de derecho del trabajo*, t. II, Bs. As., La Ley, 1990, p. 1736 y ss., en especial p. 1737; Torre, José P. - Morando, Juan C., *La reforma de la ley de contrato de trabajo*, Bs. As., 1976, p. 138 y ss.; Slavin, Luis P., *Cálculo de la indemnización por despido arbitrario*, LT, XXVII-B-1035 y ss., etcétera.

⁵⁶ López - Centeno - Fernández Madrid, *Ley de contrato de trabajo comentada*, t. II, p. 1239 y siguientes.

⁵⁷ Rainolter, Milton A. - Morasso, Herminio M., *Régimen de accidentes de trabajo. Ley 24.028*, 3ª ed., Bs. As., Astrea, 1993, p. 82.

Y, finalmente, el importe neto de la remuneración mensual devengada que el trabajador recibe, luego de efectuados los aportes y retenciones, se denomina remuneración percibida.

c) Cálculo de la indemnización

A los efectos del cálculo están excluidas las atribuciones patrimoniales no remunerativas como:

1) las asignaciones no remunerativas propiamente dichas, como la prevista en el *decr. 1347/03*, que establece, con carácter permanente, una asignación no remunerativa de \$ 50 mensuales, a partir de 1/1/04;

2) las asignaciones familiares;

3) la reparación de los daños sufridos por el trabajador en sus equipos y herramientas ocurridas en el trabajo;

4) los viáticos efectivamente gastados y acreditados por medio de comprobantes (*art. 106, LCT*) y los reintegros de gastos sin comprobantes correspondientes al uso del automóvil de propiedad de la empresa o del empleado, conforme los parámetros fijados o que se fijen como deducibles en el futuro por la AFIP (*art. 105, inc. b, LCT*) y los viáticos de viajantes acreditados con comprobantes en los términos del *art. 6º de la ley 24.241* y los reintegros de automóvil en las mismas condiciones que las especificadas en el *inc. b (art. 105, inc. c, LCT)*.

5) Los denominados beneficios sociales estipulados en el *art. 103 bis de la LCT* tales como: los beneficios de comedor de la empresa (*inc. a*); los *tickets* almuerzo (*inc. b*); los *tickets* canasta (*inc. c*); los reintegros de gastos de medicamentos y gastos médicos y odontológicos del trabajador (*inc. d*); la provisión de ropa de trabajo y de cualquier otro elemento vinculado a la indumentaria y al equipamiento del trabajador para uso exclusivo en el desempeño de sus tareas (*inc. e*); los reintegros documentados con comprobantes de gastos de guardería y/o sala maternal (*inc. f*); la provisión de útiles escolares y guardapolvos para los hijos del trabajador (*inc. g*).

6) Las atribuciones patrimoniales remunerativas que no son mensuales, es decir, que se devenguen en períodos distintos, no deben incluirse a los efectos del cálculo de la indemnización por antigüedad, como por ejemplo, las habilitaciones o gratificaciones (*art. 110, LCT*).

7) Las atribuciones patrimoniales que no son habituales ni normales, como las horas extraordinarias no deben incluirse en el cálculo de la mejor remuneración⁵⁸. En caso contrario, formarán parte de ella⁵⁹.

La concreta referencia a la habitualidad y a la normalidad debe interpretarse como, lo ha dicho la jurisprudencia mayoritaria y la doctrina de los autores como aquellas atribuciones patrimoniales no excepcionales y extraordinarias. Como dice López “por normal se entiende lo que sirve de norma o regla (o modelo) o las cosas

⁵⁸ CNAT, Sala VI, 30/3/77, *DT*, XXXVIII-185; *id.*, Sala III, 31/10/78, *DT*, XXXIX-494 y *TSS*, VI-248.

⁵⁹ CNAT, Sala V, 23/3/79, *DT*, XXXIX-484; *id.*, Sala VIII, 25/7/80, *DT*, XL-1174; *id.*, SCBA, 22/6/71, *DT*, XXXII-96.

que se hallan en estado natural; lo que viene a ser lo mismo, tomando como no natural lo que se desvía del modelo; la habitualidad, según el criterio del fallo plenario de autos: “Piñol, Cristóbal A. c/Genovesi SA”, del 13/09/66, supone reiteración, lo que es consuetudinario”⁶⁰.

