



PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD DURANTE
EL PERÍODO DE PRUEBA EN
LA RELACION LABORAL

CARRERA: ABOGACÍA

ALUMNA: MODENA, LAURA

LEGAJO: VABG 42357

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Siglo 21.
Por darme la oportunidad de crecer en el conocimiento.

Al CAU-JUJUY .
Un grupo hermoso de gente con gran compromiso en lo que hacen.

A quien me acompañó en este camino buscando siempre que mi desempeño sea
correcto, Dr. Héctor R. Massa

A mis padres, incansables en dar.

A la hermosa familia que me apoyó sin límites y con sabiduría supieron esperar y
esperar.

RESUMEN

Para la realización del presente Trabajo Final de Grado (TFG) se ha seleccionado como tema de análisis la protección de la maternidad durante el período de prueba.

La posibilidad de perder el empleo cuando la mujer queda embarazada es muy alta dado que los empleadores son reacios a mantener en sus puestos a mujeres grávidas por todo lo que este estado conlleva y que aquellos perciben como pérdidas para ellos.

Para evitar que el estado de gravidez de la trabajadora se convierta en motivo de despido la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) prevé la prohibición del mismo con fundamento en dicha causal, estableciendo en el art. 181 una presunción a favor de la mujer embarazada, de que el despido realizado dentro de los plazos estipulados por la ley obedece a esta causa. Si ello ocurre, el empleador está obligado a pagar una indemnización especial como sanción por haber contrariado la prohibición establecida en la norma.

Sin embargo, existe un punto que ha generado discrepancia, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, y es el relacionado con el embarazo de la mujer en el período de prueba, teniendo en cuenta que se trata de un período especial en el que la propia ley establece, en el art. 92 bis, la posibilidad para ambas partes de extinguir el contrato, a la vez que libera al empleador de la obligación de indemnizar.

El quid de la cuestión está en determinar si el embarazo posee entidad suficiente para alterar el *status* jurídico que resulta del período de prueba atento no existe norma que contenga tales previsiones o si se trata de un despido discriminatorio debiéndose abonar la indemnización especial prevista en el art. 182 de la LCT.

Palabras Claves: protección de la maternidad – período de prueba- indemnización especial – despido discriminatorio.

ABSTRACT

For the realization of the present Final Degree Project (FDP) the protection of maternity during the trial period has been selected as the topic of analysis.

The possibility of losing a job when a woman becomes pregnant is very high given that employers are reluctant to keep gravid women in their positions because of everything that this state entails and that they perceive as losses for them.

In order to avoid that the pregnancy status of the worker becomes grounds for dismissal, the Labor Contract Law (LCL) provides for the prohibition thereof based on said cause, establishing in art. 181 a presumption in favor of the pregnant woman, that the dismissal carried out within the periods stipulated by the law obeys this cause. If this occurs, the employer is obliged to pay special compensation as a penalty for having contravened the prohibition established in the standard.

However, there is a point that has generated discrepancy, both in the doctrine and in the jurisprudence, and is related to the pregnancy of women in the trial period, taking into account that it is a special period in which the own law establishes, in art. 92 bis, the possibility for both parties to terminate the contract, while releasing the employer from the obligation to compensate.

The quid of the matter is to determine if the pregnancy has sufficient entity to alter the legal status resulting from the careful trial period there is no rule that contains such provisions or if it is a discriminatory dismissal must be paid the special compensation provided in art. . 182 of the LCT.

Key Words: maternity protection - trial period - special compensation - discriminatory dismissal.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I.....	14
El Contrato de Trabajo y el Período de Prueba.....	14
Introducción	15
1.1 Contrato de Trabajo.....	16
1.1.1 Concepto.....	16
1.1.2 Objeto del Contrato de Trabajo	17
1.1.3 Relación de Trabajo.....	18
1.1.4 Derechos y Deberes de las Partes del Contrato de Trabajo.....	19
1.1.5 Contrato de Trabajo por Tiempo Indeterminado.....	19
1.2 Período de Prueba.....	20
1.2.1 Concepto.....	20
1.2.2 Antecedentes Legislativos del Período de Prueba.....	21
1.2.3 Propósito del Período de Prueba.....	22
1.2.4 Características del Período de Prueba	24
1.2.5 Determinación de la naturaleza Jurídica del Período de Prueba	26
1.2.6 El Período de Prueba en el Derecho Comparado	27
Conclusiones Parciales.....	28
CAPÍTULO II	31
Principios Protectorios y Extinción del Contrato de Trabajo.....	31
Introducción	32
2.1 Principios del Derecho Laboral.....	33
2.1.1 Concepto.....	33
2.1.2 Función de los Principios Laborales.....	33

2.1.2 Principio Protectorio.....	34
2.1.3 Principio de Continuidad del Contrato	36
2.2 Extinción del Contrato de Trabajo	40
2.2.1 Despido: Concepto	40
2.2.2. Protección contra el Despido sin Causa	42
2.2.2.1 Indemnización: Concepto	42
2.2.2.2 Preaviso.....	43
Conclusiones Parciales	44
CAPÍTULO III	46
Protección de la Maternidad en la Legislación Vigente en Argentina.....	46
Introducción	47
3.1 Situación Laboral de la Mujer en la Historia	48
3.2 Maternidad	48
3.2.1 Concepto de Maternidad.....	48
3.2.2. Función Social de la Maternidad	50
3.3 Protección Legal de la Mujer Trabajadora en el Ordenamiento Jurídico Argentino	50
3.3.1 Constitución Nacional	50
3.3.1.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	51
3.3.2.2 Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.....	51
3.3.2.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	51
3.3.2 Leyes Laborales	52
3.3.3 Convenio 183/2000 de la OIT sobre la Protección de la Maternidad	54
3.4 Requisito de Procedencia de la Protección de la Maternidad	56
Conclusiones Parciales	58

CAPÍTULO IV	61
CRITERIOS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN EL PERÍODO DE PRUEBA	61
Introducción	62
4.1 Posiciones Doctrinarias sobre la Protección de la Maternidad en el Período de Prueba ...	63
4.1.1 Doctrina Negatoria	63
4.1.2 Doctrina Favorable	65
4.2 La Situación en el Ámbito Jurisprudencial	66
4.2.1 Fallos que Admiten la Protección del Embarazo en el Período de Prueba.....	66
4.2.1.1 Causa: “L.E.M”	66
4.2.1.2 Causa “Giménez”	68
4.2.1.3 Causa: “Rouco”.....	71
4.2.2 Fallos Contrarios a la Protección de la Maternidad Durante el Período de Prueba.....	72
4.2.2.1 Causa: “Mendoza”	72
4.2.2.2 Causa: “Petrillo”	73
Conclusiones Parciales	75
CONCLUSIÓN	76
ABREVIATURAS	81
BIBLIOGRAFÍA.....	82
Doctrina	82
Legislación.....	84
Jurisprudencia.....	84
Otras Fuentes	86

INTRODUCCIÓN

El tema seleccionado para realizar el siguiente Trabajo final de Grado (TFG) gira en torno a las disposiciones del art. 182 de la Ley de Contrato de Trabajo que estipula una indemnización especial que debe abonársele al trabajador cuando el despido del mismo tiene como fundamento algunas de las causales previstas en dicha norma, en particular cuando se trata de una trabajadora que está en el período de prueba, esto es, durante los tres primeros meses del contrato por tiempo indeterminado según reza el art. 92 bis del mismo cuerpo legal.

Formar una familia es una de las decisiones quizás con mayor trascendencia en la vida de toda persona dado que sus implicancias no son pocas por lo que se trata de una determinación a partir de la cual girará el proyecto de vida de cada individuo.

Una cuestión relevante está relacionada con el aspecto económico ya que es necesario contar con los ingresos pecuniarios suficientes a los fines de procurar lo indispensable para el sustento de esa nueva célula social.

Si bien el dinero no es el eje sobre el cual se supone que gira todo lo atinente a la familia, esto es su desarrollo, proyecciones, planes, etcétera, es, sin dudas, un elemento de fundamental importancia a la hora de plasmar todo ello.

El trabajo es la actividad que le permite al hombre procurarse el dinero para su subsistencia y la de su familia. El hombre ha trabajado en todas las épocas de su evolución con diferentes matices en cada una de ellas.

Cuando algunos hombres descubrieron que podían apropiarse y beneficiarse de la fuerza laborativa de sus semejantes existió el trabajo esclavo. Con el devenir de los tiempos, sumado a la lucha por el reconocimiento de los derechos sociales aquella modalidad que había reducido al individuo al estado de cosa cedió dando paso a otras formas de trabajo, entre ellas el trabajo asalariado que puso las cosas en su lugar.

Este nuevo escenario laboral, comenzó a presentar situaciones que exigían, cada día con más fuerza, ser resueltas por leyes específicas lo que determinó la construcción del derecho

laboral, como rama autónoma del derecho, dedicada a regular las relaciones jurídicas que se establecían entre empleadores y empleados.

En un principio sólo se lograron leyes aisladas que solucionaban problemas puntuales como por ejemplo el descanso dominical, la ley de riesgos del trabajo, la ley de jornada de trabajo. Recién en el año 1974 se sancionó la Ley N° 20.744, Ley de Contrato de Trabajo (LCT), que vino a regular la mayoría de las vicisitudes que se suscitan en una relación laboral.

Dicha norma constituyó un verdadero avance en la materia dado que estableció conceptos que hasta ese momento habían sido de construcción doctrinaria o pretoriana. Entre ellos: el concepto de trabajo, de empresa, empresario, establecimiento, contrato de trabajo, relación de trabajo, trabajador, empleador. Determinó cuál es el objeto del trabajo, la forma y la prueba del contrato, los derechos y obligaciones de las partes, las modalidades del contrato de trabajo, la extinción del mismo, etcétera.

Una de las cuestiones más importantes que refleja la norma que se analiza es el cumplimiento de un principio del derecho del trabajo que es el de la conservación del contrato. Esto significa que, ante la duda de si el contrato es por tiempo determinado o indeterminado se estará por esta última.

Sin embargo, en el año 2004, la Ley N° 25.877 modificatoria de la 20.744, introdujo el art. 92 bis Del período de prueba, que en su primer párrafo establece: “El contrato de trabajo, por tiempo indeterminado se entenderá celebrado a prueba durante los primeros tres meses de vigencia” a esto le agrega que cualquiera de las partes podrá ponerle fin a la relación laboral sin expresión de causa pero con la obligación de preavisar.

A su vez, la ley de marras, regula lo atinente al trabajo de mujeres estableciendo la prohibición de discriminación, la protección de la maternidad, la protección contra el despido por causa de embarazo, la indemnización especial que se le debe abonar a la mujer cuando el despido ha tenido como causa el embarazo.

Con respecto a la indemnización especial establecida en el art. 182, la misma procede en caso de que el despido tenga como causa el embarazo o la maternidad, correspondiendo que se le abone a la trabajadora un año de remuneraciones que se acumulará a la indemnización establecida en el art. 245 del mismo cuerpo normativo.

