



“EL EMBARAZO EN EL PERÍODO DE PRUEBA – GARANTÍAS
CONSTITUCIONALES EN PUGNA”

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN APLICADA

Abogacía

Universidad Empresarial Siglo 21

Francisco Lucas Chmelar

2012

Introducción

Resulta conocido que en toda relación laboral el vínculo existente entre ambos polos de la contratación, esto es empleador y empleado, no se desarrollan con igualdad, en cuanto existe una disparidad económica entre los mismos, lo que ha llevado durante toda la historia a importantes abusos de los primeros sobre los segundos.

En dicho contexto, aparece el Estado pretendiendo subsanar o morigerar estas diferencias a través de la norma positiva, en un intento de reforzar a la parte más débil del vínculo laboral, es decir el empleado, pero en muchas oportunidades los derechos y garantías reglados resultan contradictorios y entran en conflicto.

En el presente trabajo proponemos una reinterpretación de la denominada “protección de la maternidad” contenidas en los artículos 177 y 178 de la Ley de Contratos de Trabajo, cuyos principios poseen un punto de conflicto con el “período de prueba” reglado por el artículo 92 *bis* del mismo cuerpo normativo.

A fin de abordar la temática propuesta, se analizará el razonamiento hermenéutico contenido en la Constitución Nacional, el derecho internacional, doctrina y jurisprudencia, haciendo énfasis en torno a la discriminación en las relaciones laborales.

Para previsión del lector, adelantamos nuestra posición al afirmar que la mujer en estado de preñez goza de una estabilidad que resulta preeminente respecto a las garantías de indemnidad de los empleadores frente al personal en situación de prueba, gozando por consiguiente de la protección legal establecida en los artículos 177 y 178 de la Ley de Contratos de Trabajo frente a un distracto discriminatorio.

Abstract

It is known that the link between the employer and the employee in every work relationship is not developed equally, as there is economic disparity between them, which has lead throughout history to substantial abuse of the former over the latter.

In this context, in an attempt to strengthen the weakest part of the employment relationship, ie the employee, the State interferes trying to overcome or mitigate the mentioned disparities through regulations, which, however, sometimes turn out to be contradictory.

In the subject for this thesis we propose a reinterpretation of the so-called "maternity protection" contained in Articles 177 and 178 of the Employment Contracts Act (National Law 20.744), since the principles contained in such provisions have a point of conflict with the institute of "trial period" regulated by Article 92 *bis* of the mentioned law.

In order to address the subject under analysis we will analyse the hermeneutics contained in the National Constitution, international law, legal opinion and jurisprudence, emphasizing the discrimination that takes place in work relationships.

We advance our position by stating that pregnant women are protected by a status of a higher hierarchy than the precariousness that characterizes the situation under which any employee works during the trial period, therefore having the guarantee stated by Articles 177 and 178 of the Employment Contracts Act (National Law 20.744) against a discriminatory distract.

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE GENERAL.....	Página 04
INTRODUCCIÓN.....	Página 06
MARCO TEÓRICO	
A.- Antecedentes.....	Página 07
B.- Metodología.....	Página 13
CAPITULO I – ASPECTOS GENERALES	Página 15
1.- La relación laboral	Página 15
2.- El contrato de trabajo.....	Página 17
3.- Principios en el derecho del trabajo.....	Página 18
4.- Definición de embarazo	Página 24
5.- La mujer embarazada como sujeto de tutela Constitucional.....	Página 24
CAPITULO II – EL PERÍODO DE PRUEBA.....	Página 27
1.- Finalidad del Período de prueba	Página 28
2.- Causal de ruptura.....	Página 31
3.- Formas del período de prueba.....	Página 32
4.- Período de prueba y el poder de organización del empleador.....	Página 34
CAPITULO III – DISCRIMINACION LABORAL.....	Página 36
1.- Marco normativo....	Página 36
1.1 .- La discriminación según la Ley de Contratos de Trabajo	Página 36

1.2.- La discriminación desde un enfoque sistemático de la normativa.....	Página 38
2.- Discriminación, embarazo y período de prueba.....	Página 41
3.- El <i>onus probandi</i>	Página 47
CAPÍTULO IV – SANCIONES AJENAS A LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO.....	Página 52
1.- El derecho a la reinstalación en el puesto de trabajo.....	Página 52
2.- Reparación por daño moral.....	Página 55
CAPITULO V – CONCLUSIÓN.....	Página 58
BIBLIOGRAFÍA.....	Página 60

INTRODUCCIÓN

La época que nos toca transitar se encuentra íntimamente afectada por los vaivenes económicos, donde el progreso de una nación es medido por distintos índices, siendo uno de ellos el desempleo, de ahí que los estados desarrollen distintas medidas para promocionar el mismo.

El legislador se encuentra en una situación especial, donde por un lado protege la generación de empleo y al mismo tiempo busca salvaguardar los derechos de la parte más débil de la relación laboral, esto es el empleado, y por consiguiente se suscitan pugnas de derechos entre ambos polos de la relación laboral.

Es vital que en una relación de empleo, ambas partes de la relación jurídica laboral deben gozar de la certeza suficiente del alcance y los límites de la norma, lo que proporcionará seguridad jurídica tanto para quien contrata, como así también para quien resulta contratado.

No es ajeno para quien tiene cierto contacto con el mundo jurídico o empresario, el alto grado de litigiosidad que se está dando hoy en día en el fuero laboral, lo que perjudica a ambas partes del vínculo, es decir tanto empleado como empleador, en cuanto, tal como se expondrá en el presente trabajo, no existe certeza absoluta respecto cual garantía tiene preeminencia en un supuesto que una mujer durante el período de prueba resulte embarazada.

Si bien la cuestión aparenta sencilla, actualmente tanto doctrinalmente como jurisprudencialmente la temática abordada se encuentra dividida entre quienes defienden el derecho del empleador de elegir su personal, y por consiguiente razonan que el artículo 92 *bis* de la ley 20.744 le brinda una indemnidad a este; y por el otro lado tenemos a quienes entienden que dicha norma cede en virtud de la norma positiva que protege a la embarazada en una relación laboral, y sanciona todo acto de discriminación que pueda soportar ésta.

Debemos tener presente que no es un tema menor para un empleador tener que soportar una indemnización agravada prevista por el artículo 182 de la Ley de Contrato de Trabajo, con lo cual un correcto asesoramiento en el momento oportuno significará evitar un perjuicio importante.

En definitiva, el presente trabajo buscará dirimir si las garantías que posee una empleada en estado de preñez poseen preeminencia respecto a las limitaciones de la

responsabilidad indemnizatorias que gozan los empleadores en virtud de lo reglado por el artículo 92 *bis* de la Ley de Contratos de Trabajo.

El presente proyecto intentará dar dicha certeza a las partes de un vínculo laboral, estableciendo qué garantía en juego prevalece, dando las razones de ello.

MARCO TEÓRICO

A) Antecedentes

En una relación laboral, el vínculo existente entre los polos de la relación jurídica no se desarrollan con igualdad, en cuanto existe una disparidad económica y técnica entre el empleador y empleado, lo que ha llevado a importantes injusticias y arbitrariedades de los primeros sobre los segundos, diferencias éstas que han intentado ser subsanadas por el Estado mediante la norma positiva, tratando de esta manera de compensar las partes del vínculo laboral.

Son ejemplos de esta tutela dada por el ordenamiento jurídico distintos principios sancionados por el legislador a favor de la parte débil del vínculo laboral, tales como *in dubio pro operario*, la irrenunciabilidad de derechos, principios de realidad, razonabilidad, igualdad, buena fe, de jerarquía normativa, progresividad y gratuidad.

Lo curioso, es que ha sido el mismo legislador quien ha establecido en la norma un período donde parte de estas garantías, y por consiguiente las igualdades pretendidas, se encuentran limitadas. Puntualmente nos referimos al “período de prueba” reglado por el artículo 92 *bis* de la Ley de Contratos de Trabajo, mediante el cual en una relación laboral por tiempo indeterminado, debidamente registrada, se entenderá que estará celebrado a prueba durante los primeros tres (3) meses de la relación laboral –PyMEs seis (6) meses- , donde cualquiera de las partes podrá extinguir el vínculo laboral sin expresión de causa, no generando por consiguiente derecho indemnizatorio alguno.

Tal como nos enseña Carlos Etala (2000)¹, el período de prueba es un período de carencia, cuyo transcurso es necesario para que puedan encontrar aplicación en plenitud las normas que protegerán un contrato de trabajo por tiempo indeterminado. Este período de prueba cumple la finalidad de permitir al empleador conocer las habilidades del empleado para cubrir el puesto de trabajo vacante, como así también sirve al empleado para que éste conozca y evalúe si el trabajo resulta de su conveniencia.

Si bien la norma mencionada se encuentra justificada en beneficio de ambos polos del vínculo laboral, la verdad de los hechos es que es una norma creada a la medida de la parte fuerte de dicha relación, esto es el empleador, quien posee una garantía de indemnidad frente a su personal a prueba.

Esto es así, en cuanto se entiende como plenamente legal la facultad del empleador de rescindir el vínculo laboral sin expresar causa del distracto, sumado a la no obligación de indemnizar, con lo cual sería ilógico afirmar que habiendo actuado según lo que la norma ordena importaría un acto de discriminación, más aún cuando la prueba sería por presunciones, las cuales no se encuentran admitidas (Martínez Vivot, 1998).²

Debemos recordar que la Ley de Contratos de Trabajo promueve la vocación de permanencia y continuidad, siendo el período de prueba una excepción a este principio, donde las partes quedan en la más absoluta libertad para hacer cesar el contrato a su exclusivo arbitrio.

Aclarado someramente el período de prueba y esta garantía a favor del empleador, pasamos a detenernos en la temática que será abordada en el presente proyecto, esto es el despido de la empleada en estado de preñez durante período de prueba, donde encontramos que en el mismo cuerpo normativo, esto es la Ley de Contrato de Trabajo, establece en su artículo 178 la presunción que todo despido de una trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio meses anteriores o posteriores a la fecha de parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con la

¹ ETALA, Carlos Alberto. *Contrato de Trabajo Ley 20744 texto ordenado según decreto 390/76 Comentado, anotado y concordado*, 3ra. Edición. Bs. As. – Argentina, Editorial Astrea. 2000.

² MARTÍNEZ VIVOT, Juan; *Despido de una trabajadora embarazada durante la vigencia del período de prueba*, 1/1/1998, MJ-DOC-5347-AR / TySS, 1998-1042 / MJD5347.

obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así como, en su caso, el del nacimiento. En tales condiciones, dará lugar al pago de una indemnización *especial* equivalente a un año de remuneraciones, que se acumularán a la establecida en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Palmariamente surge de las normas traídas a conocimiento, la existencia de intereses distintos que el legislador buscó proteger al momento de su dictado, por un lado tendremos la protección dada al empleador en su derecho de elegir adecuadamente su personal, sin las cargas previstas en la norma positiva, lo que conlleva a fomentar el empleo; y por otro lado nos encontramos con la finalidad del cuerpo legislativo de evitar o disuadir cualquier conducta discriminatoria por parte del dador de empleo, en contra de la empleada en estado de preñez, en consonancia con lo reglado por el artículo 17 de la Ley de Contrato de Trabajo, el artículo 16 de nuestra Carta Magna, y los tratados internacionales con rango constitucional incorporados en virtud del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

No debemos perder de vista la importancia que tiene un despido para una embarazada, que más allá de perder su fuente de trabajo, puede significar que ésta quede fuera del “sistema”, lo que sumado a la pérdida de ingreso en el sostén familiar influiría en su salud y la del por nacer, con lo cual observamos que la integridad física de dos personas se encuentran en juego (Adela Pérez del Viso, 2009).³

Por consiguiente observamos la existencia de un conflicto de garantías que se suscitan frente al despido de una empleada embarazada en el período de prueba, siendo objeto del presente trabajo dirimir cual de la norma en conflicto tiene preeminencia sobre la otra, cuestión ésta que no ha tenido una solución unánime ni pacífica doctrinalmente ni jurisprudencialmente. Pruebas al ruego:

Por un lado tenemos los precedentes Granja⁴, Petrillo⁵, Franco⁶, Alvarenga⁷ entre muchos otros, donde se ha entendido que la consagración de un período de prueba en el marco de las relaciones laborales tienen por objeto obviar las consecuencias disvaliosas que

³ PÉREZ DEL VISO; Adela; *Protección de la maternidad y la niñez, algunos aspectos de la Ley de Contrato de Trabajo*, , 25/6/2009, MJ-DOC-4307-AR / MJD4307.

⁴ CN Trab. Sala VII, *Granja c/ Receptivo Península S.R.L. s/ Despido*, DT, 2000.A.1251, 9/12/1999.

⁵ CN Trab. Sala VIII, *Pretillo, Paola Natalia c/ Nas Argentina SA s/ despido*, 23/9/2008.

⁶ CN Trab., Sala VII, *Franco Cynthia Vanesa c/ Coto C.I.S.A. s/ despido*, 22/09/2009.

⁷ CN Trab., Sala II, *Alvarenga, Cinthia Silvina c/ Sistemas Temporarios SA y otro s/ Despido*, 16/04/2004.

conlleva aceptar la admisión definitiva, sin cautela, del prestador de servicios por lo cual se faculta a las partes a romper el vínculo sin expresión de causa y sin derecho a indemnización, lo que significa que el embarazo de una empleada no posee virtualidad para alterar el *status* jurídico que resulta del período de prueba, en cuanto la empleada integra la clase de trabajadores sujetos a lo reglado por el artículo 92 *bis* de la Ley de Contratos de Trabajo, constituyendo un universo cerrado que no admite circunstancias particulares, en cuanto ha sido la propia norma positiva que ha eximido al empleador de expresar causa al momento de rescindir la contratación, como así también lo ha eximido del deber de indemnizar.

Este criterio parte de la base de que la indemnización por despido por embarazo es un accesorio, con lo cual si no existe indemnización “principal”, no se adeudaría tampoco una indemnización “accesoria”.