Por ello, en el caso de remuneraciones variables, se modificó el criterio imperante, en virtud del cual a los efectos del cálculo de la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT, se debía computar el promedio de lo percibido por el trabajador, por la doctrina emanada del plenario 298 del 5/10/00 en los autos: “Brandi, Roberto Antonio c/Lotería Nacional SE”, que estableció que en los supuestos de remuneraciones variables, para el cálculo de la indemnización por antigüedad no se deben promediar las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales”⁶¹.

O, dicho de otro modo, el art. 245 LCT se refiere a la mejor remuneración mensual, normal y habitual, y no al promedio que, queda descartado como base de cálculo para determinar la indemnización prevista en dicho artículo.

8) El sueldo anual complementario constituye un salario diferido que se devenga mensualmente, pero se percibe en dos períodos semestrales. Si bien constituye una atribución patrimonial remuneratoria que es normal y habitual, es de pago semestral, por lo cual no cabe computar su parte proporcional para determinar la mejor remuneración mensual⁶².

No es este el criterio que consagra la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. En efecto en la causa “Heimann, Raúl A. c/Rigolleau SA”, del 16/11/82, se decidió que la base que permita determinar el monto de la indemnización por antigüedad (art. 245, LCT), debe establecerse computando el sueldo anual complementario⁶³.

Sin embargo, estos criterios antagónicos podrían replantearse a raíz de la modificación operada, en cuanto la ley 25.877 habla de remuneración mensual devengada y el sueldo anual complementario aunque se abone semestralmente, se devenga con cada prestación.

d) El segundo párrafo del artículo 245 de la ley de contrato de trabajo

La segunda y última parte del párr. 2º del art. 245 de la LCT fue objeto de modificaciones que, según se entiende, no han alterado el sentido de la norma anterior.

⁶⁰ López - Centeno - Fernández Madrid, *Ley de contrato de trabajo comentada*, t. II, p. 1240, citando a Pierre de Watheley, Gabriela, “Remuneración computable en la indemnización por falta de preaviso”, *TSS*, V-466; Fernández Madrid, Juan C., *Tratado práctico de derecho del trabajo*, t. II, Bs. As., La Ley, 1990, p. 1737 y 1738; Herrera, *Extinción del contrato de trabajo*, en Vazquez Vialard (dir.), “Tratado de derecho del trabajo”, t. 5, p. 276 y 277, entre otros.

⁶¹ *DT*, 2000-B- 2176; *id.*, *TSS*, 2000-998.

⁶² CNAT, Sala III, 18/7/78, *DT*, XXVIII-668; *id.*, *id.*, 20/11/78, *TSS*, VI-112; *id.*, Sala V, 23/3/79, *DT*, XXXIX-484; Herrera, *Extinción del contrato de trabajo*, en Vazquez Vialard (dir.), “Tratado de derecho del trabajo”, t. 5, p. 277; Álvarez, *El preaviso en la ley 25.877*, en Ackerman y otros, “Reforma laboral. Ley 25.877”, p. 86; Rodríguez Mancini, *Observaciones sobre la ley 25.877*, p. 43; Vazquez Vialard, Antonio, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, t. 1, Bs. As., Astrea, 2001, p. 642 y 643.

⁶³ *LT*, XXXI- 931 y siguientes.

En efecto, el art. 153 de la ley 24.013, reformó la proposición normativa que contenía el art. 245 de la LCT, por lo que ese nuevo texto implicaba un retorno al sistema de los dos topes, máximo y mínimo. Es que la redacción inmediata anterior establecida por el art. 48 de la ley 23.697 de emergencia económica, consagraba –con la supresión del tope límite máximo anteriormente vigente–, el pago del equivalente a un mes de sueldo, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o plazo de prestación de servicio.

Pero a partir de la entrada en vigencia de la ley 24.013, la indemnización seguirá siendo de un mes de sueldo, tomando como base la mejor remuneración mensual antedicha por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, con un tope máximo equivalente a tres veces el importe mensual del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio aplicable al trabajador, al momento de despido, por la jornada normal o convencional, excluidas las bonificaciones por antigüedad.