Un punto lógico del cual se debe partir es de la suposición de que los artículos de la norma no pueden o no deberían contener desinteligencias o ambigüedades que dificulten su interpretación.

En lo que concierne a los artículos señalados existen contradicciones que se intentarán analizar a lo largo de la presente obra. Una de ellas es si el contrato es de tiempo indeterminado ¿por qué se ha estipulado que los tres primeros meses sean de prueba?, ello implica que la indeterminación no se verifica desde el primer día, algo que se contradice con el concepto de indeterminado que los operadores jurídico laborales pretenden al utilizar el término indeterminado como lo opuesto de determinado.

Si se presta atención a la definición de indeterminado que brinda el DRAE “sin límites precios, claros o definidos” se debe concluir que la indeterminación del contrato de trabajo sólo se refiere a lo que concierne a su extensión hacia el futuro dado que, como bien lo ha establecido el legislador, la iniciación real del contrato de trabajo se verificará luego de transcurridos los tres primeros meses. A partir de esta situación queda claro que el contrato de trabajo es determinado en su origen y esa determinación opera luego de transcurridos los tres primeros meses sin que las partes, o al menos el empleador haya hecho uso del derecho de extinguir la relación laboral sin consecuencias indemnizatorias.

De este modo, se configuraría, en principio, una situación arbitraria, de origen legal, que vulnera los derechos de la trabajadora que ha quedado embarazada en el período de prueba ya que el empleador, amparado por la norma, puede extinguir la relación laboral habida durante ese lapso sin obligación de pagar indemnización.

Otra de las cuestiones que se deberá analizar es si existe o no una relación laboral, en los términos que la propia norma define en el art. 22, durante esos tres primeros meses, atento que esta norma no hace referencia a temporalidades sino a la ejecución de actos, obras o servicios en favor de otra, bajo su dependencia voluntaria, mediante el pago de una remuneración.

Como objetivo general del presente trabajo se plantea analizar la procedencia de la indemnización del art. 182 de la LCT cuando se despide a la mujer que ha quedado embarazada en el período de prueba.

Asimismo, con la finalidad de permitir un desarrollo coherente y organizado del presente trabajo se plantean los siguientes objetivos particulares: analizar los aspectos generales del contrato de trabajo; analizar los principios del Derecho laboral y su incidencia como protección en la extinción del contrato de trabajo; analizar la protección de la maternidad en la normativa laboral argentina; analizar los criterios doctrinarios y jurisprudenciales sobre la procedencia de las disposiciones del art. 182 de la LCT cuando se despide a la mujer trabajadora en el período de prueba.

A su vez, como hipótesis de trabajo se plantea que la indemnización especial del art. 182 de la LCT debe serle abonada a la mujer trabajadora que ha quedado embarazada durante el período de prueba. Ello con sustento en las disposiciones del art. 177 de la LCT que establece en el párrafo 3ero la garantía para toda mujer, durante la gestación, de la estabilidad en el empleo constituyéndose en derecho adquirido a partir del momento en el que la trabajadora haya cumplido con el requisito de comunicar su estado de gravidez de manera fehaciente a la patronal.

Para demostrar la hipótesis planteada la siguiente pieza será estructurada en cuatro capítulos a los fines de desarrollar en cada uno de ellos un tema concreto el que culminará con

la exposición de conclusiones parciales que, a la postre, permitirán arribar a una conclusión final sobre el tópico seleccionado como fenómeno de análisis.

De este modo, en el primer capítulo se abordarán los aspectos generales relativos al contrato de trabajo como son su concepto, objeto, diferencia con la relación de trabajo, derechos y obligaciones de las partes involucradas en la relación laboral, las modalidades contractuales, el período de prueba, su concepto, antecedentes legislativos, finalidad del mismo, sus características, naturaleza jurídica, el período de prueba en el Derecho Comparado.

En el segundo capítulo los temas de análisis son los atinentes a los principios protectorios del Derecho Laboral, su concepto, funciones, el análisis específico del principio protectorio y sus tres reglas, el principio de continuidad del contrato, la extinción de la relación contractual, el concepto de despido, la protección legal contra el despido sin causa, la indemnización, el preaviso.

Ya en el tercer capítulo el foco de análisis estará puesto en la protección legal con la que cuenta la maternidad en Argentina. Para ello se analizará el concepto de maternidad, sus implicancias y función social cuestiones que la hacen merecedora de especial tuición normativa. Se repasará la protección constitucional y convencional, las LCT, la convención 183/2000 de la OIT, los requisitos que impone el art. 178 para que tal protección normativa se viabilice.

En el cuarto capítulo se revisarán las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre la aceptación o rechazo de la indemnización especial del art. 182 de la LCT cuando se despide a la mujer embarazada durante el período de prueba.

En la conclusión se realizará una breve reseña de los puntos más importantes analizados así como una reflexión personal sobre los mismos a los fines de determinar si se ha podido demostrar la hipótesis planteada.

CAPÍTULO I

El Contrato de Trabajo y el Período de Prueba

Introducción

El trabajo no siempre ha sido considerado dignificante para el hombre ya que su concepción ha variado de acuerdo a la época pasando así de ser un castigo, una humillación, a ser motivo de apropiación durante la esclavitud hasta adquirir los contornos que exhibe en la actualidad.

El trabajo puede ser realizado de manera autónoma, independiente o bien dependiente, es decir desarrollar tareas o actividades en beneficio de terceros a cambio de una contraprestación dineraria.

Una de las cuestiones que más zozobra genera para los trabajadores dependientes privados es la relacionada con la estabilidad laboral habida cuenta que la misma no está garantizada para ellos.

Aun cuando la normativa laboral argentina es especialmente protectora de los derechos de los trabajadores, cuestión criticada desde los sectores empresarios, contiene disposiciones que han generado controversias doctrinarias y jurisprudenciales que hasta el momento no se han podido zanjar.

Entre las cuestiones más debatidas se encuentra la referida al período de prueba que, sin ser un contrato autónomo, permite que los tres primeros meses de la relación laboral sean utilizados por ambas partes a los fines de que puedan evaluar la conveniencia o desventaja de proseguir una relación laboral. De este modo, el empleador puede en ese período justipreciar si el trabajador responde al perfil que su empresa necesita a la vez que el trabajador también puede decidir si la oferta laboral que se le plantea es la que satisface sus expectativas.

De acuerdo a la legislación vigente, la expresión de la voluntad rupturista de la relación laboral puede ser realizada por cualquiera de las partes en el período fijado sin que ello acarree obligaciones para ninguna de ellas.

1.1 Contrato de Trabajo

1.1.1 Concepto

En el art. 21¹ de la LCT se define al contrato de trabajo como aquel celebrado entre una persona física que se obliga a favor de otra, que puede ser física o jurídica, a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en su favor y con dependencia de ella durante un período de tiempo que puede ser determinado o no, mediante el pago de una remuneración. De la definición se extrae que el trabajo debe ser personal, que existe subordinación de quien lo ejecuta con respecto a quien se beneficia del mismo y que es oneroso cuestiones todas que determinan una relación de dependencia.

Sobre el particular, Mirolo (2003), enseña que el trabajo dependiente tiene determinados caracteres a los que describe de la siguiente manera:

- Personal, se trata de un trabajo *intuitu personae*, sólo puede ser realizado por la persona del trabajador lo que determina su infungibilidad;
- Intransferible, lo que se tiene en cuenta y se valora es la idoneidad, la capacidad y el talento para realizar determinadas tareas las que sólo posee ese trabajador determinado, lo que ha influido para que se le asignen determinadas tareas;
- Voluntario y libre dado que el sujeto sólo trabaja si lo desea, no es obligatorio y, además tiene la opción de elegir entre distintas oportunidades;
- Por cuenta ajena: el trabajador realiza las actividades por cuenta y orden de su empleador;
- Oneroso: el trabajador recibe una remuneración como contraprestación por el trabajo que realiza a la que también se la denomina sueldo o salario.

¹ Art. 21: Contrato de trabajo.

Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres.

- Dependiente o subordinado: consecuencia lógica de las facultades de organización y dirección que tiene el empleador.

1.1.2 Objeto del Contrato de Trabajo

El legislador ha definido de manera concreta lo que se entiende por trabajo en el art. 4² de la LCT, esto es, “toda actividad lícita que se preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración”, a continuación en el 2do párrafo de la norma se establece que se trata “de la actividad productiva y creadora del hombre en sí”.

Al respecto, De Diego (2002) sostiene que el legislador ha incluido la definición de trabajo en la norma con la finalidad de crear una pauta orientativa para aquellos que tiene que aplicar o interpretar la misma. Es así que de dicha definición se extraen los elementos esenciales del mismo para la norma laboral que son los siguientes:

- Actividad productiva: ya que a partir de la misma se generan bienes y servicios que son volcados al consumo;
- Actividad creadora: ya que el hombre puede manifestar su capacidad para producir cambios y transformaciones;
- Actividad lícita: se trata de una actividad legislada que, por lo tanto, no puede ser ilícita, es decir, contraria a la ley;
- Actividad dirigida: es el empleador el que la dirige y organiza;
- Actividad remunerada: se presta a cambio de una remuneración.

Ahora bien, según sostiene De Diego (2002) el trabajo también puede ser considerado desde otras dimensiones o ángulos habida cuenta que el mismo es tratado por distintas

² Art. 4º: Concepto de trabajo.

Constituye trabajo, a los fines de esta ley, toda actividad lícita que se preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración.

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

disciplinas, destacándose la sociológica en virtud de que el hombre es un ser gregario, que se organiza en grupos, que vive con sus congéneres. Es importante la visión del trabajo desde esta perspectiva ya que la misma tiene en cuenta las denominadas crisis laborales propias de la época actual, sobre todo el tema del desempleo que se erige como un verdadero flagelo social dedicándose a analizar sus causas, su desarrollo, su efecto sobre los trabajadores. En el mismo sentido, desde la psicología se aportan elementos de gran valor que son tenidos en cuenta desde los momentos previos a la contratación del empleado hasta la extinción de la relación laboral a los fines de contrarrestar los efectos que estas situaciones pueden provocar en él. Es también importante la consideración del trabajo desde la perspectiva económica ya que el mismo es factor de producción para la organización y sustento del individuo. Considerar al trabajo desde estas diferentes ópticas permite obtener una visión holística del mismo a los fines de comprender la importancia que el mismo posee tanto para las organizaciones como para los sujetos en particular.

1.1.3 Relación de Trabajo

La relación de trabajo implica la ejecución de las actividades pactadas en el contrato, esto es, el cumplimiento efectivo de las prestaciones a cargo de las partes que consiste en la ejecución de obras, actos o servicios por parte del trabajador y el pago de la remuneración por parte del empleador. La LCT en el art. 22³ define a la relación de trabajo, en el art. 23⁴ estipula lo atinente a la presunción de que existe un contrato de trabajo toda vez que se estén ejecutando las prestaciones pactadas. Se trata de una presunción *iuris tantum*, es decir que admite prueba

³ Art. 22: Relación de trabajo.

Habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen.

⁴ Art. 23: Presunción de la existencia del contrato de trabajo.

El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario.

Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio.

en contrario cuya principal importancia radica en el hecho de que se constituye en una herramienta anti fraude que permite facilitar la prueba de que existe el contrato de trabajo, para lo cual sólo será suficiente demostrar que la persona puso su fuerza laborativa a disposición del empleador (De Diego, 2002).

1.1.4 Derechos y Deberes de las Partes del Contrato de Trabajo

Como todo contrato, el de trabajo también estipula qué derechos y qué obligaciones tienen tanto el empleador como el empleado lo que queda establecido en el texto del art. 62⁵ de la LCT.

Existen las denominadas prestaciones específicas para cada parte como son el pago del salario por el empleador y la ejecución de las actividades por el trabajador. A su vez, existen un cúmulo de los denominados derechos-deberes en virtud de que todo lo que sea obligación para uno será derecho para el otro los que quedan comprendidos en los principios de colaboración y solidaridad que debe existir en la relación entre las partes. De este modo, la colaboración se manifiesta en el desarrollo de las conductas debidas y razonables que se esperan de ambas partes a la vez que la solidaridad se trasunta en el apoyo que se brindan ambas partes con el objetivo de lograr los fines que cada una de ellas pretende y de los que cada una obtiene sus respectivos beneficios (Mirolo, 2003).

1.1.5 Contrato de Trabajo por Tiempo Indeterminado

Como el mismo acápite lo expresa se trata de un contrato en el que no existe delimitación temporal en lo que respecta a su vigencia. Se trata del contrato que tiene un comienzo determinado pero no tiene preestablecida su extinción por lo que se supone que la

⁵ Art. 62: Obligación genérica de las partes.

Las partes están obligadas, activa y pasivamente, no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, resulten de esta ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad.

misma acaecerá en el momento en el que el trabajador se encuentre en condiciones de acogerse al beneficio de la jubilación (Vázquez Vialard, 1999).

La LCT en el art. 90 establece una presunción *iuris tantum* al afirmar que, en general, el contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado, salvo que se haya pactado previamente lo contrario, a cuyos efectos es el empleador el que debe acreditar estos extremos mediante un acuerdo expreso y por escrito debiendo demostrar las causas por las que contrata bajo la modalidad a plazo determinado. Para algunos doctrinarios la indeterminación del plazo es una cuestión que se liga indefectiblemente a la controvertida figura de la estabilidad en el empleo que, para los empleados privados, es relativa. (Vázquez Vialard, 1999).

1.2 Período de Prueba

1.2.1 Concepto

El período de prueba es un lapso de tiempo, tres meses, durante el cual cualquiera de las partes puede decidir la no continuación de la relación laboral sin que ello le genere responsabilidades. Esto es importante sobre todo para el empleador que tiene a su favor este período para determinar si la persona seleccionada es la adecuada para el puesto, es decir, puede evaluar su rendimiento y determinar si cumple con el perfil requerido. Si la persona no cumple con lo pretendido el empleador tiene la facultad de decidir la interrupción de la relación laboral debiendo comunicarle su decisión a la persona con una antelación de quince días, todo lo que está expresamente estipulado en los artículos 92 bis y 231 de la LCT. Cabe agregar que durante este período el empleador está igualmente conminado a cumplir con el resto de las obligaciones que la legislación laboral vigente le impone como es la debida registración, las obligaciones con los organismos de la seguridad social, contar con ART, entre otras (Recalde, 2000).

Según sostiene Etala (2000) se trata de un período de carencia, esto es, se establece un paréntesis temporal que es necesario que transcurra 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) se trata de un verdadero contrato de trabajo en el que las partes pueden analizar las condiciones que regirán en el futuro cuando se concrete el contrato definitivo. De esta manera, durante su ejecución ambas partes mediante la ejecución de las prestaciones respectivas podrán evaluar la continuidad o no de la relación laboral.

Por su parte, Literio (2000), entiende que se trata de un testeo que les es útil a ambas partes dado que el empleador puede constatar las habilidades del postulante al puesto que ofrece y el empleado puede decidir analizando las ventajas y desventajas del mismo.

A su vez, Rodríguez Mancini (2000), sostiene que este instituto reconoce sus orígenes en ordenamientos jurídicos de otros países en los que se considera que es justo que las partes que se van a involucrar en una relación laboral puedan experimentar si la misma responde a sus necesidades y si, por lo tanto, les es conveniente. De este modo, ninguna de las partes queda obligada con la otra si asumen la decisión de no continuar con aquella relación.

1.2.2 Antecedentes Legislativos del Período de Prueba

Por medio de la Ley N° 24.465, Ley de Fomento del Empleo (LFE) sancionada en el año 1995, se incorporó el art. 92 bis a la LCT. En su primer párrafo se expresaba: “El contrato de trabajo por tiempo indeterminado se entenderá celebrado a prueba durante los primeros tres meses. Los convenios de trabajo podrán ampliar dicho plazo hasta seis meses”. Lo establecido no ofrecía dudas interpretativas sobre la extensión del plazo expresada en el artículo según fuere la situación. Sin embargo, se comenzaron a suscitar dudas con respecto a si se trataba de un contrato distinto, independiente que luego podría transformarse en un contrato por tiempo indeterminado o no. La incertidumbre encontraba sustento en el propio texto del artículo que, en su octavo inciso expresaba: “Los convenios colectivos de trabajo podrán establecer

porcentajes con relación a la contratación de trabajadores a prueba, así como la prioridad para el ingreso en el incremento de la planta efectiva”, esta mención de porcentajes era la generadora de las dudas sobre el particular al establecer dado que, desde algunos sectores empresarios se quiso aprovechar la oportunidad para que se lo tuviera como un contrato autónomo en tanto desde las organizaciones sindicales se bregaba porque el mismo fuera entendido como parte del contrato. Esta discusión finalmente fue zanjada en el año 1997 mediante el Dictamen 1548/97 que estipulaba: “El instituto del período de prueba no es una modalidad nueva de contratación o contrato promovido sino el transcurso de los tres primeros meses de un contrato laboral por tiempo indeterminado”. (Recalde, 2000).

Con Posterioridad, la Ley N° 25.013 sancionada en el año 1998 redujo el período de prueba a sólo treinta días. En el art. 4 de esta ley se establecía que a partir de su entrada en vigencia se aplicaría en todos los casos, aclarando que su aplicación no resultaba retroactiva a los contratos de trabajo en período de prueba que a la fecha de dicha vigencia se encontraban en curso los que debían continuar hasta su finalización conforme el régimen en el cual habían tenido su origen (Recalde, 2000).

Asimismo, mediante la Ley N° 25.250, LEE, se introdujeron nuevas disposiciones a través del art. 1 que modificaron las ya existentes con respecto al período de prueba si se trataba de una pequeña empresa la que, a su vez es definida por la Ley N° 24.467 a través de su art. 83. En el mencionado artículo se establecen que el período de prueba en estos casos será de seis meses, en tanto su extensión podrá ser de hasta doce meses cuando se trate de trabajadores calificados entendiéndose por tales a los que el respectivo convenio determine.

1.2.3 Propósito del Período de Prueba

A los fines de determinar la finalidad con la que el legislador introdujo el período de prueba es importante traer a colación el Mensaje de Elevación del P.E.N. que acompañó al proyecto de ley

24.465 en el que se señaló que la principal finalidad de la figura encontraba apoyatura en la necesidad de facilitar la entrada de nuevos trabajadores y de estimular su contratación. Asimismo, el Mensaje de Elevación de la ley 25.250 aclaró que se quiso restituir a la institución su sentido de adaptación y comprobación de la capacidad del trabajador, predicando que el mismo no será más utilizado como una modalidad contractual en un claro reconocimiento de que el mismo podía ser empleado con finalidad distinta a la predicada por la norma (Rodríguez Mancini, 2000).

Como ya fuera señalado supra el período de prueba fue introducido por el legislador a los efectos de que ambas partes pudieran evaluar, dentro del lapso temporal establecido, la conveniencia o no de continuar la relación laboral. De este modo el empleador cuenta con la posibilidad de justipreciar las habilidades, la capacidades, el desenvolvimiento, el grado de adaptación que presenta el empleado y así decidir si todo ello se ajusta o coincide con el perfil de trabajador que pretende pudiendo, de no ser así, extinguir la relación laboral sin que ello le acarree ningún tipo de obligaciones como puede ser, por ejemplo, el pago de una indemnización por despido. Del mismo modo, el empleado podrá evaluar si ese puesto de trabajo para el que se postuló responde a sus expectativas ya sea en cuanto al tipo de empresa, el horario, el salario, entre otras cuestiones.

En cuanto a los propósitos previstos para la figura que se analiza, Etala (2000) señala que resulta ser un medio que le permite al empleador apreciar aptitudes y destrezas que ostenta el trabajador, para cubrir así los puestos de trabajo vacantes. De este modo, el autor en cita entiende que la figura ha sido introducida sólo para beneficio del empleador habida cuenta que no se puede esconder la realidad de que la elección del empleador por parte del empleado resulta ser una excepción, casi una utopía, para una época y una sociedad que atraviesa grandes problemas económicos como la Argentina de donde se colige que difícilmente el período de prueba resulte un instrumento pensado para el empleado que acuciado por las necesidades toma el trabajo que se le ofrece.

1.2.4 Características del Período de Prueba

Según sostiene Etala (2000) el período de prueba resulta ser la parte inicial del contrato laboral, esto es, forma parte del contrato pero no puede ser entendido ni utilizado como una etapa preliminar a la contratación definitiva pretendiendo que se trata de un contrato autónomo e independiente. Sigue expresando el autor en cita que lo que verdaderamente sucede es que se produce la suspensión de la protección o tutela del derecho a la estabilidad. Esta situación torna dificultoso tomar la decisión en cuanto a que si se ha tratado de un tiempo de examinación de las habilidades del trabajador o si el empleador está haciendo uso indebido del mismo a los efectos de beneficiarse con una postergación que lo favorece al no tener que desembolsar una indemnización por despido ni, peor aún, ser responsable de un despido discriminatorio del trabajador.

Es menester resaltar y dejar sentado que la intención del legislador al introducir el período de prueba reglado por el art. 92 bis de la LCT lo que ha pretendido es regular 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 ello surge como corolario que no debe perderse 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 (Etala, 2000).