Es vital entender la imposibilidad de recurrir a las presunciones en estos casos particulares, en cuanto ha sido la propia norma positiva quien taxativamente lo ha eximido al empleador de explicar o dar motivos de por qué se ha producido el distracto laboral. Ergo, la patronal goza de una doble garantía, por un lado la expresada literalmente por la Ley de Contratos de Trabajo en su artículo 92 *bis*, y por el otro la establecida por nuestra Carta Magna en su artículo 19 al establecer que “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Debemos tener presente que según el dictamen de la minoría en la Cámara de Diputados, se intentó agregar un inciso que permitiera a la trabajadora adquirir la protección dada por el art. 178 de la Ley de Contrato de Trabajo en el período de prueba, iniciativa esta que no prosperó, por lo que debe interpretarse que ha sido intención del Legislador no incluir la tutela en el período de prueba.

En igual sentido, Julio Martínez Vivot (1998)⁸ ha considerado de lamentable que un despido de una mujer en estado de preñez sea catalogado como discriminatorio, en cuanto por un lado dificulta el normal funcionamiento de las instituciones laborales, y por el otro significaría desvirtuar la temporalidad del régimen.

⁸ MARTÍNEZ VIVOT, Julio; *Despido de una trabajadora embarazada durante la vigencia del período de prueba*, 1/1/1998, MJ-DOC-5347-AR / TySS, 1998-1042 / MJD5347.

Dicho autor a sostenido que “Sería reprochable que, alegando derechos humanos afectados, que no otra cosa importa la discriminación, pueda llegarse en muchos casos a discutir la validez del derecho, legalmente acordado, de dar por terminada la relación laboral” (Martinez Vivot, 1998, Apartado VI).⁹

Así también, y en un sentido radicalmente opuesto a lo expresado, debemos decir que en nuestro país las normas que imponen la indemnización agravada por embarazo se basan en principios y necesidades jurídicas diferentes a la que prevén el período de prueba, en cuanto las normas contenidas en los artículos 178 y 182 de la Ley de Contrato de Trabajo, tienen como fundamento proteger en un primer lugar la estabilidad del empleo, y por el otro se busca: desalentar la discriminación por embarazo, proteger a la embarazada, fomentar la procreación como una forma de crecimiento de la sociedad y de la nación.

Como podemos observar, a partir de este momento se amplía la discusión sobre tópicos o variables que exceden a la Ley de Contratos de Trabajo, encontrándose en juegos circunstancias que exceden al propio vínculo laboral.

Con dicho criterio se ha resuelto en los precedentes Pérez Cortés¹⁰, Buitrón¹¹, Guisado de Jacobs¹², donde los magistrados actuantes han entendido que si bien el empleador tiene la facultad que surge como “modalidad dentro de otra modalidad”, éstos nunca tendrán el derecho de distinguir o discriminar a una mujer por haber quedado embarazada, debido a que carecen de un *bill de indemnidad*.

Se ha dicho que existe una necesidad de evitar circunstancias de discriminación de género, en un país que pretende ser considerado como civilizado y enmarcado en el ámbito internacional (Pérez del Viso, 2009).¹³

⁹ MARTÍNEZ VIVOT, Julio; *Despido de una trabajadora embarazada durante la vigencia del período de prueba*, 1/1/1998, MJ-DOC-5347-AR / TySS, 1998-1042 / MJD5347.

¹⁰ CN Trab, Sala VII, *Pérez Cortés, Estela María del Valle c/ Golman Christian Ezequiel s/ Despido*, 25/07/2008.

¹¹ CN Trab., Sala VII, *Buitrón, Patricia Noemí c/ Aqualine S.A. s/ Despido*, 11/07/2001.

¹² CN Trab., Sala III, *Guisado de Jacobs, Paula c/ KB Servicios SA s/ Despido*, 05/03/1998.

¹³ PÉREZ DEL VISO, Adela; *Protección de la maternidad y la niñez, algunos aspectos de la Ley de Contrato de Trabajo*, 25/6/2009, MJ-DOC-4307-AR / MJD4307.

Dicha protección antidiscriminatoria surge de la propia norma positiva, donde desde la etapa precontractual y por medio de la ley 26.485, la mujer se encuentra protegida frente a actos discriminatorios relacionados con su estado de preñez.

Recordemos que la norma citada, en su artículo 6 inciso c, prohíbe la realización por parte del empleador de un simple *test* de embarazo, en cuanto podría generar una futura discriminación para con la aspirante a empleada.

Sin lugar a dudas, ha resultado fundamental en la evolución del Derecho Laboral la protección de la mujer trabajadora en oportunidad de ser madre, es por ello que la legislación tanto nacional como internacional ha puesto especial énfasis en regular los derechos de la trabajadora frente a la maternidad.

Se habla de la existencia de un derecho de estabilidad como status específico de la embarazada, se encuentre o no en período de prueba, por lo que a partir que la mujer notifica a su empleador de su estado de gravidez, nace una garantía de estabilidad.

En definitiva, tal como fuera expresado anteriormente, lo reglado por el artículo 92 *bis* de la Ley de Contrato de Trabajo no debe ser examinado de manera rígida, en cuanto existe una serie de normas legales y supraleales que protegen a la mujer que ha sido discriminada por encontrarse en estado de preñez.

Resulta palmario que es cada vez más necesario una reforma del artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo, pero entretanto se deberá efectuar una lectura integrada del mismo, aplicando los tratados internacionales y las normas sobre discriminación, haciendo especial hincapié el principio de progresividad contenido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Serrano Alou, 2010)¹⁴

Como corolario, podemos decir que pese a que la normativa nacional e internacional con rango constitucional protegen a la mujer embarazada dentro de un vínculo laboral, al día de la fecha se sigue discutiendo que interés se debe prevalecer por una oscuridad en la norma que regula el período de prueba.

¹⁴ SERRANO ALOU, Sebastián; *Actualización de la protección de la mujer embarazada*, 28/7/2010, MJ-DOC-4774-AR / MJD4774.

B) Metodología

Para el desarrollo del presente proyecto, y en función de los objetivos propuestos, se efectuó una investigación descriptiva, que significó la comparación entre distintas normas nacionales e internacionales que regulan la situación especial de la trabajadora en estado de preñez.

A través del método cualitativo, esto es mediante la comparación y correlación de distintos casos testigos, sumado al análisis de la norma positiva que regula el tema abordado, se indagará el alcance de las garantías en juego, como así también dirimir si existe una preeminencia entre las mismas.

Para lograr el objetivo propuesto, se tomaron tres fuentes de investigación. A saber:

1.- Legislación nacional e internacional, como así también distintos fallos dictados por los tribunales de nuestro país. A modo de ejemplo podemos citar: Ley 20.744 “Ley de Contrato de Trabajo”, Ley 23.592 “Actos de Discriminación”, Ley 26.485 “Ley de Protección Integral a las mujeres”, “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Convenios 3 y 103 de la OIT, Constitución Nacional, como así también los fallos dictados en “Granja c/ Receptivo Península S.R.L. s/ Despido”, “Pretillo, Paola Natalia c/ Nas Argentina SA”, “Franco Cynthia Vanesa c/ Coto C.I.S.A. s/ despido”, “Alvarenga, Cinthia Silvina c/ Sistemas Temporarios SA y otro s/ Despido”, entre muchos otros.

2.- Trabajos doctrinales basados en las fuentes primarias producidos por distintos autores que tratan la materia. Este tipo de fuente abarcará disímiles publicaciones jurídicas efectuadas respecto a la temática que abordaremos en el presente trabajo, como por ejemplo la obra de los Dres. Toselli, Carlos Alberto – Grassis, Pablo Martín – Ferrer, Juan Ignacio (2007)¹⁵. *Violencia en las relaciones laborales (discriminación – Moobing – Acoso Sexual)* entre otros.

¹⁵ TOSELLI, Carlos Alberto – GRASSIS, Pablo Martín – FERRER, Juan Ignacio. *Violencia en las relaciones laborales (discriminación – Moobing – Acoso Sexual)*. Córdoba – Argentina. Editorial Alveroni. 2007.

3.- Obra literaria que aborda la temática en cuestión sin asumir una visión propia, y usualmente para una audiencia popular. Tal es el caso del Manual de Derecho Laboral del Dr. Mirolo, René Ricardo (2003)¹⁶.

Como podemos apreciar, el presente proyecto se basará en la observación del ordenamiento positivo que regula la cuestión traída a conocimiento, como así también el análisis de jurisprudencia y doctrina, y a través de su comparación se buscará dar respuesta al interrogante planteado, esto es dirimir qué garantía prevalece de darse el supuesto de un despido en una trabajadora embarazada durante el período de prueba.

¹⁶ MIROLO, René Ricardo. *Curso de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, 2da. Edición actualizada. Córdoba – Argentina. Editorial Advocatus. 2003.

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES

1.- La relación laboral

Como punto de partida obligado debemos detenernos en la relación o vínculo laboral, pudiéndola definir como aquella actividad productiva, voluntaria y creadora del hombre, la cual está destinada a procurar su realización como persona y a su vez a la generación de bienes de riqueza.

Observamos que aparte del consabido destino económico, existe dentro de la finalidad del trabajo humano el valor social del mismo, esto es la realización personal del individuo que la materializa en su inserción comunitaria, como a su vez en la valoración o autovaloración de su persona.

Esta actividad humana que constituye el objeto esencial del contrato de trabajo, goza de tutela tanto constitucional como así también *supra* legal. Esto se ve reflejado en el artículo 14 *bis* de nuestra Carta Magna, como a su vez en los tratados internacionales incorporados por el artículo 75 inciso 22 de dicha Carta Magna, que también brindan una protección específica al trabajo humano. Estos son: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículos XIV y XV); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 7, 23, 9 y 11); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 22); Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 16); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 11) y Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 32).

A la tutela expuesta, debemos agregar los Convenios de la Organización Internacional de Trabajo (O.I.T.), los cuales siempre han sido asimilados a los tratados en cuanto a los efectos reconocidos a estos instrumentos según el artículo 31 de la Constitución Nacional.

Lo expuesto se ve reflejado en lo reglado por el artículo 4 de la Ley de Contrato de Trabajo, segundo párrafo, donde la norma positiva establece que: “(...) *El contrato de*

trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Solo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley.”.

Nuestra Ley de Contrato de Trabajo (ley 20.744) considera primordialmente a la persona del trabajador, y solo después de que se haya atendido los aspectos personales del trabajo, éste debe ser apreciado como contraprestación dentro del esquema propio de un contrato de cambio, es decir trabajo por salario (Fernández Madrid, J.; 2009).¹⁷.

Por lo expuesto, y atento a la temática que abordará el presente proyecto, se ha intentado reflejar que en nuestro régimen jurídico, a partir de la Constitución Nacional y las declaraciones y tratados internacionales que la integran, son excluyentes los derechos humanos que suponen la centralidad del hombre y el respeto de su dignidad.

De ahí que los derechos sociales, como derechos humanos, tienen particular relevancia y dichas notas prevalecen sobre fundamentos de otro orden, como por ejemplo los económicos, con lo cual podemos afirmar que el derecho de trabajo se encuentra moralizado por la justicia social.

Con igual y justo sentido, el Dr. Carlos Etala (2000)¹⁸ nos enseña que la ley laboral privilegia una concepción humanista del trabajo, postergando la idea meramente mercantilista o economicista de la actividad humana, siguiendo de esta manera la declaración del Tratado de Versalles en el sentido que el trabajo no es una mercancía.

Como el lector podrá constatar, se ha hecho especial hincapié en el aspecto humanitario de la relación laboral, en cuanto y tal como fuera afirmado anteriormente, la temática abordada en el presente proyecto en lo que hace al despido para una trabajadora en estado de preñez, significa que más allá de perder su fuente de trabajo, puede quedarse fuera del “sistema” y la pérdida de ingreso en el sostén familiar, afectando su salud y la del por nacer, con lo cual observamos que la integridad física de dos personas se encuentran en juego.

¹⁷ FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos; *Ley de Contrato de Trabajo, Comentada y Anotada*; 1ª. Ed.; Buenos Aires - Argentina; Ed. La Ley; 2009. Tomo I, p.212.

¹⁸ ETALA, Carlos Alberto; *Contrato de Trabajo Ley 20744 texto ordenado según decreto 390/76 Comentado, anotado y Concordado*, 3ra. Edición, Bs. As.; Ed. Astrea; .2000.

2.- El Contrato de trabajo

Someramente y remitiéndonos al artículo 21 de la Ley de Contratos de Trabajo, podemos definir al contrato laboral como aquel contrato, no importando la denominación que se le de o pretenda dar, mediante el cual una persona física se obliga a realizar actos, ejecutar obras y/o prestar servicios a favor de otra, bajo la dependencia de ésta y mediante el pago de una remuneración.

Este trabajo por cuenta y a riesgo ajeno supone la existencia de una relación de dependencia entre el empleador y el empleado.

Lo expuesto significa que el empleador corre con el denominado “riesgo de la empresa”, y es propio del trabajador dependiente el no asumir dicho riesgo, pues en caso contrario la empresa dejaría de ser ajena para él.

Podemos afirmar por consiguiente la existencia de una triple dependencia respecto del empleado. A saber:

- a) Dependencia Técnica: Significa la facultad del empleador de organizar en concreto las prestaciones comprometidas, lo cual se traduce en las órdenes e indicaciones impartidas al trabajador acerca de la forma en realizar las tareas.
- b) Dependencia económica: Consiste en que el trabajo se realiza enteramente por cuenta ajena para la empresa o empleador a cambio de una retribución. La dependencia económica está consustanciada con la existencia misma del contrato de trabajo y fundamenta la dependencia económica.
- c) Dependencia Jurídica: Se manifiesta a través de la facultad de ordenar y de adecuar las prestaciones concretas del trabajador a los fines de la empresa, y por la obligación de éste de aceptar el ejercicio de dicha facultad. La noción de subordinación jurídica ha sido conceptualizada por la doctrina y por la jurisprudencia haciendo hincapié en la posibilidad del empleador de disponer de la fuerza de trabajo del dependiente, de darle órdenes o de sustituir la voluntad del trabajador por la propia cuando lo creyera conveniente.