En virtud de lo complejo del método y para aventar discusiones al respecto, sería el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el que fijará y publicará los importes correspondientes a cada convención colectiva de trabajo⁶⁴.

Por ello, la última parte del párr. 2° que entró en vigencia el 26/12/91, establecía expresamente: “Al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social le corresponderá fijar y publicar el monto que corresponda, juntamente con las escalas salariales de cada convenio colectivo de trabajo”.

Dicha frase, que aparece destacada en el párrafo anterior fue reemplazada por “el promedio resultante”, por lo que la última parte de la proposición normativa vigente a partir del 28/3/04⁶⁵, textualmente dice: “Al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada convenio colectivo de trabajo”.

e) El tercer párrafo del artículo 245 de la ley de contrato de trabajo

Señalaba este tercer párrafo del art. 245 de la LCT, con la reforma de la anterior ley 24.013, que mantuvo la ley 25.250, que estamos comentando: “Para aquellos trabajadores no amparados por convenios colectivos de trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el que corresponda al convenio de actividad aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno”.

El nuevo texto, con la modificación introducida por la ley 25.877 dispone: “Para aquellos trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio colectivo más favorable, en el caso de que hubiera más de uno”.

⁶⁴ Fernández Campón, Raúl - Rainolter, Milton A., *Régimen nacional de empleo. Ley 24.013*, Bs. As., Astrea, 1992, p. 215.

⁶⁵ La ley 25.877 fue publicada en el Boletín Oficial, el 19/3/04, sin formular indicación alguna de la fecha de vigencia; por lo que es aplicable el art. 2° del Cód. Civil. Por consiguiente la misma rige –es derecho positivo–, después de los ocho días de su publicación (arts. 2°, 23, y 27, Cód. Civil).

Álvarez considera que el sistema forfatario o tarifado de la proposición normativa contenida en el art. 245 de la LCT, luego de la modificación introducida por el art. 153 de la ley 24.013, ha creado un sistema complejo y vulnerable que genera polémicas en torno de los trabajadores “comprendidos”, “no amparados” o “excluidos” de los convenios colectivos.

Según algunos autores, esta modificación consistente en la sustitución de la expresión “no amparados”, por la de “excluidos”, no es decorativa ni tampoco resulta intrascendente, sino que ha tenido como finalidad clara –según dicen–, la de dejar a salvo del tope a aquellos trabajadores no representados en la negociación colectiva y, por lo tanto, no amparados siquiera en la representación sindical. En este sentido, continúan diciendo, la reforma apunta a dar respuesta a los casos en los cuales el trabajador afectado por el tope ni siquiera estuvo representado en la negociación colectiva circunstancia que tornaría aún más injusta la reducción de su indemnización. Por ello y, luego de las idas y venidas que tuvo el proyecto, se terminó por establecer que sólo se aplica el tope a los trabajadores amparados por el convenio y a aquellos a quienes la convención, pudiendo ampararlos, los excluye⁶⁶.

Por su parte Brito Peret y Foglia interpretan que antes de la reforma introducida por la ley 25.877 de ordenamiento laboral, “a los trabajadores del establecimiento que no estuvieran subsumidos en la convención colectiva vigente en el mismo, por cualquier razón, les era aplicable un tope resarcitorio, fuere éste el del convenio colectivo de actividad o el más favorable en caso de coexistir varios en el establecimiento. De esta forma, la extensión refleja del tope era amplia, bastando que hubiere convención colectiva en el establecimiento y que el trabajador se desempeñara en el mismo para que la base salarial adoptada para el cálculo de la indemnización tuviere el límite indicado”. Destacan que con la modificación introducida, la expresión “trabajadores excluidos” del convenio colectivo, abre, según dicen, dos posibilidades interpretativas. Una interpretación, que identifica con un criterio amplio el término “excluidos” se refiere a todos aquellos sujetos del establecimiento a los cuales la convención colectiva de trabajo no les es aplicable; por lo que este criterio sería similar al del artículo reformado. Según un criterio estricto, podría entenderse que el término *excluidos* sólo se refiere a aquellos trabajadores que la propia convención colectiva expresa que no les es aplicable, esto es, que excluye expresamente de su ámbito de aplicación. De tal manera que según este criterio, el tope indemnizatorio sería aplicable a los trabajadores incluidos en la convención colectiva y a los expresamente excluidos por la misma, por lo que aquellos trabajadores que no se encuentren en ninguna de dichas situaciones, carecerían del tope a la mejor remuneración mensual normal y habitual devengada⁶⁷. O dicho de otro modo, el tope del párr. 2º, del art. 245 de la LCT se aplica a los trabajadores amparados por el convenio colectivo y a aquéllos que pudiendo estar amparados por ese convenio no lo están.