Con apoyatura en esta posición doctrinaria se han resuelto algunas causas en los estrados tribunales del país entre los que se pueden citar el fallo dictado en la causa “Pérez Cortés Estela María del Valle c/ Golman Christian Ezequiel s/ despido”⁶ en el que el tribunal sostuvo que si bien durante el período de prueba se genera una carencia en el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, el mismo debe ser observado como posible factor fortalecedor de la continuidad del vínculo. Para su consideración es indispensable entender que si se sospecha que

⁶ Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala/Juzgado: VII. Partes: Pérez Cortés Estela María del Valle c/ Golman Christian Ezequiel s/ despido. Fecha: 25-jul-2008

no se está frente a una decisión que tiene fundamento en la falta de aptitudes del trabajador, es el empleador quien debe asumir el *onus probandi* y desplegar el esfuerzo de la carga probatoria que demuestre que no existió el acto discriminatorio. Todo ello en virtud de que, sin dudar de la utilidad del período de prueba, el mismo debe aplicarse con el cuidado que requiere tener en cuenta que la carencia de tan preciado bien, como es la estabilidad en el empleo, sólo puede ser tolerada a los fines de lograr una mejor y mayor perdurabilidad del contrato de trabajo y que no puede aceptarse la sospecha de su utilización con otros fines.

Sin embargo, también se encuentran fallos en los que la posición doctrinaria señalada no es compartida por lo que los decisorios son diametralmente opuestos tal lo acontecido en autos: “Petrillo Paola Natalia c/ Nas Argentina S.A. s/ despido”⁷ en el que el juzgador entendió que el embarazo de la trabajadora no posee virtualidad para alterar el *status* jurídico que resulta del período de prueba, donde cualquiera de las partes está legitimada para denunciar la relación de trabajo sin responsabilidad indemnizatoria alguna. Para dar apoyatura al decisorio la Cámara sostuvo que durante el período de prueba cualquiera de las partes está legitimada para denunciar la relación de trabajo sin responsabilidad indemnizatoria y que es a su término cuando se consolida retroactivamente la vigencia de la relación de trabajo, y el trabajador comienza a gozar de la llamada estabilidad relativa impropia situación que lo hace acreedor a la indemnización por despido si no ha existido una justa causa rigiendo con anterioridad la libertad de despido, sin responsabilidad indemnizatoria.

Como características del período de prueba y, siguiendo a De Diego (2002), se pueden mencionar los siguientes:

- Plazo de vigencia determinado por la ley;

⁷ Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala/Juzgado: VIII. Partes: Petrillo Paola Natalia c/ Nas Argentina S.A. s/ despido. Fecha: 23-sep-2008

- Utilización por única vez: el empleador puede utilizar el período de prueba una sola vez con cada trabajador de donde se desprende que si celebra contratos sucesivos con el mismo empleado la relación laboral se reputará como de tiempo indeterminado;
- Imposición de sanciones si se verifica el uso abusivo del instituto;
- Obligación de registrar al empleado durante el período de prueba;
- Extinción del contrato sin derecho a las indemnizaciones y sin expresión de causa;
- Pago obligatorio de los aportes y contribuciones que la ley vigente estipule;
- Protección del empleado frente a los riesgos del trabajo y enfermedades inculpables: durante la vigencia del período de prueba;
- El período de prueba se computa como tiempo de servicio.

1.2.5 Determinación de la naturaleza Jurídica del Período de Prueba

Como bien lo señala Ackerman (2006) resulta dificultosa la tarea de determinar la naturaleza jurídica de un instituto sobre el cual existen posiciones tan contradictorias a la hora de su aplicación. Es por ello que para determinarla será menester tener en cuenta algunas de las teorías que se han elaborado a su alrededor, a saber:

Teorías dualistas: parten de considerar que se trata de dos contratos distintos, cada uno con sus efectos y características distintivas. De este modo existen dos contratos, uno previo que otorga la posibilidad de evaluación a las partes y un segundo contrato que es definitivo y que nace a partir del cumplimiento del primero. Se trata de dos contratos que resultan idénticos en su objeto pero que difieren en su función. Participan de esta teoría autores como Montoya Melgar, Babio y Villavicencio (Ackerman, 2006).

Teorías Monistas: dentro de éstas se enrola Krotoschin (1977) quien sostiene que el período de prueba forma parte del contrato de trabajo, aunque algunos efectos se verifiquen, entre los que se encuentran los relacionados con los plazos e impedimentos para el despido que

quedan diferidos por el término de dicho período. Sostiene el autor en cita que el período de prueba queda incluido en el contrato de trabajo el que ha sido realizado desde el principio por tiempo indefinido. Además del autor citado, también apoyan esta tesitura doctrinarios de la talla de Valverde y Etala para quienes se trata de un solo contrato que tiene dos etapas de ejecución consecutivas (Ackerman, 2006).

De acuerdo con lo señalado corresponde advertir que la tesitura predominante en Argentina es la sostenida por la concepción monista, habida cuenta que la concepción de que existen dos contratos es contraria a los principios básicos del derecho laboral vernáculo sobre cuya base deben ser valoradas sus instituciones, ya que sostener lo contrario significaría admitir la recurrencia al abuso del derecho lo que ofende a todo el ordenamiento legal argentino.

1.2.6 El Período de Prueba en el Derecho Comparado

Señala con acierto Ackerman (2006) que a los efectos de poder realizar un análisis acabado del período de prueba es menester realizar aunque más no sea una ligera revisión del mismo en las legislaciones de otros países. De este modo, siguiendo al autor en cita se mencionan algunas legislaciones como:

- España: el instituto es regulado a través del art. 14 del Estatuto de los Trabajadores que autoriza a concertar un período de prueba durante el cual ambas partes pueden disolver el contrato sin necesidad de alegar justa causa, sin preaviso y sin indemnización alguna aclarando que el pacto es nulo si se lo estipula cuando el trabajador ya desempeñó las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.
- Francia: para este ordenamiento jurídico el establecimiento del período de prueba es facultativo para las partes estableciéndose que durante su extensión el empleador puede valorar las aptitudes profesionales del trabajador y, a su vez, éste tiene la oportunidad

de merituar las condiciones de trabajo que se le ofrecen. Ahora bien, en cuanto a la decisión rupturista, la misma descansa en el empleador salvo que haya existido dolo o abuso de poder situaciones que deberán ser acreditadas por el trabajador.

- Italia: en este país el período de prueba resulta ser una institución de larga data de la que se pueden advertir tres etapas. La primera se dio en el año 1924 para los empleados privados; en la segunda etapa, durante el régimen fascista se lo incluyó en la Carta del Lavoro estableciéndose el mismo para todos los trabajadores de modo tal que regiría aun cuando no existiera estipulación expresa al respecto. La tercera etapa se inició a partir de la sanción del Código Civil de 1942 en el que se estableció que si existía el período de prueba el mismo debía ser escrito salvo que la regulación convencional corporativa lo dispusiera. De este modo se produjo un retroceso a la primera etapa.
- Uruguay: no se encuentra regulado el período de prueba sin embargo, desde la jurisprudencia se legitima la validez del mismo si resulta de un acuerdo escrito entre las partes.
- Brasil: el mismo se encontraba regulado pero con la reciente modificación de la ley laboral el mismo se ha extendido hasta ciento ochenta días lo que es catalogado desde la oposición como un acto de verdadera entrega de la fuerza laborativa a la voracidad empresaria que no encuentra límites a la hora de pulverizar los derechos de los trabajadores detrás de la pretendida flexibilización laboral.

Conclusiones Parciales

El trabajo es, sin dudas, actividad dignificante para el hombre dado que es a través del mismo que puede autosustentarse y desarrollar su proyecto de vida.

Sin embargo, llegar a tener un empleo estable no suele resultar cuestión fácil sobre todo en economía inestables como la de Argentina que afecta de manera directa el ámbito laboral privado.

Dichos vaivenes tienen repercusión inmediata y directa en la oferta laboral privada que se contrae y restringe, por lo que la oferta de mano de obra es abundante lo que les permite a los empleadores decidir sobre las cuestiones de contratación que hacen a su derecho de organización de la empresa.

Si bien el contrato de trabajo tiene vocación de permanencia, esto es, se supone celebrado por tiempo indeterminado, admite excepciones que la misma norma ha establecido como es el caso del contrato por tiempo determinado que puede llegar a celebrarse respetando las disposiciones estatuidas a tales efectos.

El contrato que interesa a los fines del desarrollo del presente acápite es el realizado por tiempo indeterminado, es decir, aquél celebrado sin estipular el momento de su finalización, la que se supone debe resultar de haber transcurrido el tiempo que la norma fija para que el trabajador se acoja a los beneficios de la jubilación ordinaria, esto es, la que opera luego de haber trabajado 30 años, tener 60 años la mujer o 65 años para el varón y haber realizado durante dicho período los aportes y contribuciones al régimen previsional.

Ahora bien, este contrato que no especifica tiempo de culminación prevé al inicio que el mismo será celebrado a prueba durante los tres primeros meses lo que ha dado y sigue dando motivos para encendidos debates. Sucede que dicho período, denominado período de prueba, ha sido instituido con la finalidad de que ambas partes puedan determinar las ventajas y desventajas que les ofrece la relación laboral. El empleador puede durante dicho espacio temporal evaluar el rendimiento y la idoneidad del trabajador de modo que, si el mismo no responde a sus expectativas puede resolver el contrato sin que ello le acarree consecuencias indemnizatorias. De igual modo puede proceder el empleado que tiene esos tres meses para

determinar si se encuentra cómodo, si ese puesto de trabajo responde a sus necesidades, si está de acuerdo en el horario y salario que le son ofrecidos, etcétera.

Lo importante no es lo que puede hacer el trabajador ya que no existen sanciones si el empleado decide extinguir el vínculo contractual con su empleador en cualquier momento, más allá de la obligación de dar un preaviso de 15 días.

Ello ha llevado a la división de la doctrina y jurisprudencia ya que desde algunos sectores se propugna que la figura de marras es, en rigor de verdad, un beneficio para el empleador que puede contratar personal durante dicho lapso temporal y luego dejar sin efecto el contrato aduciendo falta de capacidad del empleado a lo que se le suma la posibilidad de que algunos sectores empresarios, en los que no se necesitan habilidades especiales ya que se trata de tareas no calificadas, utilicen el instituto para rotar personal de manera constante sin obligaciones indemnizatorias.

CAPÍTULO II

Principios Protectorios y Extinción del Contrato de Trabajo

Introducción

Como tema de análisis del presente acápite se abordará lo relativo a los principios del derecho laboral que protegen al trabajador cuando se produce la extinción del contrato de trabajo. El contrato laboral, como todo contrato, se extingue cuando acontecen determinadas situaciones. Entre ellas se encuentran causas relacionadas con cada una de las partes siendo las que interesan para el desarrollo del presente trabajo las vinculadas al empleador quien puede manifestar su voluntad rupturista y poner fin a la relación laboral.

A esta decisión unilateral manifestada por el empleador que decide ponerle fin a la relación laboral se la denomina despido directo. A su vez, el mismo puede obedecer a ciertas causas o no. De este modo, en el primer caso se produce un despido directo con causa y en el segundo caso se trata de un despido directo incausado.

Cada una de las modalidades requiere que se cumplan determinadas cuestiones a los fines de que el despido no se convierta en una herramienta de disciplinamiento que el empleador pueda utilizar cada vez que algo no resulta de acuerdo a sus expectativas o en un elemento de discriminación. Es así que el despido directo con causa debe fundarse en cuestiones objetivas que afecten de tal modo la relación laboral que la continuidad de la misma se torne imposible. A la vez, si el despido es incausado, esto es, sin que se expresen motivos, el empleador debe resarcir al empleado por el daño que le ocasiona la extinción abrupta de la relación laboral abonándole las indemnizaciones previstas por la normativa laboral vigente.