3.- Principios en el derecho del trabajo

Según expresa Ackerman (2005)¹⁹, el abordaje a los principio en el Derecho del Trabajo enfrenta al jurista a no pocas perplejidades.

Para comenzar, debemos decir que si bien es una materia emparentada con los llamados principios generales del derecho, no significa que exista una identidad conceptual, como así tampoco una relación de género a especie.

A lo expuesto, agregamos que el extenso y variado catálogo de principios, cuyo contenido suele depender de decisiones no siempre explicadas por sus autores, lleva a hacer un uso abusivo y extensivo del sustantivo principio.

Superada esta breve introducción, procederemos a describir los distintos principios protectorios que regulan al derecho Laboral:

A.- Principios protectorios:

Constituyen la base del derecho laboral, cuyo objetivo final es el respeto de la dignidad humana a través de la evaluación de conductas en las relaciones interpersonales.

Debemos tener presente que el derecho del trabajo surge como una forma de paliar las desigualdades técnicas y económicas entre los polos de la relación laboral. En esta confrontación entre el interés individual del trabajador con el poder del empleador solo puede atenuarse –no remediarse- mediante la utilización de distintas técnicas. Dentro estas técnicas, encontramos una serie de principios sobre los cuales la normativa laboral se va a desarrollar:

- i) Regla de la interpretación más favorable al trabajador (in dubio pro operario).*

Es designado como principio de duda, o favor de la duda, que implica que cuando una norma laboral admita más de una interpretación, el intérprete debe optar por aquella que resulte más favorable para el trabajador.

¹⁹ ACKERMAN, Mario E.; *Tratado del derecho del Trabajo – Teoría General del derecho del Trabajo*; Tomo I; 1ra. Edic. – Santa Fe – Argentina – Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005.p.307.

Mayoritariamente se ha entendido que su aplicación es exclusiva a las normas positivas, no trasladándose a la cuestión fáctica, es decir, se admite el *in dubio pro operario iuris*, siendo severamente cuestionado la extensión al *in dubio pro operario factis*, en cuanto se estarían afectando las cargas procesales en la producción de la prueba. Es más, véase del artículo 9 de la Ley de Contratos de Trabajo que excluye la posibilidad de aplicar dicho principio a cuestiones fácticas.

En palabras de Alarcón Caracuel (1990)²⁰, se trata de una regla interpretativa que no sustituye a los criterios hermenéuticos tradicionales, ni al recurso de la analogía ni al juego de la supletoriedad; en el fondo es una especie de último mecanismo, una regla de cierre que, en realidad, debería emplearse bastante poco, y de hecho, su empleo riguroso es poco frecuente.

ii) *Regla de la norma más favorable al trabajador*

La complejidad del sistema normativo propio del derecho del trabajo, lleva a que frente a una misma situación fáctica, ésta sea regulada simultáneamente por dos o más normas provocando situaciones de concurrencia conflictiva.

En el ordenamiento jurídico laboral lo característico es la colisión peculiar del derecho, que es la que se da entre dos normas igualmente válidas y vigentes que regulan de manera diferente una misma realidad (Palomeque López y Alvarez de la Rosa, 2001, p.384)²¹.

Para enfrentar tal particularidad, junto a las reglas de *lex superior* y *lex specialis*, el derecho del trabajo impone la aplicación de la norma más favorable al trabajador, siempre que no puedan aplicarse de manera conjunta ambas normas.

²⁰ ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; *La vigencia del principio pro operario*, en AA. VV., *Cuestiones actuales del derecho del trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho de Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid 1990.

²¹ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel; *Derecho del Trabajo*, 9na. Edición, centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.

iii) *La regla de la condición más beneficiosa*

Significa que ningún trabajador podrá acordar de manera individual condiciones menos favorables que las que rigen de manera general.

Este principio surge de la conjunción e interpretación armónica de los artículos 7 y 8 de la Ley de Contratos de Trabajo.

La jurisprudencia ha dicho que por más que el trabajador quiera y esté de acuerdo, éste no puede pactar una forma remuneratoria *contra legem*, en cuanto es la ley, la que suple, se subroga en su voluntad e intempestivamente determina como debe ser el negocio jurídico²².

B.- Principio de irrenunciabilidad

El artículo 12 de la Ley de Contrato de Trabajo establece que serán nulas y sin valor toda convención efectuada por las partes que supriman o restrinjan los derechos previstos en dicho cuerpo normativo, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas de trabajo.

De lo expuesto, claramente surge en que materia laboral los derechos no son disponibles por el trabajador, en cuanto existe un orden público laboral reflejado en los mínimos inderogables. Así por ejemplo, un trabajador nunca podrá renunciar al salario mínimo que fije el convenio colectivo o ley.

Como podemos observar, una de las características definitorias del derecho laboral es su vocación restrictiva a la autonomía de la voluntad, buscando con ello asegurar mínimas condiciones de dignidad en el desarrollo de la relación laboral.

El concepto integra dos situaciones diferenciadas, que Justo López (1978)²³ ha distinguido como garantía de satisfacción y garantía de negociación. La primera limita la autonomía de la voluntad en los negocios liberatorios, prohibiendo la renuncia de todo crédito

²² CN. Trab. Cba. Sala X, *Carbery, Jorge Hugo c/ Orígenes S.A. – A.F.J.P. – demanda*, (voto de mayoría), 22/05/1998.

²³ LÓPEZ, Justo; CENTENO; Norberto O. y FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos; *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*; 2da. Ed. Act.; Ediciones Contabilidad Moderna; Bs. As. – Argentina; 1978; p134.

adquirido por el trabajador; y la segunda en cambio, se refiere al carácter imperativo de las normas legales y colectivas, que por su naturaleza prohíben la renuncia a su aplicación.

Respecto a los primeros se reconoce como excepción la posibilidad de abdicar dichos derechos, siempre y cuando sea un acto bilateral, sometido a formas y controles externos de las partes.

C.- Principio de continuidad de la relación laboral

Siguiendo el artículo 10 de la Ley de Contrato de trabajo podemos afirmar que el contrato laboral se presupone celebrado por tiempo indeterminado, en cuanto de existir duda siempre se deberá resolver a favor de la subsistencia o continuidad de la relación laboral.

Este principio cobra importancia en cuanto es normal o habitual la inexistencia de contratos escritos, por lo que se ha buscado proteger al trabajador, estableciéndose de esta manera y *contrario sensu*, que si estamos frente a una relación laboral a tiempo determinado, ésta deberá instrumentarse de manera escrita, caso contrario la presunción establecida por el legislador ubicará a la contratación como indeterminada.

D.- Principio de primacía de la realidad

Este principio tiene su razón de ser en cuanto en todo proceso laboral existe una búsqueda de la verdad real, evitando de esta manera el fraude a la ley.

La particularidad que debemos destacar es que de existir una figura fraudulenta y contraria a la Ley de Contratos de Trabajo, la misma no acarrea la nulidad de *todo* el acto jurídico, sino que sus consecuencias van a ser regidas por la norma que se pretendió eludir.

E.- Principio de buena fe

Se encuentra orientado a la interpretación de las normas, como así también de las conductas que deben adoptar ambos polos del contrato laboral, ya sea en su celebración, ejecución o extensión de la relación laboral.

Como podemos advertir, se impone inexcusablemente a los sujetos del vínculo laboral, tanto empleado como trabajador, la observancia del presente principio.

Lo expuesto significa que aparte del mandato genérico impuesto por la regla general, habrá que ponderar el comportamiento integral de ambos contratantes en cada hipótesis concreta y en el marco de cada circunstancia, comparándolo con lo que cada operador estima esperable según un bagaje de conceptos éticos, morales y jurídicos, los cuales variarán según circunstancias de tiempo, lugar, buscando construir un modelo abstracto de “buen empleador” o “buen empleado”.

F.- Principio de Razonabilidad

La finalidad del presente principio es evitar que se susciten casos de abuso de derecho, con lo cual podemos afirmar que será razonable lo bien fundado, haciéndose cargo del sentido de lo que se hace o de lo que se omite, encontrándose como podemos observar estrechamente relacionado con el principio de buena fe.

En esta misma línea de pensamiento se encuentra nuestro máximo tribunal, esto es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en reiterados fallos ha establecido que la pretensión de una persona se debe encuadrar en un marco de razonabilidad jurídica²⁴.

Como podemos apreciar, el postulado de la razonabilidad está dirigido fundamentalmente a los operadores jurídicos y a las partes del contrato, de manera que esta exigencia deberá influir decididamente en la conducta de las partes de un contrato laboral, de la misma manera que debe orientar y determinar toda conducta humana.

²⁴ CSJN, Fallos 98:20: 171:348 *in re* “Pontet, Regina” del 27-2-2001 y “Seisdedos, Jorge y otro” del 3-5-2001.

Ejemplo de este principio pueden hallarse en la exigencia de la Ley de Contratos de Trabajo que el derecho de la patronal de introducir cambios en cláusulas no esenciales del contrato (*ius variandi*) sea ejercido de manera razonable, como así también las facultades de dirección, disciplina, etc.

G.- Principio de trato igualitario y no discriminación

Tutelado por nuestra Carta Magna en su artículo 16, el derecho de igualdad aparece como una prerrogativa fundamental que goza toda persona, resultando un concepto básico de la llamada igualdad civil, consistente en prohibir, evitar y sancionar toda discriminación arbitraria entre las personas.

La Ley de Contrato de Trabajo contiene dos grandes reglas demarcatorias del deber patronal de dar igual trato, y la consecuente prohibición de discriminar a los dependientes, las cuales se encuentran consagradas en los artículos 17 y 81 de dicho compendio normativo, donde prístina y tajantemente se prohíbe cualquier tipo de discriminación, ya sea por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religión, político, gremial, edad, etc.

Amén a las normas citadas, y tal como se analizará en el presente proyecto, la Ley de Contratos de Trabajo prevé especiales sanciones para el caso de discriminación contra la mujer trabajadora, con motivo de casarse y/o ser madre.

A lo expuesto, debemos agregar lo reglado por la ley 23.592, mediante la cual una persona afectada por un acto de discriminación puede demandar el cese del mismo, con más los daños y perjuicios ocasionados, a lo que podemos agregar el derecho a reinstalación del trabajador discriminado.

H.- Principio de gratuidad

La vigencia del presente principio surge del artículo 20 de la Ley de Contratos de Trabajo, donde se establece que el trabajador o sus derechos gozan del beneficio de gratuidad

en los procedimientos judiciales o administrativos derivados de la aplicación de la presente ley.

Esto significa que el trabajador está exceptuado de abonar de manera previa monto alguno respecto a aranceles y/o contribuciones para acceder a la jurisdicción en aras de reclamar un derecho que le es propio.

Reconoce como excepción el caso en que el trabajador sea condenado en costas, pero dicha excepción se encuentra limitada en cuanto no podrá afectarse para el cobro de las mismas su vivienda.

Es más, en la Provincia de Córdoba, siguiendo lo reglado por el Código Tributario Provincial, si el trabajador ha sido condenado en costas, éste no deberá responder por la Tasa de Justicia.

4.- Definición de embarazo

Atento a la temática sobre la cual gira el presente trabajo, resulta indispensable definir que se entiende por embarazo.

Carlos Schiaffino (1996)²⁵ define al embarazo como el estado de preñez de la mujer que transcurre desde el momento de la concepción hasta el alumbramiento.

Como podemos observar, dicho autor toma la concepción enseñada por Vélez Sarsfield plasmada en el Código Civil en los artículos 63 y 70 de dicho cuerpo normativo, donde siguiendo a Freitas, nuestro codificador ha establecido que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de la persona, y por consiguiente el inicio del embarazo.

5.- La mujer embarazada como sujeto de tutela constitucional

El objetivo de proteger a la mujer embarazada o que acaba de ser mamá está dirigido básicamente a no perturbar el curso normal de la gestación, del puerperio y del cuidado del

²⁵ SCHIAFFINO, Carlos; *Diccionario jurídico polilingüe*; Ed.La Roca; Bs. As. – Argentina; 1996; p.129.

hijo, desde la concepción hasta los primeros tiempos de vida de ese niño, como así también, proteger la integridad psicofísica de la mujer.

La doctrina, más allá de las clasificaciones y distinciones expositivas, es conteste en afirmar que el principal sostén de los derechos humanos es el principio *pro homine*, que convierte al hombre en una centralidad jurídica (Bidart Campos, 2000)²⁶.

Este principio *pro homine* contempla un conjunto de pautas y criterios que el operador jurídico –institucional, gubernamental, jurídico, entre otros- deben observar al aplicar una norma o resolver un caso concreto, buscando una solución más beneficiosa para el desarrollo pleno de la persona.

Con igual y justo criterio nuestra Constitución Nacional establece en su artículo 75 inciso 23 que le corresponde al Congreso de la Nación: “*Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.*”, con lo cual podemos observar que nuestra Carta Magna claramente hace referencia a la necesidad jurídica de instrumentar una protección diferenciada.

A lo expuesto, debemos sumar lo preceptuado en el artículo 11, inciso 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ratificada por la Ley 23.179, la cual goza de jerarquía constitucional conforme el artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna, el cual establece 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 prohibir, *so pena* de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad.

Para completar la descripción de la normativa emanada del bloque constitucional que protege a la mujer embarazada, luce palmario el Convenio O.I.T. Nro. 3, que se refiere al empleo de las mujeres antes y después del parto, el que fuera incorporado a nuestro ordenamiento normativo mediante la ley 11.726 al establecer en su artículo 4, que frente a la ausencia de su trabajo motivado en enfermedad fruto de su embarazo o parto, será ilegal su

²⁶ BIDART CAMPOS, Germán; *Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio pro homine*; Ed. Editar; Bs. As. - 2000.

despido hasta que ésta ausencia haya excedido un período máximo establecido por autoridad competente.

Lo antes dicho, nos permite concluir que desde la reforma constitucional de 1.994 se ha producido un salto cualitativo en relación a los derechos humanos en el derecho del trabajo, por cuanto se incluyen expresamente en la jerarquía constitucional del ordenamiento jurídico argentino, importantes Tratados Internacionales y Convenios de la O.I.T. que generan una protección hacia los trabajadores mediante una plataforma normativa de doble vía: una intrínseca a la Constitución Nacional que deriva de su propia literalidad, y una extrínseca proveniente del derecho internacional.