Sin embargo, otros autores entienden que la modificación de las expresiones introducidas en este párr. 3º, del art. 245 de la LCT, no resultan importantes, ya que se trata de una modificación lingüística intrascendente, aunque más correcta desde

⁶⁶ Recalde - Recalde, *Modificaciones a la regulación de las relaciones individuales del trabajo*, p. 34 y ss., especialmente p. 36 y 37.

⁶⁷ Brito Peret - Foglia, *Modificaciones introducidas por la ley 25.877 en materia de derecho individual del trabajo*, TSS, 2004-289 y ss., en especial p. 314 y 315.

el punto de vista gramatical. Así, Álvarez sostiene que en el lenguaje judicial interpretativo de la proposición normativa contenida en el art. 245 de la LCT, en un texto similar como el introducido por el art. 153 de la ley 24.013, siempre se usó la expresión “no amparado” como sinónimo de “excluido”; y en tal sentido trae a colación un fallo de la Corte Suprema⁶⁸, en donde el Alto Tribunal consideró análoga la hipótesis de exclusión en relación con el “no amparo”, no sólo para evitar repeticiones de palabras, sino además, en lo que respecta a los alcances jurídicos, y al revocar un pronunciamiento de la Sala II, de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que prescindió del tope con sustento en una exclusión de convenio, afirmó la vigencia del límite y la inexistencia de diferencias entre “excluido” y “no amparado”⁶⁹.

Aunque con variantes, participa del criterio expuesto en el párrafo precedente De Diego, para quien el reemplazo del vocablo “no amparados” por el de “excluidos”, no genera ningún tipo de reservas acerca de su interpretación⁷⁰.

Pero ambos autores coinciden en que siempre debe existir un tope, por cuanto no existe espacio para una hermenéutica que consagraría, sin demasiado sustento jurídico, una categoría de trabajadores con derecho a una indemnización de distinta fórmula⁷¹.

De Diego, fundándose en la doctrina judicial, considera que para el supuesto de los trabajadores que no cuentan con un tope parecería claro que el legislador desea que se fije un tope de alguna forma. Por consiguiente, si un trabajador se encuentra sin tope en el establecimiento, no corresponde que se fije como base remuneratoria para indemnizar el despido, la suma devengada mensualmente⁷². Allí se sostuvo que la intención legislativa es que a todos los trabajadores en relación de dependencia se les aplique un tope indemnizatorio resultante de la proyección de un convenio colectivo de trabajo, lo que surge de la simple lectura del art. 245 de la LCT, texto según la ley 24.013 y cuya constitucionalidad ha declarado la Corte Suprema en autos “Villarreal c/Roemmers”⁷³, entre otros.

En otro supuesto se resolvió que no existiendo un convenio colectivo que resulte aplicable en el establecimiento se puede recurrir a un convenio análogo, que resulta más favorable⁷⁴ y la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en los autos “Bracone, Héctor E. c/Bolsa de Cereales de Buenos Aires s/despido”, sostuvo que para determinar el convenio análogo se debe recurrir a la convención colectiva que resulte más afín⁷⁵.

⁶⁸ CSJN, 23/11/95, “Vergara Jorge G. c/Mediconex SA”, TSS, 1996-87.

⁶⁹ Álvarez, Eduardo, *Modificaciones introducidas por la ley 25.877 en el artículo 245 de la ley de contrato de trabajo*, en Ackerman, Mario E. y otros, “Reforma laboral. Ley 25.877”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 88 y 89.

⁷⁰ De Diego, *Reforma laboral. Ley 25.877*, p. 36.