Entre los principios del derecho laboral que son de aplicación directa al tema que se analiza están, sin lugar a duda, el protectorio que actúa como salvaguarda general ya que es de aplicación en cualquier circunstancia en la que los derechos de los trabajadores son vulnerados, el de buena fe y el de continuidad del contrato.

2.1 Principios del Derecho Laboral

2.1.1 Concepto

Cuando se hace referencia al vocablo principio la primera relación que se hace es con respecto al inicio de algo. Del mismo modo, cuando se alude a los principios del derecho se está haciendo referencia a aquello que está antes, que marca el comienzo, que guía y dirige como la luz que ilumina un camino.

Para conceptualizar los principios generales del derecho Grisolía expresa que “se trata de pautas superiores emanadas de la conciencia social sobre la organización jurídica de una sociedad” (2011, p.53). Completa la definición agregando que se trata de directrices que fundamentan todo el ordenamiento jurídico proporcionándole a los juzgadores, pautas orientativas con respecto a la interpretación de las normas.

Partiendo de esa primera conceptualización el autor en cita, brinda una definición de los principios del derecho laboral en los siguientes términos: “son las reglas inmutables e ideas esenciales que forman las bases sobre las cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico-laboral” (Grisolía, 2011, p.53).

2.1.2 Función de los Principios Laborales

Con respecto a la finalidad que cumplen los principios del derecho laboral, Ackerman (2006) señala que protegen la dignidad del trabajador durante toda la existencia de la relación laboral, esto es, desde que la misma se inicia y hasta su extinción resultando indispensables para la recta aplicación de las normas que regulan el ámbito laboral.

Como funciones de los mismos Grisolía destaca cuatro, a saber:

- Orientadora e informadora: son fuente de ilustración para el legislador marcándoles el rumbo a la hora de sancionar leyes de donde se desprende que son fundamento del ordenamiento jurídico, orientan a los magistrados en la interpretación de estas últimas.

- Normativa o integrativa: son instrumentos técnicos que cubren lagunas del ordenamiento normativo actuando de manera supletoria. Esta función está especialmente consagrada en el texto del art. 11 de la LCT que dispone que toda vez que no pueda resolverse una cuestión aplicando las normas que regulan el contrato o por leyes análogas se deberá decidir conforme a los principios de la justicia social y a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe.

- Interpretadora: proporciona pautas interpretativas a los jueces cuando se les plantean controversias guiándolos hacia la interpretación correcta. Al respecto Etala (2004) sostiene que la ley no debe ser interpretada literalmente, esto es, teniendo en cuenta de manera lineal lo que significa cada término ni quedar sujeta a la rigidez gramatical sino que tal tarea debe ser realizada teniendo en cuenta el significado jurídico profundo de los términos empleados por el legislador, haciéndolo en conexión con el resto de las normas a los fines de lograr una interpretación razonable que proporcione soluciones justas y adecuadas para el reconocimiento de los derechos laborales.

- Armonizante de política legislativa y judicial: preserva la seguridad jurídica evitando que el legislador cuando sanciona la ley o el Magistrado cuando la interpreta, se aparten del sistema.

2.1.2 Principio Protectorio

Este principio como su nombre lo indica es el que garantiza una protección integral habida cuenta que el mismo se manifiesta, como lo señala Grisolia (2011), en tres reglas, a saber:

a) *in dubio pro operario*: se trata de una regla de interpretación que está dirigida a los jueces quienes en caso de que exista alguna duda razonable sobre su interpretación deben resolver a favor del trabajador habiéndose extendido el mismo a la apreciación de la prueba tal

como lo estipula el 2do. Párrafo del art. 9 de la LCT que reza: “Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en la apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador”.

b) la norma más favorable: esta es una regla de aplicación, existen dos o más normas aplicables al caso y siendo una de ellas más beneficiosa para el trabajador el juez debe inclinarse por ésta aun cuando sea de inferior jerarquía. Esto también se encuentra regulado por el art. 9 de la LCT en su 1er párrafo que reza: “en caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo”.

c) condición más beneficiosa: se trata de una disposición que regula la situación que se plantea una situación anterior es más beneficiosa para el trabajador debiéndose respetar ésta ya que toda modificación que se realice siempre deberá ser hecha para ampliar derechos y no para disminuirlos.

De lo reseñado surge prístino que se trata del principio más importante ya que su finalidad es la protección de la dignidad del trabajador en su condición de persona humana y como sujeto de preferente tutela constitucional tal como le expresara la CSJN en los emblemáticos fallos “Vizzotti” y “Aquino”⁸. El mismo brinda técnicas destinadas a restablecer el equilibrio entre las dos partes de la relación contractual en la que claramente el trabajador se encuentra en situación de hiposuficiencia con respecto al empleador habida cuenta su desempeño transcurre bajo una condición de subordinación técnica, jurídica y económica lo que le resta posibilidades de negociar las condiciones de trabajo pudiendo, por lo tanto, ser víctima de abusos que ofendan su dignidad (Grisolía, 2011).

Como lo señala Vázquez Vialard (1999), este principio presenta dos aspectos o facetas que deben ser tenidas en especial consideración, esto es, por un lado se trata de una directiva

⁸ CSJN, , “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA SA” 14/09/04; “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA” 21/09/04.

dirigida al legislador para que a la hora de sancionar leyes adopte todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones del art. 14 bis de la Constitución Nacional que consagra la protección legal para todas las formas de trabajo. Asimismo, es una directiva para los jueces quienes tienen la obligación de interpretar las normas laborales en el sentido que más les favorezcan.

2.1.3 Principio de Continuidad del Contrato

En aquellos casos en los que la duda recayera sobre la continuidad o no de la relación laboral o respecto de su duración se debe resolver a favor de la existencia de un contrato por tiempo indeterminado. Este principio tiene como finalidad el mantenimiento de la fuente de trabajo otorgándole al contrato laboral lo que Vázquez Vialard (1999) denomina vocación de permanencia con lo que se le otorga seguridad y tranquilidad al trabajador desde el punto de vista económico y psicológico aventándose el fantasma de la ruptura de la relación. En este sentido, el principio queda estrechamente vinculado con el concepto de estabilidad, es decir, la expectativa de conservación del puesto de trabajo (Grisolía, 2011).

Las manifestaciones de este principio se encuentran claramente en las disposiciones normativas como es el caso del art. 10 de la LCT que dispone: “en caso de duda, las situaciones deben resolverse en favor de la continuidad o subsistencia del contrato”. A su vez, el art. 90 estipula que el principio general es el de contrato por tiempo indeterminado y el art. 94 que establece que: “la omisión de otorgar preaviso en el contrato a plazo fijo lo transforma en un contrato por tiempo indeterminado”.

En el mismo sentido, el art. 27 de la ley N° 24.013, Ley Nacional de Empleo (LNE), ratifica la vigencia del principio de indeterminación del plazo, que se extiende hasta que el trabajador se halle en condiciones de gozar de los beneficios jubilatorios, salvo que se configuren algunas de las causales de extinción previstas en la misma ley.

Asimismo, este principio se verifica cuando se produce una novación subjetiva en el contrato de trabajo, es decir, cuando se produce un cambio en la persona del empleador, sea por muerte, por transferencia o cesión del establecimiento o del personal. Ahora bien, lo mismo sucede frente a una novación objetiva, es decir, cuando se producen cambios en las condiciones pactadas, ello en virtud del dinamismo que caracteriza las relaciones contractuales y siempre que no perjudique derechos de los trabajadores o el principio de irrenunciabilidad.

Otras derivaciones concretas del principio que se analiza se encuentran contenidas en el art. 58 de la LCT que establece que son inadmisibles las presunciones de renuncia al empleo o a cualquier otro derecho, el art. 241 que permite que se considere extinguida la relación laboral por voluntad conjunta de las partes si la misma resulta de un comportamiento concluyente y recíproco en el sentido de conclusión de la relación (Vázquez Vialar, 1999).

Una situación que merece ser atendida especialmente es la que surge de las estipulaciones del art. 186 de la LCT que dispone que si la mujer no se reincorpora una vez finalizada la licencia por maternidad y no comunica al empleador dentro de las 48 horas anteriores a la finalización de la misma que se acogerá a los plazos de excedencia, se entenderá que la mujer ha optado por la percepción de la compensación establecida en el art. 183 de la misma norma. Es decir que en este supuesto, el legislador optó por considerar disuelto el vínculo laboral en caso de que la mujer no se reincorporara a su empleo, ni comunicara el acogimiento a los plazos de excedencia (Grisolía, 2011).

Sin embargo, desde la jurisprudencia se ha dicho que la disposición del art. 186 es excesiva y atentatoria contra el principio de continuidad de la relación laboral al imponerle a la trabajadora la obligación de comunicación durante un período que resulta insignificante frente a la importancia de los efectos que acarrea su incumplimiento. Así se resolvió en autos: “Vecchio Andrea Paula c/ Directores Dime S.A. s/ despido”⁹ en el que la Cámara entendió que

⁹ Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala/Juzgado: VI. Partes: Vecchio Andrea Paula c/ Directores Dime S.A. s/ despido. Fecha: 28-oct-2009

La decisión de la empleadora que dispuso lisa y llanamente el despido de la trabajadora con fundamento en el art. 183 inc. b) de la LCT cuando había transcurrido un plazo exiguo desde la finalización de la licencia post parto, no resulta ajustado al principio de continuidad de la relación laboral, ni a los deberes de conducta impuestos por los arts. 62 y 63 de la LCT, que deben observarse incluso al momento de extinguir la relación laboral. Si bien es cierto que la trabajadora no cumplió con la comunicación dispuesta en el art.186 LCT, constituye un excesivo rigorismo formal entender que la falta de dicha comunicación en el plazo de 48 hs. anterior a la fecha del reingreso implique la intención de la dependiente de no reincorporarse al trabajo y de optar por extinguir el vínculo en los términos del art.183, ya que en el caso en examen se encuentra en juego una garantía de rango constitucional, como lo es la tutela de la mujer embarazada.