CAPITULO II

EL PERÍODO DE PRUEBA

Por medio de la ley 24.465 del 28 de marzo de 1.995 se introdujo en la Ley de Contratos de Trabajo el artículo 92 *bis*, que contempló por primera vez en la legislación general el período de prueba para los contratos de trabajo por tiempo indeterminado.

Puntualmente dicha norma establece que los contratos por tiempo indeterminado, con excepción de los contratos por temporada, se entenderán celebrados a prueba durante los primeros tres (3) meses de vigencia –*PyMEs* seis (6) meses-, donde cualquiera de las partes – esto es empleado o empleador- podrán extinguir la relación laboral sin expresar causa, no existiendo derecho a indemnización con motivo del distracto.

La presente figura se encuentra sujeta a una serie de reglas formales. A saber:

- (i) Un empleador no puede contratar al mismo empleado más de una vez utilizando la figura del período de prueba. De hacerlo, se presupone que el empleador ha renunciado al mismo.
- (ii) El uso abusivo del período de prueba con el objeto de evitar la efectivización de personal será sancionado. Existe una presunción que el dador de empleo ha incurrido en esta práctica cuando sucesivamente contrata personal a prueba para un puesto de naturaleza permanente.
- (iii) Para que exista período de prueba, el empleado debe encontrarse registrado según lo ordena el artículo 52 de la Ley de Contratos de Trabajo, de no ser así –independientemente a las sanciones que pudiera ser pasible el empleador-, se entenderá que éste ha renunciado al mismo.
- (iv) Las partes tienen los derechos y obligaciones propias de toda relación laboral, salvo aquellas que quedan exceptuadas por la presente norma.

- (v) Las partes están obligadas al pago de aportes y contribuciones a la Seguridad Social.
- (vi) El trabajador tiene derecho mientras se desarrolle el período de prueba a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo, inclusive por enfermedad o accidente inculpable, la cual –esta última- perdurará hasta la finalización del período de prueba, si es que éste se rescinde. Queda excluida la indemnización prevista para la incapacidad absoluta derivada por accidente o enfermedad.
- (vii) El período de prueba se computa como tiempo de servicio.

En definitiva, cualquiera de las partes puede extinguir la relación laboral, sin expresar la causa, y sin indemnización, pero con la obligación de preavisar con 15 días de anticipación al fenecimiento de dicho período. Efectuado de esta manera, no corresponde al empleado la integración del mes de despido.

1.- Finalidad del período de prueba

Tal como se adelantó, el presente instituto fue creado por el legislador en beneficio de ambas partes de la relación laboral, pero la realidad nos dice que la adopción de esta figura ha respondido principalmente a la finalidad de flexibilizar la posible expulsión del personal sin costos indemnizatorios.

Es importante detenernos en la opinión de Carlos Etala (1998)²⁷, quien ha conceptualizado esta figura como un medio que permite al empleador apreciar aptitudes y destrezas que ostenta el trabajador, para cubrir así los puestos de trabajo vacantes. Como el lector puede observar, dicho jurista lisa y llanamente caracteriza al período de prueba como un instituto introducido para usufructo del empleador.

²⁷ ETALA, Carlos A; *Contrato de trabajo*; Ed. Astrea, Bs. As. – Argentina- 1998. ps. 205/206.

Se ha de entender que el período de prueba constituye una etapa que se desarrolla entre la selección de candidatos a ocupar el puesto efectuada por el empleador o su representante, y otra de carácter preliminar dentro del propio contrato de trabajo, donde las partes –en especial el trabajador- busca demostrar sus aptitudes para que el dador del empleo lo acepte y de esta manera concretar el vínculo laboral.

Ahora bien, debemos decir que fuera del marco ideal o utópico de pleno empleo, y como se podrá estar razonando, es raro que un trabajador pueda elegir a su empleador, por lo que difícilmente el presente instituto sirva al trabajador para desechar la propuesta de contrato empresario, normalmente la fuerza laboral toma el trabajo que se le ofrece.

Etala (1998)²⁸ ha afirmado que el período de prueba es un período de carencia, cuyo transcurso es necesario para que puedan encontrar aplicación en plenitud las normas de protección que corresponden a un contrato de trabajo por tiempo indeterminado.

Para Montoya Melgar (2000)²⁹ el contrato de trabajo a prueba es el negocio jurídico bilateral mediante el cual el empresario y el trabajador pretenden el conocimiento empírico de las condiciones contractuales que habrán de regir en el futuro, buscando por consiguiente experimentar sobre el terreno de la relación de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes.

A esta altura, es relevante memorar que el mensaje de elevación del Poder Ejecutivo Nacional que había acompañado al proyecto de la luego sancionada ley 24.465, señalaba que el período de prueba tiene la finalidad principal de facilitar el ingreso de nuevos trabajadores y estimular su contratación.

Como se podrá apreciar, el ordenamiento jurídico argentino, inserto en las doctrinas monistas, ha encuadrado al período de prueba como una parte inicial del contrato laboral, y no como una etapa preliminar a la contratación definitiva. Al tomar esta postura ha recurrido a la suspensión de la protección o tutela del derecho a la estabilidad, con lo que las dos circunstancias tornan dificultoso decidir a primera vista si ha primado un verdadero tiempo de comprobación y examen de las habilidades del trabajador, o por el contrario, lo que ha

²⁸ ETALA, Carlos A; *Contrato de trabajo*; Ed. Astrea, Bs As – Argentina- 1998. ps. 483.

²⁹ MONTOYA MELGAR, Alfredo; *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Ed. Tecnos; Madrid; 2000.

importado es postergar la tutela contra el despido arbitrario, como un mero recurso para flexibilizar la salida -y entrada- de los trabajadores.

El período de prueba reglado por el artículo 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo configura la parte inicial de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado, en el cual ciertos derechos se han sometido a un plazo suspensivo cierto de conformidad con las reglas establecidas en los artículos 566 y siguientes del Código Civil.

El plazo en el cual se desarrollará este período de prueba resulta suspensivo en cuanto la ley no confiere hasta su acaecimiento los derechos relativos a la indemnización, a lo que agregamos que el mismo resulta cierto, pues su cómputo comienza en una fecha exacta que es la celebración del contrato, y se puede determinar con precisión, desde su inicio, el día de su culminación.

No debemos perder de vista que lo único que se encuentra suspendido en esta relación laboral será el derecho a la estabilidad, lo que significa que los demás derechos del trabajador se encuentran asegurados.

Respecto a lo expuesto, y tal como se manifestó en la introducción del presente proyecto, la jurisprudencia dictada por los tribunales de nuestro país no ha sido pacífica. Pruebas al ruego:

Por un lado tenemos que parte de nuestros tribunales entienden que este período de prueba debe tener como finalidad el aliento a la contratación de trabajadores, y no por el contrario facilitar los despidos, en cuanto el artículo 92 *bis* no puede entenderse como consagradorias de un *bill de indemnidad* a favor del empleador³⁰.

En una opinión diametralmente opuesta, existe una jurisprudencia disidente con la anterior opinión, la cual entiende que en el curso de ese plazo de suspensión, queda encerrada una condición potestativa que se refleja en la posibilidad que un empleado sea despedido sin

³⁰ CN Trab., Sala III, *Guisado de Jakobs, Paula c/ KB Servicios SA s/ Despido*, 05/03/1998; CN Trab. Sala VIII, *Pretillo, Paola Natalia c/ Nas Argentina SA s/ despido*, 23/9/2008 (Del voto en disidencia del Dr. Catardo); CN Trab, Sala VII, *Pérez Cortés, Estela María del Valle c/ Golman Christian Ezequiel s/ Despido*, 25/07/2008; CN Trab., Sala VII, *Buitrón, Patricia Noemí c/ Aqualine S.A. s/ despido*, 11/07/2001 entre muchos otros.

expresión de causa, con lo cual afirman que nos encontramos frente a una modalidad dentro de otra modalidad³¹.

Como corolario a lo expuesto, podemos afirmar que no es posible hallar, bajo la apariencia de las palabras usadas por el legislador, otra cosa que un mecanismo más a los fines de flexibilizar el despido de trabajadores de escasa antigüedad, suspendiendo por consiguiente y bajo el pretexto de que hay una ocasión de prueba, la activización de la protección legal contra el despido arbitrario.

2.- Causal de ruptura

Tal como fuera explicado en su oportunidad, el artículo 92 *bis*, inciso 4 de la Ley de Contrato de Trabajo no establece la necesidad de una causa específica que autorice la ruptura del contrato, lo que se materializa en que ninguna de las partes del vínculo laboral tenga un deber de prueba respecto a los motivos para no continuar con la relación laboral.

Lo expuesto se plasma en que por un lado el empleador está eximido de informar las causas del distracto y de abonar indemnización, y por el otro, el empleado no tiene obligación de respetar los plazos de preaviso que establece la Ley de Contrato de Trabajo.

Este último, solo tendrá derecho a gozar la parte proporcional del sueldo anual complementario, no teniendo derecho a recibir indemnización por vacaciones no gozadas, en cuanto la misma es una indemnización con lo cual se encuentra exenta de la norma.

La regla de marras permite dos lecturas:

- i) Existe una presunción implícita mediante la cual toda ruptura del vínculo laboral sin que se exprese causa dentro del tiempo de prueba implica suponer que dicha ruptura se debe a la no aprobación.
- ii) La innecesidad de expresar causa frente a las desvinculaciones efectivizadas en el período de prueba, en cuanto no existe tutela de estabilidad.

³¹ CN Trab. Sala VII, *Granja c/ Receptivo Península S.R.L. s/ Despido*, DT, 2000.A.1251, 9/12/1999; CN Trab. Sala VIII, *Pretillo, Paola Natalia c/ Nas Argentina SA s/ Despido*, 23/9/2008; CN Trab., Sala VII, *Franco Cynthia Vanesa c/ Coto C.I.S.A. s/ Despido*, 22/09/2009; entre muchos otros.

Tal es el alcance de la norma, que si un empleador en el período de prueba desvinculara al trabajador haciendo expresa la no aprobación o ineptitud del empleado, carecería de relevancia frente a un eventual juicio el hecho de no poderlo acreditar, pues la ley establece de manera lisa y llana que la extinción del contrato dentro del plazo de prueba no genera obligación indemnizatoria alguna (Ackerman, 2005).³²

Lo hasta aquí señalado, no significa que no deba mediar una exteriorización de la extinción de la relación laboral.

Ahora bien, queremos recalcar que a la hora de interpretar la norma positiva ante conflictos concretos, no deberemos olvidar lo reglado por el artículo 9 de la Ley de Contrato de Trabajo, y en consecuencia tener en cuenta el entendimiento más favorable al trabajador. Lo expuesto significa que si un trabajador es despedido en el período de prueba y no se ha expresado causa del distracto, el trabajador podrá en sede judicial demostrar que su rendimiento fue óptimo, y por consiguiente la existencia de un motivo oculto por parte del empleador, como puede ser un acto discriminatorio, tal como versa el presente proyecto.

En conclusión, entendemos que cuando el artículo 92 *bis* inciso 4 dispone que se puede disolver el vínculo laboral sin expresión de causa, y sin derecho de indemnización sólo se refiere a aquellas reparaciones que tienen en cuenta el derecho a la estabilidad, y no aquellas otras que resarcen la cesantía injustificada o discriminatoria.

3.- Formas del período de prueba

En este acápite analizaremos las distintas formalidades exigidas por la norma positiva para que éste período de prueba pueda ser refutado como válido.

Bien dice el profesor Etala (1.998)³³ que el período de prueba se entiende implícito en el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, y al no requerir formalidad alguna dicha contratación, ninguna forma se exige para el período de prueba.

³² ACKERMAN, Mario E. ; *Tratado del derecho del Trabajo – Teoría General del derecho del Trabajo*; Tomo II; 1ra. Edic. – Santa Fe – Argentina – Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005.p.418.

³³ ETALA, Carlos A; *Contrato de trabajo*; Ed. Astrea, Bs As – Argentina- 1998.

Sin embargo, el deber de registrar los contratos de trabajo es un requisito para que pueda operar el presente instituto, ya sea en el libro especial del artículo 52 de la Ley de Contratos de Trabajo, o en el caso de *PYMES* en el registro “mi simplificación” ante A.F.I.P.

En dicho sentido, la jurisprudencia ha entendido que el empleador debe demostrar la fiel observancia de las exigencias de inscripción y registro del contrato, en cuanto no se admite que el empleador se favorezca de lo reglado por el artículo 92 *bis* de la Ley de Contrato de Trabajo si no ha probado el acabado y fiel cumplimiento de las reglas allí establecidas³⁴.

Superado este primer requisito de registración, procedemos a abordar la obligación de preaviso de las partes. Luego de reiteradas reformas, en el año 2004 con la sanción de la ley 25.877, pone punto final a la discusión doctrinaria y jurisprudencial que se estaba suscitando respecto a que si existía una obligación o no de preavisar dentro del período de prueba la disolución del vínculo.

En la actual redacción del artículo 92 *bis*, establece de manera taxativa que las partes deberán preavisar la disolución del vínculo laboral, remitiendo a los artículos 231 y 232 de la Ley de Contratos de Trabajo, que establece para ambas partes y para el período de prueba un preaviso de quince (15) días.

Ahora bien, si tal obligación no es cumplida, opera la regla del artículo 232 de la Ley de Contratos de Trabajo, que establece la obligación subsecuente de la parte obligada a abonar a la otra una indemnización sustitutiva equivalente a dicho lapso.

En definitiva, cuando cualquiera de las partes decida extinguir el contrato tiene el deber de preavisar, y si no lo cumpliere, no afectará a la ruptura, sino que solo implicará el deber de abonar una suma de dinero equivalente al preaviso omitido.

Por último, abordaremos la necesidad de exteriorización de la voluntad de las partes en la rescisión. Tal como se encuentra redactada la norma, aunque no existe una obligación de especificar la causa del distracto, en cuanto se presupone la no conformidad, lo que si resulta necesario es su comunicación.