⁷¹ Álvarez, *Modificaciones introducidas por la ley 25.877 en el artículo 245 de la ley de contrato de trabajo*, en Ackerman y otros, “Reforma laboral. Ley 25.877”, p. 89.

⁷² CNAT, Sala V, 9/11/98, “Vilachan, J. J., c/Bolsa de Comercio de Buenos Aires”, TSS, 1998-1327.

⁷³ Sentencia del 10/12/97, DT, 1998-A-515.

⁷⁴ CNAT, Sala V, 31/8/99, “Sanz Hernández, María A. c/Bolsa de Comercio de Buenos Aires”, TSS, 1999-1263.

⁷⁵ TSS, 2002-548.

No obstante, no ha sido esa la solución de la Corte de la Provincia de Buenos Aires. En efecto sostuvo la Suprema Corte de Justicia bonaerense, que la indemnización del art. 245 de la LCT debe fijarse sin tope máximo si el convenio colectivo específico de la actividad no lo prevé, no resultando admisible que se aplique por analogía un convenio colectivo ajeno⁷⁶.

Apunta Carcavallo que la situación resuelta por el máximo tribunal bonaerense, difiere de las adoptadas por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, como se resolvió, por ejemplo, en el caso “Sanz Hernández, María A. c/Bolsa de Comercio de Buenos Aires”, pues el actor estaba incluido en un convenio, del cual, se dice y se reitera con error (acota el autor citado) que “no contenía tope indemnizatorio, porque no es función de los contratantes determinarlo, sino que es deber exclusivo del Ministerio de Trabajo calcularlo según las pautas escogidas por el legislador; naturalmente, mucho menos pueden ‘contenerlo’, los anquilosados convenios de 1975, que se concretaran más de veinte años antes de la sanción de la ley 24.013, pretendida falta que no se daría en el ACA, que cuenta con un convenio de empresa, sino en importantes actividades cuyos convenios siguen aparentemente en vigor”⁷⁷.

El referido autor sostiene que disponer el pago de indemnizaciones sin tope, sea por declararlo inconstitucional, sea con la excusa de no existir, es objetable por dos razones: implica un completo apartamiento del régimen tarifario vigente con carácter general y produce sensibles diferencias o discriminaciones arbitrarias respecto de otros trabajadores que, en condiciones análogas, percibirán siempre resarcimientos limitados, con violación de principios esenciales que recogen los arts. 17 y 81 de la LCT y diversos documentos internacionales, que gozan del rango previsto en el art. 75, inc. 22 de la Const. nacional⁷⁸.

El criterio cuestionado también lo sostuvo la Sala X de la Cámara Nacional del Trabajo, al disponer que: “Si no existe convención colectiva de ninguna especie que resulte de aplicación al establecimiento de la accionada no puede hacerse jugar un tope determinado, en tanto el art. 245 de la LCT lo mensura solamente en base a promedios de las escalas salariales establecidas en acuerdos de esa especie (en el caso, se dispuso que no corresponde limitar de ninguna manera la retribución computable a los fines del cálculo de la indemnización por despido)”. Se decidió también que “el art. 16 de la LCT prohíbe expresamente la aplicación analógica de las convenciones colectivas de trabajo, por lo que las normas de un determinado convenio no pueden ser llevadas fuera de su ámbito de validez personal para aplicarlas a sectores de trabajadores carentes de convención colectiva (en el caso no existía convención colectiva aplicable al establecimiento a los efectos del cálculo del tope previsto en el art. 245 de la LCT)”⁷⁹.

Nos parece que la aplicación analógica del convenio colectivo que prohíbe el citado art. 16 de la LCT, se refiere a la aplicación lisa y llana de normas, o más precisamente cláusulas normativas, pero tal prohibición no impide que no pueda tenerse en cuenta a la convención colectiva análoga, para tomar como pauta de referen-

⁷⁶ SCBA, 16/2/00, “García, Hugo A. c/Automóvil Club Argentino”, TSS, 2000-336.

⁷⁷ Carcavallo, Hugo R., *El caso de un convenio sin tope calculado*, TSS, 2000-336 y siguientes.

⁷⁸ Carcavallo, *El caso de un convenio sin tope calculado*, TSS, 2000-338.