En idéntico sentido se pronunció la CNAL en autos: “Pueyo Norma Esther c/ Kein Gustavo Julio y otros s/ despido”¹⁰ al confirmar la sentencia de grado en cuanto consideró que la actitud de la actora, que se hallaba gozando de su licencia por maternidad y no se reintegró a prestar tareas al vencimiento de ésta, no podía interpretarse como que había optado por rescindir el contrato de trabajo. Ello en virtud de que las disposiciones contenidas en el art. 186 de la LCT no importan la consagración de un presupuesto de extinción automática del vínculo sino una presunción *iuris tantum* sustentada en el silencio de la trabajadora y, que como tal, admite prueba en contrario. Es menester que se tenga en cuenta que la opción tácita contenida en dicha norma es impuesta en favor de la trabajadora y no para que se beneficie el empleador prescindiendo de una empleada cuya estabilidad está garantizada por los artículos 176 y 177 de la LCT, cuestión que impone el deber de que dichas estipulaciones sean utilizadas con prudencia y dentro del marco de buena fe que debe regir durante toda la relación laboral. Agregando que, en el caso de duda se deben arbitrar todos los medios tendientes a proteger a la

¹⁰ Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala/Juzgado: II. Partes: Pueyo Norma Esther c/ Kein Gustavo Julio y otros s/ despido. Fecha: 3-oct-2008

trabajadora, por lo que el empleador debe actuar con la debida prudencia antes de proceder a la rescisión automática de la relación laboral ya que ello significaría que ha tomado como tácita una declaración de voluntad que no ha sido tal.

Este principio, también denominado de permanencia o estabilidad parte de considerar que el contrato de trabajo es de tracto sucesivo, esto es, se establece entre las partes un vínculo de duración prolongada en el tiempo de donde se desprende que la misma es indefinida. Cuando el empleador decide la extinción del contrato de trabajo alegando, por ejemplo, que el empleado incurrió en inconductas que han derivado en la pérdida de confianza es necesario que demuestre de manera objetiva los extremos fácticos que invoca y que hacen insostenible la prosecución del contrato. Todo ello en virtud de que existen remedios que la misma ley le proporciona al empleador, esto es la posibilidad de aplicar sanciones disciplinarias, antes de optar por la solución más drástica que es despedir al empleado.

Al respecto en Autos: “Morsicato, Vicente c/. Telecom Argentina Stet France Telecom SA s/Despido”¹¹ la Cámara sentenciante sostuvo que la pérdida de confianza en el trabajador constituye un factor subjetivo que justifica la ruptura del contrato si deriva de un hecho objetivo que es incompatible con los principios de buena fe y con las obligaciones inherentes a su propia función, y que se encuentran comprendidos como obligación genérica de su parte. Asimismo, agrega el Tribunal, el empleador cuenta con otros instrumentos que le son proporcionados por la propia normativa vigente como son las sanciones disciplinarias, las que, a su vez, deben ser aplicadas gradualmente, como métodos para disuadir al empleado a los fines que deponga sus conductas injuriantes y así reencauzar la relación antes que optar por la solución más tajante, esto es, la extinción del contrato laboral.

¹¹ Tribunal: Cám. del Trabajo de Córdoba, Sala II, autos: “Morsicato, Vicente c/. Telecom Argentina Stet France Telecom SA – Despido”. Fecha: 29/09/2000.

En el mismo sentido, en Autos: “Milio Rubén Darío c/ Prosegur Sociedad Anónima s/ despido”¹² la Cámara entendió que si existe discrepancia en el diagnóstico, en función del principio de continuidad laboral, es prudente buscar una solución a través de una junta médica en lugar de negar tareas.

También en Autos: “Busto Florencia Andrea c/ Petroplastic S.A. y otro s/ despido”¹³, el Tribunal sostuvo que el despido de la trabajadora resultó apresurado y contrario al principio de continuidad del vínculo en los términos del art. 10 de la LCT por lo que se juzga que el despido de la trabajadora resultó violatorio del principio señalado y buena fe debiendo tenerse presente que el impulso protectorio del trabajo de la mujer se ve reflejado en todo el plexo normativo laboral del que es menester realizar una lectura armónica e integral de tales disposiciones a los efectos de acentuar la protección de la trabajadora y no colocarla en inferioridad de condiciones respecto de cualquier trabajador.

2.2 Extinción del Contrato de Trabajo

El contrato de trabajo puede extinguirse por diversas causas las que, a su vez, pueden ser imputables al empleador o al empleado. A los efectos de la realización del presente trabajo las causales extintivas que interesan son las atribuibles al empleador, concretamente el despido directo ya sea con justa causa o incausado.

2.2.1 Despido: Concepto

El despido es definido por Krotoschin (1977), como el acto jurídico unilateral realizado por una de las partes y dirigido a la otra que tiene por objeto la extinción del contrato de trabajo.

¹² Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala/Juzgado: VII. Partes: Milio Rubén Darío c/ Prosegur Sociedad Anónima s/ despido. Fecha: 22-feb-2018.

¹³ Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala/Juzgado: VI. Partes: “Busto Florencia Andrea c/ Petroplastic S.A. y otro s/ despido”. Fecha: 31-ago-2017.

La definición indica que cualquiera de las partes puede expresar su vocación rupturista de donde surge que la misma incluye el despido directo y el indirecto.

El despido directo es el empleador quien decide poner fin a la relación laboral haciendo uso de su facultad de organización, esto es, despedir al trabajador sin invocar causa alguna, o bien, con expresión de causa alegando incumplimientos obligacionales por parte del empleado.

A su vez, el empleado puede ponerle fin a la relación laboral con fundamento en el incumplimiento de las obligaciones patronales de modo tal que se da por despedido en forma indirecta de acuerdo a lo prescripto en el art. 246 de la LCT.

Señala Grisolia (2011) que el despido es un acto unilateral, recepticio ya que sólo será eficaz a partir del momento en el que sea conocido por el destinatario.

En principio es un acto informal habida cuenta que la ley no estipula la manera de realizarlo pudiendo tratarse de una comunicación verbal e incluso de un comportamiento inequívoco.

Sin embargo, la forma escrita es preferible dado que la misma podrá probar la voluntad rupturista del empleador resultando indispensable para los casos de despido con causa, ya que es necesario que la misma sea invocada de manera expresa y clara de modo que el empleador no podrá modificarla con el transcurso del tiempo y ante una eventual judicialización de la causa. En el caso de que existiera alguna duda con respecto a lo regulado por el art. 243¹⁴ de la LCT la misma debe ser resuelta en base a lo establecido por el art. 9¹⁵ de la misma ley.

¹⁴ Art. 243: Comunicación. Invariabilidad de la causa de despido.

El despido por justa causa dispuesto por el empleador como la denuncia del contrato de trabajo fundada en justa causa que hiciera el trabajador, deberán comunicarse por escrito, con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato. Ante la demanda que promoviere la parte interesada, no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada en las comunicaciones antes referidas.

¹⁵ Art. 9º: El principio de la norma más favorable para el trabajador.

En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rijan cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador.

2.2.2. Protección contra el Despido sin Causa

Si bien el empleador tiene el derecho de organizar libremente su empresa y así decidir sobre la no continuidad de las relaciones laborales pudiendo despedir a los trabajadores sin expresar causa alguna ello no significa que lo puede hacer sin que su conducta sea sancionada.

2.2.2.1 Indemnización: Concepto

Con la finalidad de proteger al trabajador en aquellos casos en los que el empleador haciendo uso de las facultades que le confiere la ley decide despedir a su empleado sin expresión de causa el legislador ha dispuesto una serie de medidas que operan como verdadera sanción para aquél.

La indemnización es conceptualizada como una compensación económica que recibe el trabajador como consecuencia de haber sufrido un perjuicio de índole laboral, moral, económico, entre otros. La misma debe ser abonada al trabajador cuando es despedido sin que exista una causa justificante. Se trata de una disposición de orden público que se traduce en una compensación económica a favor del trabajador por el desgaste físico e intelectual que realizó a favor del empleador durante la ejecución de sus labores (De Diego, 2002).

Se trata de la obligación de indemnizar al trabajador, esto es, una reparación tarifada para resarcir los daños y perjuicios que pueda haber causado la decisión rescisoria. Con todo, dicha reparación indemnizatoria no refleja en la realidad el verdadero perjuicio que se le causa al trabajador cuando se lo despide (Vázquez Vialard, 1999).

El art. 245 de la LCT regula la indemnización debida al trabajador por antigüedad estipulando que se le debe abonar un mes de sueldo por año trabajado o fracción mayor de tres meses tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor, con lo

que sólo se consideran los conceptos remuneratorios excluyendo los demás ingresos percibidos mensualmente.

Esta indemnización tiene, de acuerdo a Grisolía (2011) una triple función:

a) Reparatoria: ya que resarce los daños y perjuicios ocasionados por la ruptura intempestiva de la relación laboral.

b) Sancionatoria: representa un castigo para el empleador que hace uso de sus facultades de organización pero debe afrontar las consecuencias de sus actos.

c) Disuasiva: ya que representa un costo económico importante con lo que se pretende evitar los despidos directos incausados.

2.2.2.2 Preaviso

Más allá de que el empleador tenga la facultad de extinguir la relación laboral mediante el despido incausado, recae sobre el mismo el deber de preavisar al trabajador la decisión que ha adoptado. La LCT en el art. 231 regula lo atinente al preaviso, estableciéndolo como obligación bilateral pero con distintos plazos.

Es preciso tener presente que la norma no prevé una antigüedad mínima para que el empleador tenga la obligación de preavisar su decisión rupturista al trabajador, debiendo hacerlo incluso durante el período de prueba. Si el empleador incumple este deber y preavisa con un plazo inferior al legal o no preavisa debe pagar la indemnización sustitutiva por falta del mismo (Grisolía, 2011).

La notificación del preaviso debe ser realizada por escrito de acuerdo a la prescripción del art. 235 de la LCT, esto es, a través de telegrama, carta documento o notificación cursada al trabajador que debe estar firmada a los efectos de que se pueda considerar notificado quedando la carga de la prueba en cabeza del empleador. Se trata de una declaración unilateral de voluntad recepticia, es decir, para su perfeccionamiento no sólo debe haber sido enviado el

preaviso sino que además debe haber llegado a la esfera de conocimiento de su destinatario (Grisolía, 2011).

La LCT regula entre los artículo 231 hasta el 239 inclusive todo lo relativo al preaviso estableciendo los derechos y obligaciones de las partes durante su vigencia. Es así que el empleador debe dar preaviso de la extinción de la relación laboral aun cuando se trate del período de prueba, siendo el plazo en este caso de 15 días.

Conclusiones Parciales

Los principios del Derecho Laboral son pautas orientativas e interpretativas que guían la tarea de los legisladores y jueces.

En efecto, los magistrados a la hora de interpretar y aplicar las leyes deben analizar no sólo la literalidad de los preceptos legales que tutelan cada situación concreta sobre la que deben resolver sino integrando a las mismas con aquellas guía generales que informan al Derecho y que integran el ordenamiento jurídico.

A su vez, estos principios operan como límite para el legislador que a la hora de sancionar las leyes debe considerar que las mismas no se aparten de sus pautas sino que las integren a los fines de lograr un plexo normativo coherente.

El contrato de trabajo, por las especiales características de las partes que lo conciertan, merece especial tutela normativa. Ello es así en virtud de que desde el inicio existe una notoria desigualdad en la capacidad negocial de las partes viniendo entonces los principios del Derecho laboral y la ley a equilibrar la despareja situación.