³⁴ CN Trab. Sala VIII, *Ledesma, Carlos Manuel c/ Veiba Producciones S.A.*, sent. 25.305 del 16/9/97,

Esto es así, en cuanto tal como fue indicado, por un lado en contrato laboral nació casi perfecto desde su celebración, y solo se encuentra aplazada la activación del derecho a estabilidad; y por el otro, se considera que la norma positiva ha introducido una presunción *iuris tantum* de que el distracto comunicado en el período de prueba tiene su fundamento en la no aprobación.

Ahora bien, existen opiniones encontradas respecto a que si dicha voluntad de rescisión debe ser comunicada de manera escrita o no. En consecuencia hay quienes entienden que el único requisito del acto de comunicación es que sea expreso, admitiendo por consiguiente el medido verbal, pudiéndose probar –en caso de controversia- por todos los medios de prueba admisibles en sede judicial.

Empero, existe otra corriente que mantiene una opinión diametralmente opuesta, en consonancia con lo expresado por la Cámara Nacional del Trabajo Sala VII *in re* “Adriel, Fernando c/ Tsolokian, Rubén s/ Despido”³⁵, al exigir que todo distracto que se produzca dentro del plazo previsto por el artículo 92 *bis* de la Ley de Contratos de Trabajo debe ser efectuado por escrito *so pena* de dar por consolidado el vínculo por tiempo indeterminado.

Por lo expuesto, entendemos que la posición correcta, haciendo una lectura integral de los artículos 240 y 243 de la Ley de Contrato de Trabajo, es que aquel que desea extinguir el contrato dentro del período de prueba deberá notificar por escrito dicho decisorio, caso contrario se consolidará el vínculo por tiempo indeterminado.

4.- Período de prueba y el poder de organización del empleador

Tal como ha sido afirmado al momento de definir el instituto del período de prueba, éste se muestra como una figura legal creada por el legislador en beneficio de ambos polos de la relación laboral, pero así también se dijo que la realidad muestra que la presente figura es utilizada en muchas ocasiones por los empleadores a los fines de flexibilizar las relaciones laborales.

³⁵ CN Trab., Sala VII, *Adriel, Fernando c/ Tsolokian, Rubén s/ Despido*, sent. 33.011.

Como bien es sabido, los empleadores gozan del derecho de organizar su empresa, entendiéndose dicho vocablo como la facultad de disponer, ordenar o reformar una cosa³⁶.

Nuestra Ley de Contratos de Trabajo regula específicamente esta facultad de organización en el artículo 64, donde puntualmente se establece: “*El empleador tiene la facultad suficiente para organizar económicamente y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento*”. Como podemos observar, para que una empresa funcione es necesario un centro jerárquico de toma de decisiones técnicas, económicas y laborales a los efectos de lograr los fines económicos de los mismos.

Vinculando dichas prerrogativas con el instituto del periodo de prueba, significará que en los primeros tres (3) meses de la relación laboral, el empleador podrá decidir la continuidad o no del personal a prueba, es más, no existe obligación ni tan siquiera de expresar el motivo que lo llevó a resolver dicho distracto.

Atento a que esta facultad se encuentra explícitamente establecida en la norma positiva, es de ampararse en el artículo 19 *in fine* de nuestra Carta Magna, el cual reza: “*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacerlo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”, lo que significa que no podrá exigírsele al dador de empleo que adopte una acción no prevista en la norma.

³⁶ Real Academia Española; *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1992.

CAPITULO III

DISCRIMINACIÓN LABORAL

1.- Marco normativo

En los acápites que se suceden, se abordará la abundante normativa dictada al respecto, ya sea nacional como así también internacional con rango constitucional incluidas por el artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna.

Como punto de partida debemos tener presente que la contratación de mujeres no supone la configuración de un contrato de trabajo especial, sino una modalidad contractual con ciertas particularidades que afectan al sujeto o al objeto de aquel, pero no a la causa. Indudablemente es un régimen de trabajo protegido debido a razones vinculadas con su salud y a otras de carácter cultural.

El derecho a no ser discriminado es un derecho humano que se estructura en nuestro país a través de un plexo jurídico no homogéneo y que es necesario correlacionar para establecer sus alcances reales.

1.1 .- La discriminación según la Ley de Contrato de Trabajo

La Ley de Contrato Trabajo contiene dos grandes reglas que regulan, desde el punto de vista de la patronal, la prohibición de discriminar a sus dependientes.

La primera de ellas se encuentra contenida en el artículo 17, donde puntualmente establece la prohibición de cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de raza, nacionalidad, religión, políticos, gremiales o de edad; norma que es completada por el artículo 81 del mismo cuerpo legal, donde se dispone que el empleador deberá dispensar a todos sus trabajadores igual trato en identidad de situaciones,

entendiéndose que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razón de sexo, religión y raza³⁷.

Lo expuesto significa que el empleador deberá dispensar igualdad de trato en idéntica situación. De esta manera se refleja el principio de igualdad plasmado en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

Es relevante destacar que los principios sentados por los artículos antes mencionados son de orden público, por lo que resulta irrenunciable para el trabajador e inderogables para las partes (López – Centeno – Fernández Madrid, 1.987)³⁸.

Sumado a lo ya expuesto, y arrimándonos a la temática tratada en el presente trabajo, se agrega lo establecido por el artículo 172 de la misma ley de trabajo, que prohíbe toda discriminación fundada en el sexo, estado civil de la trabajadora, y especialmente, se garantiza la plena observancia del principio de igualdad de retribución por igual tarea.

Como el lector podrá constatar, la mujer dentro del vínculo laboral goza de una protección especial frente a actos de discriminación de parte de la patronal, la cual se extiende –tal como se aborda el en presente proyecto – a la situación de maternidad.

Es importante destacar que dicho resguardo de derechos a favor de la trabajadora embarazada se encuentra articulado a través de una serie de presunciones a su favor- las cuales obviamente pueden ser desarticuladas por prueba en contrario a cargo del empleador- , las cuales se encuentran plasmadas en los artículos 177 y 178 de la Ley de Contrato de Trabajo, que de suscitarse significará una sanción de carácter pecuniario a su favor, reflejada en la indemnización agravada prevista en el artículo 182 de la Ley de Contratos de trabajo, el cual reza: *“En caso de incumplimiento de esta prohibición, el empleador abonará una indemnización equivalente a un año de remuneraciones, que se acumulará a la establecida en el art. 245”*.

³⁷ Obviamente nos encontramos frente a una enunciación ejemplificativa que invita a interpretar las mismas de forma complementaria y de manera armoniosa.

³⁸ LÓPEZ, Justo – CENTENO, Norberto - FERNÁNDEZ MADRID, Juan; *Ley de contrato de trabajo comentada*; Bs.As. – Argentina; Contabilidad Moderna; 1987. T.I; p.547.

Por consiguiente, podemos afirmar que estamos frente a una estabilidad relativa o impropia, que busca proteger a la mujer en estado de preñez, pretendiendo desalentar estas actitudes en el empleador en virtud de la mayor onerosidad en el despido.

Esta indemnización no se encuentra condicionada al cumplimiento de antigüedad mínima a que se supedita la indemnización común por despido (López – Centeno – Fernández Madrid, 1987)³⁹, con lo cual nada obsta a su aplicación durante el período de prueba.

Como podemos observar, la norma citada constituye una manifestación del principio de igualdad y no discriminación que es uno de los principios generales del derecho laboral y que fuera tratado en el capítulo “I” del presente proyecto.

Tal como nos enseña Etala (2000)⁴⁰, la enumeración de los motivos de discriminación que formula la ley es meramente enunciativo y no taxativo, lo que significa que resultará aplicable a toda distinción que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de trato u oportunidad de un trabajador, fundado en un motivo arbitrario.

Por último, hacemos saber que pese a que el texto legal no lo exprese literalmente, la prohibición de discriminación rige no solo en las circunstancias de celebrar el contrato de trabajo, sino también en el momento de ejecutarlo o rescindirlo. Dicha afirmación surge del principio de buena fe reglado por artículo 63 de la Ley de Contratos de Trabajo, y del artículo 11 de la ley 25.013.

1.2.- La discriminación desde un enfoque sistemático de la normativa

Superado el tratamiento dado específicamente por la Ley de Contratos de Trabajo, procederemos a abordar la distinta normativa dictada, ya sea nacional, como internacional con rango constitucional que aborda la discriminación en los distractos laborales.

³⁹ LÓPEZ, Justo – CENTENO, Norberto - FERNÁNDEZ MADRID, Juan; *Ley de contrato de trabajo comentada*; Bs.As. – Argentina; Contabilidad Moderna; 1987. T.II; p.843.

⁴⁰ ETALA, Carlos Alberto (2000). *Contrato de Trabajo Ley 20744 texto ordenado según decreto 390/76 Comentado, anotado y concordado*, 3ra. Edición. Bs. As. – Argentina, Editorial Astrea p. 63.

Como punto de partida obligada debemos remitirnos a nuestra Carta Magna, donde el principio de igualdad general –y por consiguiente no discriminación- se encuentra establecido en el artículo 16 de dicho cuerpo normativo.

A este principio general, y abordando el tema que nos vincula, le continua el artículo 75 inciso 23, en el cual nuestra máxima ley ya establece de manera específica una protección del embarazo.

Por último, y como mayor fuente de protección hacia la mujer en estado de gestación encontramos a los distintos tratados internacionales con rango constitucional incorporados en el año 1.994 a partir de la introducción del artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna. A saber:

(i) *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*

Corresponde resaltar los artículos VI y VII, mediante los cuales se establece que toda persona tiene derecho a constituir una familia y a recibir protección para ella, agregando que toda mujer en estado de gravidez tiene derecho a su protección y cuidado.

(ii) *Declaración Universal de Derechos Humanos*

Destacamos los artículos 7, 23 y 25, en los cuales se consagran respectivamente los siguientes derechos: Igualdad ante la ley, como así también el derecho de ser protegido contra todo acto de discriminación; condiciones equitativas de trabajo y una protección especial para la maternidad y la infancia.

(iii) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

En dicho pacto se estableció en su artículo 26 que Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de ésta. Al respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de cualquier índole.

(iv) *Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica*

Corresponde resaltar los artículos 1, 17 y 24, los cuales establecen el derecho de toda persona a no ser discriminado por cualquier índole, como así también consagran la protección de la familia, y establecen la igualdad de las personas ante la ley.

(v) *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer - Ley 23179*

Puntualmente corresponde citar el artículo 11, inciso 1 y 2 de dicho compendio normativo. El primer inciso establece la eliminación de toda discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, agregando el segundo la prohibición –para evitar actos discriminatorios- de despedir por causal de embarazo o licencia de maternidad.

A los tratados citados con rango constitucional, debemos mencionar la protección especial establecida por los convenios de la O.I.T. –con rango *supra legal*- número 3 y 103 a favor de la mujer en estado de embarazo.

Por último, y a los efectos de culminar con la presente sistematización de normas, hacemos saber que en el año 1.988 el Congreso de la Nación comienza, acorde a los nuevos tiempos que se caracterizan por la lucha contra la discriminación, a dictar una serie de normas al respecto.

En primer lugar se sancionó la ley 23.592, norma ésta que estableció la obligación de quien discrimina, a dejar sin efecto el acto y reparar el daño material y moral ocasionado.

Esta norma de aplicación general, para gran parte de la doctrina resulta aplicable al campo de las relaciones laborales, con lo cual y aunque existe una reticencia de la doctrina y jurisprudencia a admitir la nulidad del despido y su reinstalación, esto es lo que corresponde según la norma positiva.

En el año 1.998 entra en juego la ley 25.013 que introduce la figura legal del despido discriminatorio, aplicando como sanción en caso de darse dicho tópico de un agravamiento en la indemnización.

Culminamos el presente acápite citando la ley 26.485 sancionada en el año 2.009, la cual va entender como un acto de violencia (artículo 4) toda conducta, acción u omisión que de manera directa o indirecta, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, integridad física, psíquica, etc.

Dicha norma entiende en su artículo 6 que una de las modalidades de cometer estos actos de violencia (inciso c), es mediante la discriminación en los ámbitos de trabajo, ya sea público o privado y que obstaculice su acceso al mismo, su estabilidad o permanencia, exigiendo requisitos de estado civil, maternidad, edad, etc.

A esta altura del proyecto vale la pena reiterar lo expuesto en los primeros capítulos del mismo, en cuanto de manera palmaria se puede afirmar que la norma positiva ha hecho hincapié en el aspecto humanitario de la relación laboral frente a la mujer en estado de preñez, en cuanto más allá de perder su fuente de trabajo, ésta puede quedarse fuera del “sistema”, agregando la pérdida de ingreso en el sostén familiar, afectando su salud y la del por nacer, con lo cual observamos que la integridad física de dos personas se encuentran en juego lo que amerita esta protección especial.

2.- Discriminación, embarazo y período de prueba

Tal como opina el Dr. Pirolo (2010)⁴¹, el objetivo de la protección de la mujer en estado de preñez, o que acaba de ser madre, está dirigido básicamente a no perturbar el curso normal de la gestación y del cuidado del hijo, resguardando de esta manera la integridad psicofísica de la mujer.

Cabe preguntarse en consecuencia, pues la realidad así lo exige, que ocurre con la protección de la maternidad en el período de prueba, donde como ya vimos, el artículo 92 *bis*

⁴¹ PIROLO, Miguel A.; *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario.. Derecho del Trabajo. Relaciones individuales*; 1ra. Ed. Bs. As. – Argentina; Ed. La Ley; 2010.

que es la norma especial que regula la materia, solamente se ocupa de las prestaciones por accidente o enfermedad.

Según fuera desarrollado en el presente proyecto, el período de prueba no resulta otra cosa que un eufemismo que priva de toda estabilidad –durante un período determinado – a la relación laboral. Este criterio exige reformular la interpretación del mismo en relación con la protección del embarazo, y dirimir en consecuencia si el mismo es de aplicación en ese momento de inestabilidad.