⁷⁹ “Castro, José L. c/Bolsa de Comercio de Buenos Aires”, 20/9/00, DT, 2001-A-299 y siguientes.

cia las escalas salariales que contiene y, el consiguiente promedio que publica el Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social. Ello así por cuanto la Corte Suprema de Justicia Nacional frente a soluciones diversas y contradictorias viene insistiendo y ratificando la necesaria aplicación del “tope”, conforme al precedente “Villareal c/Roemmers”, ya mencionado.

f) El cuarto párrafo del art. 245 de la ley de contrato de trabajo

La reforma introducida por la ley 25.877 también ha alcanzado este párrafo. En efecto, la norma que analizamos, según la redacción anterior, establecía que: “Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el convenio de la actividad a la que pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa o establecimiento donde preste servicios, si éste fuere más favorable”.

Según el texto actual, la norma dispone: “Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el convenio al que pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa o establecimiento donde preste servicios, si éste fuere más favorable”.

La redacción utilizada no es la más apropiada ya que los trabajadores no pertenecen a un convenio colectivo, sino que este último le es aplicable. En realidad, se trata lisa y llanamente de una no muy feliz modificación semántica.

Entendemos que la norma es aplicable a los supuestos de remuneraciones por resultado, es decir de aquellas atribuciones patrimoniales dinerarias que se fijan de acuerdo al éxito o resultado de la gestión del trabajador en el cumplimiento de su prestación laboral (comisiones individuales, o colectivas, etc.).

Pero no se refiere la norma al trabajador que realice horas extras o extraordinarias, ya que en este caso la variabilidad no está en la naturaleza de la remuneración, sino en el tiempo que la realiza, más allá de la jornada legal.

g) El quinto párrafo del art. 245 de la ley de contrato de trabajo

Se ha modificado el importe de la indemnización reduciéndolo a un mes de sueldo.

En el mensaje de elevación del Poder Ejecutivo se considera que: “Con relación al mínimo garantizado por el último párrafo del art. 245, la reforma propone fijarlo en un monto equitativo que equilibra la relación entre la antigüedad de los trabajadores y el *quantum* indemnizatorio. A tal efecto, en todos los supuestos se ha establecido la garantía mínima de un mes de sueldo como reparación en el caso de despido sin justa causa”.

Con la modificación introducida se ha vuelto al sistema que consagraba la ley 11.729, antes del dictado del decr. ley 33.302/45 que duplicó las indemnizaciones, extremo que fue interpretado por la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo como duplicación también, del tope mínimo que establecía el art. 157, inc. 3° del Cód. de Comercio modificado por la referida ley 11.729. La LCT re-

cogió esa interpretación incorporándola al art. 245 actual (art. 266, t. original) y, dejando sin efecto la norma de la ley 17.391 que había impuesto la no duplicación⁸⁰.

4. Despido por causas económicas y de fuerza mayor

En los casos en que el despido fuese dispuesto por causa de fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador fehacientemente justificada, el trabajador tendrá derecho a percibir una indemnización equivalente a la mitad de la prevista en el art. 245 de esta ley (art. 247, LCT).

En tales casos el despido deberá comenzar por el personal menos antiguo dentro de cada especialidad.

Respecto del personal ingresado en un mismo semestre, deberá comenzarse por el que tuviere menos cargas de familia, aunque con ello se alterara el orden de antigüedad.

En los supuestos bajo examen, se autoriza al empleador a despedir al trabajador, ya sea por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo no imputable a aquél, fehacientemente justificada. En el primer caso, existe una imposibilidad de cumplir con la obligación de dar ocupación efectiva y adecuada; en el segundo, existe una dificultad que torna esa obligación excesivamente onerosa.

En tales casos, el prestador de servicios tendrá derecho a percibir una indemnización equivalente a la mitad de la prevista en el art. 245 de la LCT (es decir, medio mes de sueldo por cada año de servicio).

Con la modificación entonces, se ha derogado el art. 10 de la ley 25.013, unificándose el régimen para todos los trabajadores, cualquiera fuere su fecha de ingreso al establecimiento.