Sin duda, cuando se habla de principio laboral, el que primero asoma es el protectorio habida cuenta que en él encuentran cabida y razón el resto. Este principio se manifiesta a través de tres reglas fundamentales como son *in dubio pro operario* que indica que toda vez que exista duda razonable sobre la norma a aplicar, sobre la validez de la prueba el juzgador deberá fallar

pro debili. La regla de la norma más beneficiosa y la condición más favorable son complemento de la anterior ya que su finalidad es que el juzgador siempre tenga como norte la protección del trabajador señalado como sujeto de preferente tutela constitucional como bien lo ha resaltado la CSJN en innumerables fallos.

El principio de continuidad del contrato encuentra fundamento en que se considera que el contrato de trabajo tiene implicancias económicas y sociales fundamentales para todo hombre en razón de que a través del mismo obtiene el ingreso de dinero que necesita para procurarse su subsistencia y, en algunos casos, la de su familia, a lo que debe agregársele que la sociedad toda descansa en el trabajo de cada uno de sus ciudadanos.

La extinción del contrato de trabajo puede acontecer por causas atribuibles al empleador en cuyo caso se está ante un despido, es decir, la ruptura de la relación laboral fundada en un acto voluntario unilateral realizado por el empleador. Dicho despido puede obedecer a causas concretas, como por ejemplo la pérdida de confianza hacia el empleado, las reiteradas faltas de disciplina del mismo, por lo que el empleador le pone fin a la relación laboral manifestando cuál es el motivo.

Si el empleador decide extinguir la relación laboral sin expresar causa puede hacerlo habida cuenta que es una facultad que le otorga la propia ley. Sin embargo, cuando se da esta situación el empleador debe pagarle al trabajador una indemnización por la ruptura del vínculo laboral. Esta indemnización tiene carácter resarcitorio ya que cubre el daño que se le ocasiona al trabajador.

El empleador está obligado a notificarle fehacientemente a su empleado su decisión rupturista, esto es, debe preavisar su decisión respetando los plazos que para ello estipula la normativa vigente al respecto.

Esta obligación debe ser respetada aun si el empleado se encuentra en el período de prueba y, de no hacerlo debe abonar al empleado la indemnización sustitutiva.

CAPÍTULO III

Protección de la Maternidad en la Legislación

Vigente en Argentina

Introducción

Luego de largas luchas a nivel mundial las mujeres consiguieron ponerse en un pie de *cuasi* igualdad con los hombres en lo que respecta a los derechos laborales. Todo ello como consecuencia de que las condiciones laborales ofrecidas a las mujeres eran inferiores a las que se les brindaba a los hombres lo que se verificaba, principalmente, en menores sueldos o la negativa a colocarlas en puestos jerárquicos.

Estas cuestiones fueron advertidas por el legislador que, aunque con ciertas demoras, comenzó a incorporar al plexo normativo laboral diversas disposiciones a los fines de proteger los derechos de la mujer trabajadora.

Una de las protecciones brindadas por la norma es la referida a la maternidad que prescribe la prohibición del despido de la mujer que está embarazada, estableciendo un límite temporal preciso para esta tutela de modo que todo despido que se produzca durante el mismo será considerado arbitrario y con fundamento en el estado de embarazo de la trabajadora.

Si bien las precisiones mencionadas no dejan dudas sobre la prohibición del despido de la mujer embarazada, el problema se suscita cuando se despide a la trabajadora que se embaraza durante el período de prueba, esto es, en los tres primeros meses del contrato por tiempo indeterminado habida cuenta que el art. 92 bis del mismo cuerpo normativo establece que el despido que decida el empleador durante este lapso temporal no le aparejará obligaciones, como por ejemplo pagar indemnización ante la decisión rupturista.

Si bien es cierto que el plexo normativo laboral en Argentina es amplio abarcando desde la CN, los Tratados Internacionales, las Directivas de la OIT y demás leyes laborales, ello no significa que en muchos aspectos se configuren situaciones de discriminación.

3.1 Situación Laboral de la Mujer en la Historia

Basta bucear en la historia para conocer algunas de las ignominiosas situaciones por las que tuvo que atravesar la mujer trabajadora en su lucha por el reconocimiento de sus derechos laborales.

Uno de los acontecimiento más terribles que se registran fue el incendio de una fábrica de camisas en New York en el que murieron ciento veintinueve trabajadoras que quedaron atrapadas en un incendio cuyo origen no fue bien determinado. Esta tragedia sucedió un 8 de Marzo del año 1908, lo que dio lugar a que se estableciera esa fecha como el Día Internacional de la Mujer, dando lugar también a la creación del Sindicato Internacional de Mujeres Trabajadoras Textiles, cuya finalidad era mejorar las condiciones de trabajo de las mujeres y controlar la situación de higiene y salubridad en el lugar de trabajo, debido a que la gran mayoría de mujeres habían muerto por inhalación del humo dado que no existía ventilación adecuada en el lugar. Esta tragedia marcó un hito en la historia, a partir de ese momento se comenzaron a dictar leyes de protección para las mujeres trabajadoras en todo el mundo (Pigna, 2011).

En Argentina la historia del trabajo femenino asalariado quedó estrechamente vinculada al desarrollo industrial y comercial del país. En lo concerniente al ámbito privado el mayor desenvolvimiento laboral de las mujeres se perfiló, al comienzo, en el trabajo a domicilio, en las tareas domésticas, dado que, por una cuestión cultural, esas tareas quedaban reservadas a la mujer (Lobato, 2007).

3.2 Maternidad

3.2.1 Concepto de Maternidad

El cambio es una constante que signa la vida del hombre. Ya lo graficó el filósofo Griego Heráclito (540-480 a C.)¹⁶ quien manifestó que no nos bañamos dos veces en las aguas de un

¹⁶ <https://psicologosbonnet.wordpress.com/2011/01/04/204/>. Recuperado en Marzo de 2018.

mismo río, ni siquiera una vez. De este modo, todo lo que rodea al hombre necesariamente cambia con el devenir de los tiempos quedando incluida dentro de esta afirmación la conceptualización de la maternidad que ha variado a lo largo de la historia ya que ha estado vinculada a las creencias religiosas, a los cambios culturales y sociales, siempre con importante repercusión en la experiencia individual de cada mujer con proyecciones hacia la sociedad toda.

Si se recurre al Diccionario de la Real Academia Española (DRAE) en el mismo se encuentra que maternidad es “el estado o calidad de ser madre”. Sin embargo, la maternidad incluye mucho más que sólo engendrar y dar a luz un niño ya que, además de estos hechos biológicos quedan comprendidos aspectos psicológicos, sociológicos, históricos, culturales, religiosos, educativos, entre otros.

Sobre el particular, Molina (2006), señala que de acuerdo a la época ha sido la concepción y el tratamiento que la maternidad ha merecido. Es interesante, el enfoque de la maternidad en la Edad media en la que se coloca a la mujer como responsable de la procreación y, por ende, de garantizar la descendencia familiar resultando este hecho el determinante de su valoración social. Un cambio importante se produce con la Revolución Industrial, momento en el que la producción de bienes y servicios comienza a abrirse paso en las economías mundiales siendo necesario que también la mujer trabaje con lo cual se produce un inevitable cambio sobre su rol en la sociedad. Con el advenimiento de los movimientos feministas se produce un nuevo cambio, esta vez propiciado por las propias mujeres que impulsaban una larga lucha en la defensa de sus derechos intentando superar el patriarcado del que se sentían víctimas y con una mirada hacia la equidad de género. Estas luchas se trasladaron al ámbito laboral en el que pugnaron por leyes en las que se les consideraran derechos en igualdad con el hombre y que se protegiera de manera especial la maternidad habida cuenta que, algunos de los aspectos considerados en otras épocas como centrales, nunca van a dejar de ser reales como lo es el hecho de la descendencia, cuestión que trasciende las fronteras individuales de cada mujer.

3.2.2. Función Social de la Maternidad

Como se viene señalando la maternidad no debe ser conceptualizada de manera restrictiva habida cuenta que la misma tiene importantes efectos, proyecciones y consecuencias que inciden en todos los ámbitos de la vida del hombre entre los que se destacan la función de perpetuar la especie como la de integrar a la familia. Esta realidad lleva a que la misma sea considerada de manera amplia ligándola con la creación, desarrollo y cuidado de la prole, de integrar al grupo familiar, de convertirlo en la célula en la cual se fundamenta la sociedad y en donde surgen los primeros lazos de control social, todo lo que lleva a afirmar que la maternidad cumple una función social básica e indispensable (Solano, 2015).

Es importante destacar que la legislación local protege tanto a la maternidad como a la mujer trabajadora embarazada, habida cuenta que el legislador ha entendido y así lo ha trasuntado en las leyes sancionadas que el estado de gravidez coloca a la mujer en una situación de mayor vulnerabilidad y desventaja frente a otras trabajadoras. De este modo, se advierte que el espíritu de las leyes laborales no se limita a proteger sólo al embarazo o a la mujer embarazada, sino a la institución de la familia. (Solano, 2015).

3.3 Protección Legal de la Mujer Trabajadora en el Ordenamiento Jurídico

Argentino

3.3.1 Constitución Nacional

La Carta Magna consagra en sus artículos la protección del trabajo de la mujer en igualdad de condiciones con el hombre, igual remuneración por igual tarea, la protección integral de la familia y la garantía de la seguridad social. Asimismo, a través de los Tratados Internacionales incorporados con rango constitucional por medio del inciso 22 del art. 75 se consagra un extenso abanico tuitivo para la mujer trabajadora y la maternidad.

3.3.1.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos

La protección de la maternidad está expresamente garantizada en el art. 25 que reza: “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”.

3.3.2.2 Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

En el Preámbulo establece como premisa que es necesario tener presente el aporte y rol de la mujer en el bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, la importancia social de la maternidad, debiendo, a la vez, ser conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación.

A ello se suman las disposiciones del art. 5, inciso b que propende a una educación familiar que incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social.

3.3.2.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El art.10 impone que “a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”. A su vez, establece que esta licencia sea concedida a todas las mujeres, incluidas las que realizan trabajos atípicos, y las debiendo brindarse las respectivas prestaciones durante un período adecuado. Asimismo, establece que los Estados Partes han de indicar también qué medidas han adoptado para garantizar a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto.

3.3.2 Leyes Laborales

Con respecto a las conquistas sociales de las mujeres y la protección de la maternidad en el año 1924 se consiguió modificar la ley N° 5291, Ley de Protección del Trabajo de Mujeres y Niños, que había dictado Alcorta en el año 1907.

La nueva regulación establecía el derecho de un descanso de cuatro semanas antes y cuatro después del parto sin perder su puesto. Además se obligaba a los empleadores que tuvieran en su plantel de trabajadores a cincuenta mujeres o más a que instalaran salas cuna en el lugar de trabajo. Más allá de lo innovador de la norma, nunca o casi nunca se le dió cumplimiento en virtud de que las obreras no tenían derecho a percibir sus salarios durante ese período (Lobato, 2007).