Al respecto, debemos recordar que el principio interpretativo establecido por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación establece que es necesario examinar si la norma en cuestión es verdaderamente incompatible con el sistema establecido por la nueva ley, pues en sólo este supuesto la sanción de un nuevo precepto producirá la derogación de las normas que tuvieron su razón de ser en el antiguo⁴².

Dicho de otra manera, será función del juzgador interpretar la norma de modo armónico, es decir en vez de contraponer una norma con otra, debe integrarlas de manera tal que contribuyan al logro del objetivo que tuvo en miras el legislador al dictarlas, y de esta manera contribuyan a la concreción del bien común.

Respecto a la contradicción normativa que se suscita, quedó dicho que el período de prueba resulta una forma de flexibilizar la relación laboral permitiendo a la patronal despedir a sus empleados en el período de prueba sin costos, donde las únicas obligaciones establecidas en la norma positiva se refiere a las prestaciones por accidente y enfermedad. Frente a ello, aparece un bloque normativo con jerarquía constitucional y de carácter general, y que se vincula con la proscripción de prácticas discriminatorias en razón del estado de familia.

En un primer momento, y tomando como argumento que los artículos 177, 178 y 182 de La Ley de Contrato de Trabajo no contenía directivas que restrinjan la aplicabilidad de sus disposiciones a los contratos por tiempo indeterminado, se relacionó la protección que posee la empleada en estado de gravidez con los contratos donde exista un régimen de estabilidad plena.

⁴² CSJN; *Fallos*: 236:588; 241:174; 295:237; 304:1039; 318:567.

De allí, cuando se introdujo a la norma general el denominado período de prueba, y teniendo en cuenta que durante su vigencia el vínculo de las partes carece de permanencia generalizada, un importante sector doctrinal⁴³ sostuvo la imposibilidad de que en dicho lapso sobre operatividad la garantía especial a favor de la empleada en estado de embarazo.

En contraposición a dicha doctrina, podemos afirmar que el artículo 92 *bis* de la Ley de Contrato de Trabajo no ha logrado eliminar esa protección, con lo cual de ser notificado el empleador de la situación de gravidez de la empleada –no importando que se encuentre en período de prueba- todo despido cobra una característica especial que se traduce en que el empleado para obtener la indemnización agravada prevista en la norma positiva deberá demostrar que dicho despido responde a una actitud discriminatoria por parte de la patronal, y de parte del empleador se deberá acreditar la existencia de una causas objetiva del despido.

Este fue el criterio fijado por la Cámara Nacional del trabajo *in re* “Guisado de Jakobs, Paula c/ KB Servicios S.A. s/ Despido”⁴⁴, el cual se ha convertido en un verdadero *leading case* en la materia.

En dicho fallo, la Dra. Porta de manera magistral entiende que la protección consagrada en los artículos 177 y 178 de la Ley de Contratos de Trabajo resulta aplicable al período de prueba, justificando su posición en que las normas que regulan el contrato a prueba no puede entenderse como consagradoria de un *bill de indemnidad* a favor del empleador, como así tampoco favorecedoras de practicas discriminatorias, que por razones obvias resulta socialmente disvalioso.

Por lo tanto, frente al inciso 4 del artículo 92 *bis* que dispone la extinción de la relación sin expresión de causa y sin derecho de indemnización, solo es aplicable a aquellas reparaciones que tienen en cuenta el derecho de estabilidad y no aquellas otras que pretenden desalentar prácticas discriminatorias.

En base a este pronunciamiento, la Dra. Caubet (1998)⁴⁵, efectúa una serie de principios fundamentales que deben prevalecer sobre el derecho de despedir del empleador:

⁴³ MARTÍNEZ VIVOT, Julio en TySS 1998; p. 1042; CARCAVALLO, Hugo R, en TySS 1995, p.329.

⁴⁴ CN Trab., Sala III, *Guisado de Jakobs, Paula c/ KB Servicios SA s/ Despido*, 05/03/1998.

⁴⁵ CAUBET, Amanda B; *La estabilidad especialmente protegida durante el período de prueba*”; DLErrepar, T. XII, p. 808 y stes.

- a) Durante el período de prueba el principio de estabilidad debe mantenerse cuanto está en juego la protección de la maternidad.
- b) Prioridad de la norma general de rango constitucional (Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica y Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer - Ley 23179) respecto a la norma especial (artículo 92 *bis* Ley de Contrato de Trabajo)
- c) La finalidad de los Artículos 177 y 178 de la Ley de Contratos de Trabajo tiene por objeto evitar la discriminación de la mujer en estado de gestación, y si bien el legislador admite la eficacia de su despido, reconoce el derecho de una reparación agravada.

Tal como fuera planteado en los comienzos del presente acápite, ni la doctrina ni la jurisprudencia ha sido uniforme ni pacífica al respecto. A saber:

Desde una posición *pro empleador*, existen importantes precedentes jurisprudenciales⁴⁶ donde los magistrados han entendido que la consagración de un período de prueba en el marco de las relaciones laborales tienen por objeto obviar las consecuencias negativas que conlleva aceptar la admisión definitiva y sin cautela del trabajador, por lo cual se faculta a las partes a romper el vínculo sin expresión de causa y sin derecho a indemnización, lo que significa que el embarazo de una empleada no posee virtualidad para alterar el *status* jurídico que resulta del período de prueba, en cuanto la empleada integra la clase de trabajadores abarcados por el art. 92 *bis* de la Ley de Contrato de Trabajo, constituyendo así un universo cerrado que no admite circunstancias particulares, en cuanto ha sido la propia norma positiva que ha eximido al empleador de expresar causa al momento de rescindir la contratación dentro de dicho período especial.

⁴⁶ CN Trab. Sala VII, *Granja c/ Receptivo Península S.R.L. s/ Despido*, DT, 2000.A.1251, 9/12/1999; CN Trab. Sala VIII, *Pretillo, Paola Natalia c/ Nas Argentina SA s/ despido*, 23/9/2008.; CN Trab., Sala VII, *Franco Cynthia Vanesa c/ Coto C.I.S.A. s/ despido*, 22/09/2009; CN Trab., Sala II, *Alvarenga, Cinthia Silvina c/ Sistemas Temporarios SA y otro s/ Despido*, 16/04/2004, entre muchos otros.

Este criterio parte de la base de que la indemnización por despido por embarazo tiene carácter accesorio, con lo cual de no existir indemnización *principal*, no se adeudaría tampoco indemnización *accesorio*.

Esto es así, en cuanto la posibilidad dada por la norma positiva a favor del empleador de rescindir el vínculo sin expresión de causa la consagra como plenamente legal, con lo cual sería ilógico afirmar que habiendo actuado según lo que la norma ordena importaría un acto de discriminación, más aún cuando la prueba sería por presunciones, las cuales no se encuentran admitidas (Martínez Vivot, 1998).⁴⁷

Es vital entender la imposibilidad de recurrir a las presunciones en estos casos particulares, en cuanto ha sido la propia norma positiva quien lo ha eximido al accionante de explicar o dar motivos de por qué se resuelve la relación laboral. Ergo, el empleador goza de una doble garantía, por un lado la expresada literalmente por la Ley de Contratos de Trabajo en su artículo 92 *bis*, y por el otro la establecida por nuestra Carta Magna en su artículo 19 al establecer que “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Debemos tener presente que del dictamen de la minoría en la Cámara de Diputados intentó agregar un inciso que permitiera a la trabajadora adquirir la protección dada por el art. 178 de la Ley de Contrato de Trabajo en el período de prueba, iniciativa esta que no prosperó, por lo que debe interpretarse que ha sido intención del Legislador no incluir la tutela en el período de prueba, interpretación a la cual adhieren Rodríguez Manzini y Canfalonieri hijo (Rainolter, Milton ; 2.004)⁴⁸.

En igual sentido, Julio Martínez Vivot (1.998)⁴⁹ ha considerado de lamentable considerar que un despido respecto a una mujer en estado de preñez sea catalogado como discriminatorio, en cuanto por un lado dificulta el normal funcionamiento de las instituciones laborales, y por el otro significaría desvirtuar la temporalidad del régimen.

Dicho autor a sostenido que “Sería reprochable que, alegando derechos humanos afectados, que no otra cosa importa la discriminación, pueda llegarse en muchos casos a

⁴⁷ MARTÍNEZ VIVOT, Julio; *Despido de una trabajadora embarazada durante la vigencia del período de prueba*, 1/1/1998, MJ-DOC-5347-AR / TySS, 1998-1042 / MJD5347.

⁴⁸ RAINOLTER, Milton. “*Reformas a la ley de contrato de trabajo. Ley 25.877*”. Bs. As. – Argentina, Editorial Astrea. 2004.

⁴⁹ MARTÍNEZ VIVOT, Julio; *Despido de una trabajadora embarazada durante la vigencia del período de prueba*, 1/1/1998, MJ-DOC-5347-AR / TySS, 1998-1042 / MJD5347.

discutir la validez del derecho, legalmente acordado, de dar por terminada la relación laboral” (MARTÍNEZ VIVOT, 1.998, Apartado VI).⁵⁰

En un reciente fallo dictado por la Cámara Nacional del Trabajo Sala III⁵¹ modificó parcialmente su criterio, afirmando en consecuencia que no corresponde aplicar las presunciones establecidas en el artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo, sino que la vigencia de la garantía analizada está condicionada a que la trabajadora acredite o pruebe haber padecido un hecho de discriminación.

Como el lector podrá observar del fallo citado, queda en espalda de la trabajadora demostrar haber sido víctima de un acto de discriminación de parte de su empleador, siendo prácticamente una prueba imposible de producir sin el beneficio de la presunción establecida en el artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Es más, podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que en nuestro país las normas que imponen la indemnización agravada por embarazo se basan en principios y necesidades jurídicas diferentes a la que prevén el período de prueba, en cuanto las normas contenidas en los artículos 178 y 182 de la Ley de contrato de trabajo buscan proteger la estabilidad del empleo, y como así también desalentar la discriminación, proteger a la embarazada, fomentar la procreación como una forma de crecimiento de la sociedad y de la nación, y cumplir con las normas de raigambre constitucional e internacional.

Como podemos observar, a partir de este momento se amplía la discusión sobre tópicos o variables que exceden a la Ley de Contratos de Trabajo, encontrándose en juegos circunstancias que exceden al propio vínculo laboral.

Con igual y justo criterio, distintos magistrados⁵², y ya como fuera expresado al momento de comentar el voto de la Dra. Porta, en una posición *pro trabajador* han entendido que si bien el empleador tiene una facultad que surge como “modalidad dentro de otra modalidad”, éste nunca tendrá un derecho de distinguir o discriminar a una mujer por haber quedado embarazada, en cuanto éstos no poseen un *bill de indemnidad*.

⁵⁰ MARTÍNEZ VIVOT, Julio; *Despido de una trabajadora embarazada durante la vigencia del período de prueba*, 1/1/1998, MJ-DOC-5347-AR / TySS, 1998-1042 / MJD5347.

⁵¹ CN Trab., Sala III, *in re Smorzeňuk, Graciela c/ Olea, José y otros*; 29/02/00 (DT, 2000-B; 1981).

⁵² CN Trab, Sala VII, *Pérez Cortés, Estela María del Valle c/ Golman Christian Ezequiel s/ Despido*, 25/07/2008; CN Trab., Sala VII, *Buitrón, Patricia Noemí c/ Aqualine S.A. s/ despido*, 11/07/2001; CN Trab., Sala III, *Guisado de Jakobs, Paula c/ KB Servicios SA s/ Despido*, 05/03/1998.

Se ha entendido que existe una necesidad de evitar circunstancias de discriminación de género, en un país que pretende ser considerado como civilizado y enmarcado en el ámbito internacional (Pérez del Viso, 2009).⁵³

Sin lugar a dudas, ha resultado fundamental en la evolución del Derecho Laboral la protección de la mujer trabajadora en oportunidad de ser madre, es por ello que la legislación tanto nacional como internacional ha puesto especial énfasis en regular los derechos de la trabajadora frente a la maternidad, donde puntualmente el artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo establece una presunción *ad probationem* que la causa del despido se ha debido al estado de gravidez de la mujer.

Se habla de la existencia de un derecho de estabilidad como *status* específico de la embarazada, se encuentre o no en período de prueba, por lo que ha partir que la mujer notifica a su empleador de su estado de gravidez, nace una garantía de estabilidad

En síntesis, la interpretación auspiciada es fiel al principio según el cual en la inteligencia de normas legales debe preferirse la que mejor concuerde con las garantías y principios constitucionales, con lo cual lo que debe acreditarse será la existencia o no de discriminación como conducta reprochada por nuestra Carta Magna, en cuanto que más allá de las motivaciones que pueda animar al empleador a disolver el vínculo como la ley lo autoriza, la discriminación no puede estar presente en esa decisión.

Ergo, si en la desvinculación no se demuestra la existencia de discriminación, o por el contrario el empleador prueba que la ruptura fue motivada en que la empleada no pasó satisfactoriamente el período de prueba, el despido no generará resarcimiento alguno.

3.- El *Onus probandi*

Podemos afirmar, a esta altura del presente proyecto de investigación, que la cuestión que permitirá determinar la aplicabilidad o no de los artículos 178, 179 y 182 de la ley de Contrato de Trabajo, será la demostración o prueba que ha existido un acto de discriminación por parte del empleador.

⁵³PÉREZ DEL VISO, Adela; *Protección de la maternidad y la niñez, algunos aspectos de la Ley de Contrato de Trabajo*, 25/6/2009, MJ-DOC-4307-AR / MJD4307.

En primer lugar debemos tener presente que el artículo 178 de la Ley de Contratos de Trabajo establece una presunción *iuris tantum* a favor de la empleada, mediante la cual se va a entender que el despido fue motivado por el estado de embarazo si éste se produce siete meses y medio antes o después de la notificación y acreditación del estado de gravidez por parte de la dependiente.

Como podemos observar, el artículo mencionado posee una serie de principios para su aplicabilidad: A saber:

(i) Presunción *iuris tantum*

La prueba presuncional constituye un medio de convicción que recoge e interpreta hechos, circunstancias o indicios que aisladamente carecen de un sentido final, pero unidos por simientes lógicas permiten llegar a determinadas conclusiones por la fuerza de convicción. Ahora bien, esta presunción puede ser destruida por el empleador que demuestre que el despido se encuentra fundado en una causal objetiva, como por ejemplo la falta de productividad, aptitud, idoneidad para el trabajo.