En efecto, durante la vigencia del art. 10 de la ley 25.013, actualmente derogada por el art. 10 de la ley 25.877, se implantaba un régimen dual, dado que para los contratos de trabajo celebrados a partir de la entrada en vigencia de aquélla (es decir a partir del 3/10/98), la indemnización por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo justificada era el equivalente a una dieciochoava parte de la mejor remuneración normal y habitual por cada mes de actividad o fracción mayor de diez días.

En términos relativos, era más favorable a partir de cierta antigüedad para el trabajador que el régimen anterior, ya que mejoraba la base de cálculo llevándola del 50% al 66%. También establecía un piso, ya que el mínimo no podía ser inferior a dos dieciochoavas partes del salario calculado en la misma forma.

Con la derogación del sistema dual previsto, a través de la ley 25.877, que rige a partir del 28 de marzo de 2004, se vuelve al sistema del art. 247 de la LCT.

La medida adoptada, para que sea válida, debe comenzar por el personal menos antiguo, dentro de cada sección o sector y, respecto del ingresado en el último

⁸⁰ Rodríguez Mancini, *Observaciones sobre la ley 25.877*, p. 43; Álvarez, *Modificaciones introducidas por la ley 25.877 en el artículo 245 de la ley de contrato de trabajo*, en Ackerman y otros, "Reforma laboral. Ley 25.877", p. 91.

semestre, por el que tuviere menos cargas de familia, aunque con ello se alterase el orden de antigüedad.

Obviamente, debe notificarse por escrito al trabajador, expresando claramente la causa que motiva la decisión.

En el ámbito de las pequeñas empresas, el art. 97 de la ley 24.467 prevé la negociación con la asociación profesional signataria de la convención colectiva de trabajo respecto a las modalidades y condiciones de trabajo emergentes de aquélla (o del estatuto en su caso) por determinado lapso, a condición de evitar los despidos previstos durante ese tiempo.

Cuando hubiere habido despido de una pequeña empresa en el marco de un procedimiento preventivo de crisis (Título III, Capítulo 6, ley 24.013, reglamentada por decr. 2072/94), las correspondientes indemnizaciones o los programas de capacitación del personal desvinculado podrán ser asumidos por el Fondo Nacional del Empleo, creado y previsto en el Título VIII, Capítulo 1, de la ley 24.013.

5. Despido discriminatorio

La LCT prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.

Así, la disposición contenida en el mencionado art. 17 de la LCT, concuerda con lo dispuesto en los arts. 63, 72, 81, y 172 de la misma; y con lo previsto en la ley 23.592.

La igualdad de trato es el bien jurídico protegido. Por este artículo se prohíbe consecuentemente realizar en perjuicio del trabajador cualquier diferenciación por los motivos explicitados en el texto. Nada impide, en cambio, que el empleador premie o estimule el esfuerzo o la dedicación de algunos de los trabajadores que ocupa, ya que en ese caso no se discrimina dañosamente a los que no se han hecho acreedores al reconocimiento.

La prueba de la violación de lo normado en esta disposición es de por sí extremadamente difícil y se hace prácticamente imposible en el caso de argüirse una discriminación previa o contemporánea a la celebración del contrato, ya que prevalecería la libertad de elección, por parte del empleador, entre los que aspiran a ser sus dependientes. Tiene aplicación este principio no discriminatorio, en el supuesto de huelga ilegal, cuando se despide sólo a algunos de los participantes en la medida de fuerza.

No obstante, la ley 24.493 dispuso que la realización de trabajos en todo el territorio de la Argentina, así como en las aeronaves, buques y artefactos navales que enarboles el pabellón nacional, será reservada exclusivamente a los ciudadanos argentinos nativos o nacionalizados y a los extranjeros habilitados por la ley general de migraciones para desempeñar tareas remuneradas, denominándola "mano de obra nacional".

Ello no constituye una violación al principio del derecho del trabajo consistente en la prohibición de hacer discriminaciones, ni al principio constitucional de igualdad

consagrado en el art. 16 de la Const. nacional, puesto que es un instrumento más que apunta a combatir el flagelo de la desocupación y, consecuentemente, el índice de desempleo. Tampoco habría descalificación por inconstitucionalidad, dado que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido que el principio de igualdad se lo debe interpretar a la luz de principios hermenéuticos, como el que impone evaluar igualdad de circunstancias en igualdad de condiciones.