A esa altura debemos tener presente que *indicium* es una derivación de *indiciere* que significa indicar, hacer conocer algo.

(ii) Notificación fehaciente de estado de gravidez

Como requisito formal para que opere la presunción se exige que la mujer embarazada haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo.

Es importante destacar al respecto, que por aplicación del principio de buena fe, que en empresas de poco personal, y frente a un estado de embarazo ostensible, no podrá alegar el empleador la falta de notificación para sustraerse de los efectos de la presunción.

(iii) Período de protección

La presunción establecida por la norma empieza a correr a partir de la notificación del estado de gravidez, y va a proteger a la empleada siete meses y medio antes y después de la fecha de parto.

Atento a la temática tratada, donde el plazo del período de prueba es de tres meses, resulta irrelevante un mayor abordamiento del mismo.

De lo expuesto, resulta claro que la cuestión vital y relevante será determinar sobre quién pesa el deber de probar la existencia o no de discriminación, y por consiguiente si la presunción establecida por el artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo resulta aplicable al período de prueba, donde como bien sabemos se exime al empleador de comunicar los motivos del despido decidido.

Nuevamente debemos afirmar que la jurisprudencia dictada al respecto no ha sido pacífica. A saber:

Parte de los tribunales⁵⁴ de la Nación han entendido que la presunción probatoria reglada por el artículo 178 no resulta aplicable, en cuanto la normativa especial dictada por el legislador –artículo 92 *bis* de la Ley de Contratos de Trabajo- no lo establece, afirmando que de entender lo contrario significaría desvirtuar el sentido tuitivo del régimen en cuestión.

Por su lado, y en un sentido diametralmente opuesto, el resto de la jurisprudencia⁵⁵ ha entendido que la carga probatoria que se impone al empleador en los casos que se alega discriminación, no implica desconocer lo dispuesto por la Ley 23.592, en cuanto quien se considere afectado de un acto de discriminación deberá en primer término demostrar poseer las características que considera motivantes del acto que se ataca, como así también de los elementos de hecho o suma de indicios en los que se funda la ilicitud esgrimida, quedando a cargo del empleador acreditar que el despido tuvo un motivo distinto.

⁵⁴ TSJ Sala Lab. Cba.; 28/02/06 - Sentencia Nº 6. Trib. Origen: Ctra. Sala VI Cba.; *Apaza, Amanda c/ Hugo R. Colombo u tro – Demanda – Rec. Directo*;

⁵⁵ CN Trab. Sala II, *Cresta, Erica c/ Arcos Dorados SA s/ Daños y perjuicios*, expte. 25.648/052, sent. 7/7/05; CN Trab. Sala III; *Scognamillo, María c/ Dadote Argentina S.A. s/ Despido*, expte. 13596/05, Sentencia 94.609 del 17/11/06.; CN Trab., Sala VII, *Buitrón, Patricia Noemí c/ Aqualine S.A. s/ despido*, 11/07/2001.

Lo expuesto significa que el trabajador debe aportar un indicio razonable, teniendo a su cargo la prueba del umbral de verosimilitud que permita lograr una convicción del acto discriminatorio sufrido, no bastando solo una mera alegación. Ahora bien, una vez demostrado el indicio razonable, el cual es demostrado mediante la notificación fehaciente del estado de gravedad, la presunción establecida en el artículo 178 opera plenamente.

Coincidiendo con esta última corriente jurisprudencial citada, entendemos que bastará para dar idoneidad a la alegación de discriminación, demostrar el estado de verosimilitud de que el hecho discriminatorio ha existido, que en la problemática abordada será la comunicación del estado de gravedad previa al despido, en cuyo caso por aplicación de la doctrina procesal de la carga dinámica de la prueba se genera una suerte de inversión de carga probatoria, trasladando el problema de la demostración al empleador.

Como podremos razonar, uno de los problemas que presentan los actos discriminatorios es la dificultad probatoria de los mismos, convirtiéndose prácticamente en uno de los casos de prueba imposible o negativa, de ahí que se justifica la aplicación de la carga dinámica de la prueba, en cuanto el empleador se encuentra en mejor condición de probar que el despido no fue por discriminación.

En definitiva, y siguiendo el criterio fijado por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “P.L.S. c/ Colegio público de Abogados de la capital federal s. amparo”⁵⁶ y “Alvarez, Maximiliano y otro c/ Cencosud. S.A. s/ acción de amparo”⁵⁷ podemos afirmar que frente a un despido donde se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio, resulta suficiente para la parte que alega dicho acto la acreditación de hechos que *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado demostrar que el distracto fue motivado por una causal objetiva distinta a la discriminación invocada, en razón que se encuentra en mejor condición y posición de aportar pruebas.

Es importante acentuar que lo afirmado no significa admitir presunciones inexistentes, como así tampoco de casos de inversión de la carga probatoria, sino que estamos

⁵⁶ CSJN fallo P. 489 XLIV, 15/11/2011.

⁵⁷ CSJN fallo 333:20306; 7/12/2010.

frente a la denominada carga dinámica probatoria, según la cual debe aportar las pruebas la parte que se encuentre en mejor posición de hacerlo.

Lo expuesto no significa que se exima de prueba a quien denuncia haber padecido un acto discriminatorio, ya que pesa sobre éste la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido.

No debemos perder de vista que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional, donde la ley 23.592 reglamenta el principio de igualdad del artículo 16 de la carta magna, y debe ser entendido como un ejemplo de la exigencia internacional de realizar por los estados partes acciones positivas tendientes a erradicar la discriminación, lo que obviamente alcanza a la interpretación que de aquella hagan los tribunales de la Nación.

CAPITULO IV

SANCIONES AJENAS A LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO

Como bien sabemos, en el año 1.988 se dictó en nuestro país la ley 23.592 destinada a prohibir y sancionar los actos de discriminación, facultando a los magistrados a pedido del damnificado a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización, y a reparar el daño moral y material ocasionado.

Puntualmente en su artículo 1° dicha norma estableció: *“Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”*.

En el presente capítulo se tratará de dilucidar si esta norma general, integrante del derecho común, se puede aplicar al derecho del trabajo frente a un caso de discriminación.

1.- El derecho a la reinstalación en el puesto de trabajo

De la norma citada, se puede observar que a pedido del damnificado de un acto de discriminación, éste puede solicitar la reinstalación en el puesto de trabajo mediante una acción sumaria de nulidad.

Frente al supuesto de un despido discriminatorio, y según la letra de la norma, la víctima del ilícito puede aceptar el distracto y pretender la reparación económica por los daños ocasionados. En este supuesto la indemnización de derecho común prevista por la presente norma es perfectamente compatible con la establecida por la norma especial, en tanto no contradice ninguna norma ni principio laboral.

En cambio, es fruto de arduas discusiones jurisprudenciales el hecho de aplicar la ley 23.592 frente a la pretensión del trabajador de ser reinstalado en su antiguo puesto de trabajo, lo que significaría un caso de reparación plena.

La oposición a aplicar la presente norma encuentra justificativo en el hecho en que se estaría privando de eficacia a la decisión patronal, sumado a que esta sanción prevista en la norma general resultaría incompatible con el sistema previsto por la norma laboral, que frente a casos de discriminación establece una indemnización agravada, pero siempre aceptando el hecho del despido.

Debemos tener presente que es una cuestión recientemente debatida, en cuanto que antes del año dos mil las pretensiones de las víctimas de actos de discriminación se circunscribían a la petición indemnizatoria.

Actualmente existen dos corrientes doctrinales y jurisprudenciales. Por un lado tenemos a la posición mayoritaria⁵⁸ que convalida el derecho de reinstalación en el puesto de trabajo del cesanteado, justificando dicha postura en cuanto el derecho a no ser discriminado posee rango constitucional dado por los artículos 14 bis y 16 de nuestra Carta Magna, como así también según los tratados internacionales incorporados por el artículo 75 inciso 22 de dicho cuerpo legal, tales como: Declaración Universal de Derechos y Deberes del Humanos, Declaración Americana de los Derechos del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entre muchos otros, a lo que debemos agregar según la temática abordada en el presente proyecto, la Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Convenios O.I.T. número 3 y 103 sobre la protección de la maternidad, Convención Americana de Derechos Humanos entre otros.

Respecto a la materia debatida en éste trabajo debemos destacar el fallo dictado por la Cámara Nacional de Trabajo Sala VII *in re* L.E.M. c/ Qualytel de latinoamerica S.A. s/ Despido⁵⁹, donde se convalidó la pretensión de la trabajadora en estado de preñez despedida durante el período de prueba respecto a su reinstalación en la empresa.

⁵⁸ CN Trab, Sala X, *Greppi c/ Telefónica de Argentina*, DT 2005-B-1476, 31-05-2005; CN Trab., Sala V, *Parra; Vera c/ Sn Timoteo S.A.*, sent. Del 14/6/2006; CN Trab, Sala VIII; *Romero c/ Hipódromo de Palermo*, Sent. 18-11-08; CN Trab., Sala IV, *Lascano c/ Ingeplavi*; Sent. 31/08/2009; entre muchos otros.

⁵⁹ CN Trab. Sala VII, *L.E.M. c/ Qualytel de latinoamerica S.A. s/ despido*, Sent. Del 5/8/2011.

Debe tenerse presente que la Ley de Contrato de Trabajo no excluye por su especialidad a la ley 23.592, y esto es así en cuanto no se trata de circunstancias idénticas, aunque sean los mismo bienes jurídicos protegidos. Más aún cuando estamos dentro del territorio del los derechos humanos y es de plena aplicación el principio *in dubio pro operario* el cual permite aplicar la norma más favorable al trabajador.

Es más, no existe incompatibilidad con la libertad de contratar que posee el empleador -artículo 19 de la Constitución Nacional- dado que la prohibición de discriminar constituye un límite infranqueable de dicha libertad.

Por último, corresponde señalar que de optarse por esta reparación plena que significa la reinstalación, no podrá pretenderse la indemnización agravada prevista por el artículo 182 de la Ley de Contrato de Trabajo.

En contraposición a lo expuesto, existe otra prestigiosa doctrina⁶⁰ -minoritaria- que se opone categóricamente a esta nueva tendencia de hacer extensiva la nulidad del despido prevista por la ley 23.592. Esta posición negativa se articula a través de dos argumentos principales:

- (i) La imposibilidad de aplicar la ley 23.592 a los despidos discriminatorios en cuanto significaría consagrar un régimen de estabilidad propia, contrariando así el régimen de estabilidad impropia establecido por la Ley de Contratos de Trabajo.
- (ii) La aplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito laboral significaría convalidar un régimen de estabilidad permanente, obligando al empleador a mantener a un trabajador por tiempo indefinido, violando de esta manera los derechos del empleador de contratar o no contratar

Como se podrá avizorar, la cuestión resulta compleja y de suma importancia, en cuanto de apoyar la tesitura que afirma la aplicabilidad de la norma 23.592 podría significar que un empleador se encuentre obligado a mantener a un empleado bajo su dependencia hasta su jubilación, siendo importante resaltar que la jurisprudencia dictada al respecto y que ha

⁶⁰ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge; *Ley de Contrato de Trabajo*, Bs.As.; Ed. La Ley, Tomo I, p. 586 y sig.

propiciado la aplicabilidad de la norma traída a conocimiento, nada ha especificado respecto a qué sucederá en el futuro con dicho empleado.

Como conclusión, podemos afirmar que la ley 23.592 no resulta contradictoria con los principios regidos por la ley laboral, es más resulta coincidente con lo reglado por el artículo 9 de dicho compendio normativo respecto a la aplicabilidad de la norma más favorable al empleado, más aún, no se puede admitir que una norma dictada en concordancia con los tratados internacionales, los cuales poseen rango constitucional, sea aplicada a todas las personas, menos a los trabajadores, en cuanto sería violatoria del artículo 16 de nuestra Carta Magna.

No debemos olvidar que el régimen normativo laboral busca equilibrar las fuerzas en el vínculo laboral, donde el trabajador obviamente resulta la parte débil del contrato, con lo que amerita la protección constitucional dada.

Al mismo tiempo debemos reconocer que esta estabilidad propia dada por la sentencia que ordena la reinstalación fenece con la reincorporación del trabajador, momento en el cual ha desaparecido el acto ilícito. Dicho en otros términos, con el efectivo reintegro del trabajador se da cumplimiento a lo ordenado por la sentencia, extinguiéndose así sus efectos y agotándose la acción que le ha servido de fundamento. A partir de dicho momento, el trabajador continuará amparado por la estabilidad impropia que siempre tuvo, armonizándose de esta manera los derechos y garantías de ambos polos de la relación laboral.

2.- La reparación por daño moral

Previo a adentrarnos a desarrollar el presente tema, debemos recordar algunos conceptos fundamentales que regulan el daño moral.

De manera prístina, podemos definir al daño moral como la lesión en los sentimientos que determinan dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación

pecuniaria.⁶¹

De un modo más general, pero no menos elocuente, se ha dicho que el daño moral es una modificación disvaliosa -ánimicamente perjudicial- del espíritu, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste.⁶²

En el ámbito de las contrataciones privadas, se reconoce de manera excepcional el deber de reparar por daño moral frente al incumplimiento obligacional de alguna de las partes.

En el contrato de trabajo sucede todo lo contrario, en cuanto que el trabajador debe cumplir la prestación a su cargo de manera permanente, incorporándose a una organización ajena, sometido en todo momento a las facultades direccionales y disciplinarias de la patronal.

Es decir que mientras en las contrataciones privadas se encuentran generalmente en juego valores económicos y excepcionalmente se pueden afectar bienes personales, en el contrato de trabajo, el empleado, por la situación de dependencia personal en que se encuentra, arriesga permanentemente sus bienes personales más valiosos, como la vida, el honor, la dignidad, bienes éstos que se encuentran expuestos a ser lesionados casi en forma directa, con lo cual el daño moral adquiere mayor gravedad.

En este orden de ideas, podemos afirmar que el trabajador posee una protección especial general que surge de los principios protectorios plasmados en el artículo 14 *bis* de nuestra Constitución Nacional, como así también en la propia ley de trabajo en sus artículos 65, 66, 75, 73, etc.

A lo expuesto debemos agregar -puntualmente para el caso de discriminación- la protección específica plasmada en el artículo 1^a de la ley 23.589, en cuanto tal como fuera desarrollado en el acápite que antecede, expresamente se establece el derecho de la víctima

⁶¹ CNCiv, Sala J, 1/6/93, “*Silvero Rodríguez de Aquino, Eugenia c Empresa Transporte Alberdi S.A. y otro*”, La Ley, 1993-E-109 y DJ, 1994-I-141, entre otros.

⁶² PIZARRO, Ramón Daniel, Reflexiones en torno al daño moral y a su reparación, en JA, 1986-II-900, ídem, Daño moral, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, Pág. 47; concepto -a su vez- receptado por la SCBA en fallo del 20/9/94, in re “*Colman c. Clínica del Niño de La Plata*”, DJBA, 147-7293, entre otros.

del hecho ilícito de discriminación la posibilidad de requerir la reparación del daño moral ocasionado.

Como ya fue dicho, existe una compatibilidad entre la norma traída a conocimiento – ley 23.589- con los preceptos reglados por la Ley de Contrato de Trabajo mediante la cual se puede aplicar de manera complementaria la indemnización por daño moral al trabajador discriminado por su empleador, en cuanto ésta reparación está prevista por la norma como un resarcimiento autónomo.

Debemos tener presente que la responsabilidad patronal frente a un caso de despido puede resultar contractual, la cual es abarcada por la indemnización tarifada prevista en la norma laboral, como así también extracontractual si es que el empleador con motivo u ocasión del despido comete en un acto ilícito –discriminación- no representativo de una mera inejecución de las obligaciones derivadas de la relación laboral (De la Fuente, 2010)⁶³

En definitiva, podemos afirmar que frente al caso concreto de un hecho ilícito de discriminación, la empleada en estado de embarazo podrá consentir el distracto pretendiendo la indemnización tarifada prevista en la Ley de trabajo en su artículo 182, “o” por el contrario pedir la reinstalación en el puesto de donde fuera cesanteada, pero en cualquiera de las opciones elegidas y de manera complementaria y accesorio podrá requerir la reparación del daño moral ocasionado.

⁶³ DE LA FUENTE, Horacio H; *Tratado jurisprudencial y Doctrinario – Derecho del Trabajo. Relaciones individuales, Textos completos / Dir. Miguel Angel Pirolo*, 1ra. Ed., Bs. As., Ed. La Ley, 2010. p. 1346.

CAPITULO V

CONCLUSIONES

Llegando al final del presente proyecto, estamos en condiciones de afirmar que la empleada en estado de preñez, frente a un despido incausado, independientemente que se encuentre en el período de prueba reglado por el artículo 92 *bis* de la Ley de Contrato de Trabajo, goza de la protección normativa prevista tanto en la Ley de Contrato de Trabajo, como así también y de manera acumulativa por la ley 23.589.

En la interpretación armónica tanto de la norma especial como general auspiciada, debe prevalecer la que mejor concuerde con las garantías y principios constitucionales, con lo cual lo que debe acreditarse será la existencia o no de discriminación como conducta reprochada por nuestra Carta Magna, en cuanto que más allá de las motivaciones que pueda animar al empleador a disolver el vínculo como la ley lo autoriza, la discriminación no puede estar presente en esa decisión, debido a que el derecho a no ser discriminado es un derecho humano que se estructura en nuestro país a través de un plexo jurídico no homogéneo y que es necesario correlacionar para establecer sus alcances reales.

Es más, resulta claro que el derecho y garantía reconocido a la empleada embarazada no posee incompatibilidad con la libertad de contratar o no que posee el empleador -artículo 19 de la Constitución Nacional- dado que la prohibición de discriminar constituye un límite infranqueable de dicha libertad, caso contrario significaría reconocer a la parte fuerte del vínculo laboral -esto es el empleador- *un bill de indemnidad*.

En definitiva, y no importando que la empleada se encuentre transitando el período de prueba de una relación laboral, una vez hecho conocer el estado de gravidez a su empleador, goza de un *status* especial, adquiriendo por consiguiente la tutela prevista por la Ley de Contrato de Trabajo con más la establecida en la ley 23.589, donde todo distracto se presumirá como discriminatorio salvo prueba en contrario que debe producir la patronal en virtud de la regla procesal de la carga dinámica probatoria en cuanto es quien se encuentra en mejor posición para producir la misma.

Tras esta inversión del *onus probandi*, el empleador deberá demostrar, más allá que el artículo 92 *bis* no lo exige, que el despido se encuentra fundado en una causal objetiva, la cual podrá ser la falta de productividad, aptitud, idoneidad para el trabajo, inconductas, etc.

Por lo expuesto, probada la discriminación padecida por la mujer en estado de preñez despedida, ésta podrá solicitar por vía sumaria su reincorporación al puesto de trabajo del cual fuera cesanteada con más los daños materiales (salarios caídos) y daño moral, o por el contrario podrá aceptar la recisión del vínculo y pretender la indemnización agravada reglada por el artículo 182 de la ley laboral, con más el daño moral ocasionado.

Intentando dar un cierre al presente trabajo, deseamos destacar que nuestra principal intención a lo largo de estas líneas -lejos de proponer verdades incuestionables- fue analizar y poner en resalto el alcance limitado del período de prueba en las relaciones laborales, y su posición de sumisión frente a garantías incuestionables tuteladas por nuestra Constitución Nacional, bregando para que nuestros tribunales de manera unánime interpreten la norma de modo armónico, es decir en vez de contraponer una norma con otra, las integren de manera tal que contribuyan al logro del objetivo que tuvo en miras el legislador al dictarlas, y de esta manera contribuyan a la concreción del bien común.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

A.- Bibliografía

1. ACKERMAN, Mario E.; *Tratado del derecho del Trabajo – Teoría General del derecho del Trabajo*; Tomo I; 1ra. Edic. – Santa Fe – Argentina – Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005.p.307.
2. BIDART CAMPOS, Germán; *Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio pro homine*; Ed. Editar; Bs. As. - 2000.
3. DE LA FUENTE, Horacio H; *Tratado jurisprudencial y Doctrinario – Derecho del Trabajo. Relaciones individuales, Textos completos / Dir. Miguel Ángel Pirolo*, 1ra. Ed., Bs. As., Ed. La Ley, 2010. p. 1346.
4. ETALA, Carlos A.; *Contrato de trabajo*; Ed. Astrea, Bs. As. – Argentina- 1998. ps. 205/206.
5. ETALA, Carlos A.; *Contrato de Trabajo Ley 20744 texto ordenado según decreto 390/76 Comentado, anotado y concordado, 3ra. Edición*. Bs. As. – Argentina, Editorial Astrea. 2000.
6. FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos. *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y Anotada. 1ra. Edición*. Buenos Aires – Argentina. Editorial La Ley. 2009.
7. LÓPEZ, Justo; CENTENO; Norberto O. y FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos; *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*; 2da. Ed. Act.; Ediciones Contabilidad Moderna; Bs. As. – Argentina; 1978; p134
8. MIROLO, René Ricardo. *Curso de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, 2da. Edición actualizada. Córdoba – Argentina. Editorial Advocatus. 2003.
9. MONTROYA MELGAR, Alfredo; *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Ed. Tecnos; Madrid; 2000.
10. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel; *Derecho del Trabajo*, 9na. Edición, centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.
11. PIROLO, Miguel A.; *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho del Trabajo. Relaciones individuales*; 1ra. Ed. Bs. As. – Argentina; Ed. La Ley; 2010.
12. RAINOLTER, Milton. “*Reformas a la ley de contrato de trabajo. Ley 25.877*”. Bs. As. – Argentina, Editorial Astrea. 2004.

13. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA; *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1992.
14. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge; *Ley de Contrato de Trabajo*, Bs.As.; Ed. La Ley, Tomo I, p. 586 y sig.
15. SCHIAFFINO, Carlos; *Diccionario jurídico polilingüe*; Ed.La Roca; Bs. As. – Argentina; 1996; p.129.
16. TOSELLI, Carlos Alberto – GRASSIS, Pablo Martín – FERRER, Juan Ignacio. *Violencia en las relaciones laborales (discriminación – Moobing – Acoso Sexual)*. Córdoba – Argentina. Editorial Alveroni. 2007.

B.- Jurisprudencia

1. CN Trab., Sala VII, *in re Adriél, Fernando c/ Tsolokian, Rubén s/ Despido*, sent. 33.011.
2. CN Trab., Sala II, *Alvarenga, Cinthia Silvina c/ Sistemas Temporarios SA y otro s/ Despido*, 16/04/2004.
3. TSJ Sala Lab. Cba.; 28/02/06 - Sentencia N° 6. Trib. Origen: Ctra. Sala VI Cba. *Apaza, Amanda c/ Hugo R. Colombo u tro – Demanda – Rec. Directo*.
4. CN Trab., Sala VII, *Buitrón, Patricia Noemí c/ Aqualine S.A. s/ despido*, 11/07/2001.
5. CN Trab. Cba. Sala X, *Carbery, Jorge Hugo c/ Orígenes S.A. – A.F.J.P. – demanda*, (voto de mayoría), 22/05/1998.
6. CN Trab. Sala II, *Cresta, Erica c/ Arcos Dorados SA s/ Daños y perjuicios*, expte. 25.648/052, sent. 7/7/05.
7. CN Trab. Sala VII, *Granja c/ Receptivo Península S.R.L. s/ Despido*, DT, 2000.A.1251, 9/12/1999.
8. CN Trab, Sala X, *Greppi c/ Telefónica de Argentina*, DT 2005-B-1476, 31-05-2005.
9. CN Trab., Sala III, *Guisado de Jakobs, Paula c/ KB Servicios SA s/ Despido*, 05/03/1998.
10. CN Trab., Sala VII, *Franco Cynthia Vanesa c/ Coto C.I.S.A. s/ despido*, 22/09/2009.
11. CN Trab. Sala VII, *L.E.M. c/ Qualytel de latinoamerica S.A. s/ despido*, Sent. Del 5/8/2011.
12. CN Trab., Sala IV, *Lascano c/ Ingeplavi*; Sent. 31/08/2009.

13. CN Trab. Sala VIII, *Ledesma, Carlos Manuel c/ Veiba Producciones S.A.*, sent. 25.305 del 16/9/97.
14. CN Trab., Sala V, *Parra; Vera c/ Sn Timoteo S.A.*, sent. Del 14/6/2006.
15. CN Trab, Sala VII, *Pérez Cortés, Estela María del Valle c/ Golman Christian Ezequiel s/ Despido*, 25/07/2008.
16. CSJN, Fallos 98:20: 171:348; “*Pontet, Regina*” del 27-2-2001 y “*Seisdedos, Jorge y otro*” del 3-5-2001.
17. CSJN; *Fallos*: 236:588; 241:174; 295:237; 304:1039; 318:567.
18. CSJN fallo P. 489 XLIV, 15/11/2011.
19. CSJN fallo 333:20306; 7/12/2010.
20. CN Trab. Sala VIII, *Pretillo, Paola Natalia c/ Nas Argentina SA s/ despido*, 23/9/2008.
21. CN Trab, Sala VIII; *Romero c/ Hipódromo de Palermo*, Sent. 18-11-08.
22. CN Trab. Sala III; *Scognamillo, María c/ Dadote Argentina S.A. s/ Despido, expte. 13596/05, Sentencia 94.609 del 17/11/06.*
23. CNCiv, Sala J, 1/6/93, “*Silvero Rodríguez de Aquino, Eugenia c Empresa Transporte Alberdi S.A. y otro*”, La Ley, 1993-E-109 y DJ, 1994-I-141, entre otros.
24. CN Trab., Sala III, *Smorzeñuk, Graciela c/ Olea, José y otros*; 29/02/00 (DT, 2000-B; 1981).

C.- Doctrina

1. ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; *La vigencia del principio pro operario*, en AA. VV., *Cuestione actuales del derecho del trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho de Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid 1990.
2. CAUBET, Amanda B; *La estabilidad especialmente protegida durante el período de prueba*”; DL Errepar, T. XII, p. 808 y stes.
3. MARTÍNEZ VIVOT, Juan; *Despido de una trabajadora embarazada durante la vigencia del período de prueba*, 1/1/1998, MJ-DOC-5347-AR / TySS, 1998-1042 / MJD5347.

4. MARTÍNEZ VIVOT, Julio en TySS 1998; p. 1042; CARCAVALLO, Hugo R, en TySS 1995, p.329.
5. PÉREZ DEL VISO; Adela; *Protección de la maternidad y la niñez, algunos aspectos de la Ley de Contrato de Trabajo*, , 25/6/2009, MJ-DOC-4307-AR / MJD4307.
6. PIZARRO, Ramón Daniel, *Reflexiones en torno al daño moral y a su reparación*, en JA, 1986-II-900, ídem, Daño moral, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, Pág. 47; concepto -a su vez- receptado por la SCBA en fallo del 20/9/94, in re “Colman c. Clínica del Niño de La Plata”, DJBA, 147-7293, entre otros.
7. SERRANO ALOU, Sebastián; *Actualización de la protección de la mujer embarazada*, 28/7/2010, MJ-DOC-4774-AR / MJD4774.

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	Chmelar, Francisco Lucas
E-mail:	flc@efd.com.ar
Título de grado que obtiene:	Abogado

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	“El embarazo en el periodo de prueba – Garantías constitucionales en pugna”
Título del TFG en inglés	“The pregnancy in the probation period - Constitutional rights in struggle”
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	IDC
Integrantes de la CAE	Dr. Juan Manuel Mocoroa y Dante Esteban Rossi
Fecha de último coloquio con la CAE	15/8/2012
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	TFG en archivo Word – Formato PDF

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

Autorización de Publicación electrónica:

- Si, inmediatamente**
- Si, después de mes(es)**
- No autorizo**

Firma del alumno