El art. 11 de la ley 25.013, derogado por la ley 25.877, y que en consecuencia perdiera vigencia a partir del 28 de marzo de 2004, incrementaba en un 30% las indemnizaciones por despido directo o indirecto cuando la ruptura del vínculo laboral se originaba en motivos raciales, religiosos, sexuales, políticos o gremiales. El decr. 1111/98, observó el primer párrafo del art. 11 y limitó las causas de despido discriminatorio a las originadas por motivos raza, sexo y religión, pero se aplicaba a los contratos celebrados desde su vigencia, es decir a partir del 3/10/98.

En nuestro país, la reglamentación básica del principio antidiscriminatorio, aplicable a todos los ciudadanos, es la ley 23.592 que prohíbe con fundamento en normas contenidas en tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Const. nacional), todo acto discriminatorio y, por lo tanto, considera que el mismo tiene un objeto prohibido y consecuentemente es nulo, por lo que sin perjuicio de repararse los daños producidos por ese acto nulo se debe reponer el estado de cosas anterior al acto lesivo (art. 1º, ley 23.592 y art. 1083, Cód. Civil).

Pero en lo concerniente al despido discriminatorio, con posterioridad, se sancionó la ley 25.013. El art. 11 que, juntamente con otras proposiciones normativas contenidas en la referida ley, fue derogado por la ley 25.877, vigente a partir del 28 de marzo de 2004, incrementaba en un 30% las indemnizaciones por despido directo o indirecto cuando la ruptura del vínculo laboral se originaba en motivos raciales, religiosos, sexuales, políticos o gremiales. El decr. 1111/98 observó el primer párrafo del art. 11 y limitó las causas de despido discriminatorio a las originadas por motivos raza, sexo y religión, pero se aplicaba a los contratos celebrados desde su vigencia, es decir a partir del 3/10/98. Además, en tal caso, no regía el tope para la base indemnizatoria emergente del art. 245 de la LCT y art. 7º de la ley 24.013.

Con tal previsión legal se produjo un interesante debate en torno a la aplicación o no de la ley 23.592 en el ámbito del contrato de trabajo en tanto la ley 25.013, en su carácter de ley especial y posterior, parecía derogar las normas generales sobre discriminación en lo que hace al específico ámbito del despido discriminatorio⁸¹, criterio que no compartimos, ni aún considerándolo meramente como una tarifación del eventual daño derivado del acto discriminatorio, en tanto la sanción prevista en la ley general resulta ser más amplia y omnicomprensiva, y por tanto más beneficiosa para el trabajador afectado (conf. art. 9º, LCT).

En efecto, no se justificaba que se penalizara con un incremento del 30% la indemnización de un despido discriminatorio, cuando la ley 23.592, considera que se trata de un acto nulo (art. 1044, Cód. Civil), por lo que debe reponerse el estado de cosas anterior al acto lesivo, con la consecuente reincorporación del dependiente. Es decir que la norma contenida en el art. 11 de la ley 25.013 no guardaba coheren-

⁸¹ Maza, Miguel Á., *El despido discriminatorio: una pequeña derogación con grandes consecuencias jurídicas*, "LexisNexis Laboral", 2004, p. 546 y siguientes.

cia con las disposiciones de la ley 23.592⁸², por lo que la derogación de aquella norma resulta auspiciosa, cobrando por tanto en el ámbito de las relaciones de trabajo, total operatividad la ley “antidiscriminatoria” sancionada en 1988⁸³.

© Editorial Astrea, 2004. Todos los derechos reservados.



⁸² Simón, Julio C., *Derechos fundamentales, no discriminación y la ley de reforma laboral*, en “Reforma laboral. Ley 25.877”, *SuplLL*, p. 55 y ss., en especial p. 56; Grisolia, Julio A. - Hierrezuelo, Ricardo D., *Ley de ordenamiento laboral*, Bs. As., Quórum, 2004, p. 109; Álvarez, *Modificaciones introducidas por la ley 25.877 en el artículo 245 de la ley de contrato de trabajo*, en Ackerman y otros, “Reforma laboral. Ley 25.877”, p. 93.

⁸³ Modificada por las leyes 24.782 y 25.608.