No fue hasta la década siguiente que las trabajadoras argentinas, de empresas privadas y del Estado, consiguieron protección legal de la maternidad con una licencia maternal paga a través de las leyes 11.933 y 12.111. Se les otorgó un subsidio que era igual a un sueldo íntegro que lo percibían antes y después del parto teniendo, asimismo, derecho a cuidados gratuitos por parte de un médico o partera (Lobato, 2007).

Luego pasaron muchos años hasta que se dictara otra norma que modificara la anterior y brindara mayor protección a la mujer y a la maternidad.

La Ley 20.744 en su Capítulo II: De la Protección de la Maternidad, a través de los artículos 178, 179 y 180 establece una serie de derechos y de medidas protectorias para la mujer trabajadora que está embarazada.

El art. 177¹⁷ establece la prohibición del trabajo de la mujer embarazada durante un período de 45 días antes y 45 días después del parto. Para gozar de este beneficio la trabajadora

¹⁷ Art. 177. —Prohibición de trabajar. Conservación del Empleo.

Queda prohibido el trabajo del personal femenino durante los cuarenta y cinco (45) días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco (45) días después del mismo. Sin embargo, la interesada podrá optar por que se le reduzca la licencia anterior al parto, que en tal caso no podrá ser inferior a treinta (30) días; el resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto. En caso de nacimiento pre-término se acumulará

tiene el deber de informar su estado de embarazo de manera fehaciente quedando así garantizada para ella una estabilidad en el empleo.

En el texto del art. 178¹⁸ se dispone que si la mujer es despedida en los términos establecidos por la norma se presume, salvo prueba en contrario, que el despido tiene como causa el embarazo debiendo abonársele una indemnización especial, que está reglamentada en el art. 182 del mismo cuerpo normativo.

A su vez, el art. 179¹⁹ establece la obligación del empleador de otorgarle dos descansos de media hora por jornada laboral para amamantar a su hijo por un período de un año, pudiendo ser extendido por razones médicas.

La indemnización especial dispuesta en el art. 182²⁰ es equivalente a un año de remuneraciones que se acumularán a la indemnización establecida en el art. 245.

al descanso posterior todo el lapso de licencia que no se hubiere gozado antes del parto, de modo de completar los noventa (90) días.

La trabajadora deberá comunicar fehacientemente su embarazo al empleador, con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto, o requerir su comprobación por el empleador. La trabajadora conservará su empleo durante los períodos indicados, y gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal, todo de conformidad con las exigencias y demás requisitos que prevean las reglamentaciones respectivas.

Garantízase a toda mujer durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la trabajadora practique la notificación a que se refiere el párrafo anterior.

En caso de permanecer ausente de su trabajo durante un tiempo mayor, a consecuencia de enfermedad que según certificación médica deba su origen al embarazo o parto y la incapacite para reanudarlo vencidos aquellos plazos, la mujer será acreedora a los beneficios previstos en el artículo 208 de esta ley.

¹⁸ Art. 178. —Despido por causa del embarazo. Presunción.

Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del ~~plazo de siete y medio~~ (7 y 1/2) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer ~~haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así, en su caso, el del nacimiento.~~ En tales condiciones, dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el artículo 182 de esta ley.

¹⁹ Art. 179. —Descansos diarios por lactancia.

Toda trabajadora madre de lactante podrá disponer de dos (2) descansos de media hora para amamantar a su hijo, en el transcurso de la jornada de trabajo, y por un período no superior a un (1) año posterior a la fecha del nacimiento, salvo que por razones médicas sea necesario que la madre amamante a su hijo por lapso más prolongado. En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternales y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan.

²⁰ Art. 182. —Indemnización especial.

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 artículo 245.

En los artículos citados no está prevista la eximición del pago de esta indemnización especial. Sin embargo, existe por parte de los empleadores la negación de este derecho cuando la mujer trabajadora queda embarazada durante el denominado período de prueba reglamentado en el art. 92 bis de la LCT.

3.3.3 Convenio 183/2000 de la OIT sobre la Protección de la Maternidad

En el año 2000 desde la OIT se consideró necesaria la revisión del Convenio 183²¹ sobre la protección de la maternidad que databa de 1952, con la finalidad de seguir promoviendo la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño. Para realizar dicha tarea se revisaron disposiciones contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979), la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989), la Declaración de Beijing y Plataforma de Acción (1995), la Declaración de la Conferencia Internacional del Trabajo sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras (1975), la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998), así como los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo destinados a garantizar la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras, en particular el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981).

A tales efectos se declaró en el Preámbulo que la situación de las mujeres trabajadoras y la necesidad de brindar protección al embarazo, como responsabilidad compartida de gobierno y sociedad debían tener un tratamiento prioritario.

²¹ www.ilo.org > OIT inicio > Normas del trabajo > Temas comprendidos en las normas. Recuperado en Marzo de 2018.

A tales efectos en el art. 1 se procedió a establecer que el término mujer se aplica a toda persona de sexo femenino, sin ninguna discriminación, y el término hijo a todo hijo, sin ninguna discriminación. A su vez, en el segundo artículo se dispuso que el presente Convenio era de aplicación a todas las mujeres empleadas, incluidas las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente.

Asimismo, a los efectos de proteger integralmente la maternidad se dispuso una licencia por maternidad de por lo menos catorce semanas. A ello se agregó la necesidad de proteger la salud de la gestante y de su hijo por lo que se estableció que la licencia de maternidad debe incluir un período de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto y que el período prenatal de la licencia por maternidad deberá prolongarse por un período equivalente al transcurrido entre la fecha presunta del parto y la fecha en que el parto tiene lugar efectivamente, sin reducir la duración de cualquier período de licencia obligatoria después del parto. En el mismo orden tuitivo se dispuso la prohibición de despido de la mujer que esté embarazada, o durante las licencias antes estipuladas, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que determinará cada legislación local. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador. También se garantizó el derecho de la mujer a retornar a su puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.

Se trata de un Convenio especialmente tuitivo de la maternidad al que Argentina no ha adherido aunque muchas de sus disposiciones se encuentran contenidas en la legislación vernácula.

3.4 Requisito de Procedencia de la Protección de la Maternidad

Si bien es cierto que la maternidad goza de una importante protección legal, para viabilizar la misma la norma le impone a la mujer trabajadora la obligación de notificar fehacientemente su estado de gravidez al empleador.

Es así que el art. 177 de la LCT establece en su segundo párrafo que: “la trabajadora deberá comunicar fehacientemente su embarazo al empleador, con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto, o requerir su comprobación por el empleador”.

Esta disposición de la norma coloca en cabeza de la trabajadora la obligación de comunicar en forma su estado de gravidez a los fines de que el empleador conozca la circunstancia y así evitar que, de llegar al conocimiento de la situación por otra vía como puede ser algún comentario de otros empleados, adopte medidas que conduzcan a la extinción de la relación contractual sin invocar justa causa allanándose a indemnizar en los términos del artículo 245 de la LCT pero eximiéndose de la indemnización especial del art. 182 de la misma norma (Livellara, 2017).

En este sentido, desde la jurisprudencia se advierte que consideran a la notificación de la trabajadora como un acto formal por medio del cual transmite la novedad debiendo realizarlo de manera que no queden dudas sobre la situación, esto es, enviando carta documento, entregando el certificado médico en el que conste la fecha probable de parto o solicitando al empleador que le provea los medios necesarios para corroborar su estado de gravidez. De este modo, en autos: “Sosa Noelia Soledad c/ Impulso S.A. s/ ind”²² la Cámara resolvió que la comunicación del estado de gravidez por parte de la empleada no puede ser suplida por el conocimiento informal que tenga el empleador sobre el estado de embarazo de la misma.

²² Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Corrientes. Sala/Juzgado: de Acuerdos. Partes: “Sosa Noelia Soledad c/ Impulso S.A. s/ ind. Etc”.Fecha: 20-nov-2015

Ahora bien, con respecto al tema se ha planteado una circunstancia especial que es la que se da cuando el embarazo es notorio en cuanto a si esta notoriedad suple la falta de comunicación fehaciente. Como suele suceder en casos de falta de claridad sobre algún aspecto determinado, en este caso también la jurisprudencia se encuentra dividida en cuanto a admitir la notoriedad del embarazo como sustitución del deber de notificar o no.

En autos: “B.L.E”²³ la Cámara revisora entendió, con el voto mayoritario de los Dres. Craig y Pirolo, que debía revocarse la sentencia de grado en cuanto hizo lugar a la indemnización especial prevista en el art. 182 LCT., pues no hay evidencia objetiva de que la demandada haya tenido conocimiento del estado de gravidez de la actora como consecuencia de que el mismo fuera notorio al momento de producirse el acto extintivo. Entre los argumentos vertidos en la sentencia a los fines de dar apoyatura al decisorio, la Cámara entendió que si bien debe evitarse el rigor formal en cuanto a la exigencia de una notificación fehaciente e inequívoca del embarazo, ello no importa suponer que la empleadora pudiera tener conocimiento del embarazo porque el mismo fuera notorio dado que no existen pruebas que refuercen esta posición sostenida por la accionante.

En disidencia el Dr. Raphagelli expresó que obraban en la causa indicios suficientes como para concluir que la empleadora tenía conocimiento del estado de embarazo por lo que el despido deviene discriminatorio por lo que la decisión rupturista resulta alcanzada por la presunción del art. 178 LCT., sin que la misma haya sido desvirtuada por prueba en contrario.

Sobre el mismo conflicto, en la causa: “Castro”²⁴ resolvió que el principio por el cual sin la entrega del certificado médico con la acreditación del estado de embarazo, la presunción del art. 178 LCT., no puede aplicarse, tiene su límite en la buena fe, y el indubitable conocimiento patronal del embarazo o maternidad podría, excepcionalmente, ser asimilado a la

²³ Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala/Juzgado: VI Partes: “B. L. E. c/ Giomon Agencia de Investigaciones privadas S.R.L. y otros s/ despido”. Fecha: 7-sep-2017.

²⁴ Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala/Juzgado: III. Partes: “Castro Mariana E. c/ American Express Argentina S.A s/ despido”. Fecha: 20-sep-2010

notificación si de las circunstancias del caso resultare que el empleador ha aprovechado maliciosamente la falta de comunicación formal.

Con fundamento en lo señalado la Cámara revocó la sentencia del *a quo* entendiendo que de la pruebas obrantes en autos resultan hechos reales que producen plena convicción de que la demandada tenía conocimiento del embarazo de la actora con anterioridad a decidir y comunicarle su despido de donde surge que tal voluntad extintiva de la relación laboral resulta alcanzada por la presunción del art.178 de la LCT, sin que la empleadora haya desvirtuado aquéllas.

Sobre el particular, Serrano Alou (2010) sostiene que hablar de notificación fehaciente no significa que para que la misma sea eficaz deba ser escrita dado que la eficacia del medio comunicativo se centra en el hecho de que puede resultar de cualquier forma por la que el empleador llegue a tener conocimiento del embarazo de la trabajadora como pueden ser los testimonios de compañeros los que tienen un altísimo grado de probabilidad de alcanzar la órbita de conocimiento del empleador. Si se aceptara lo contrario se estaría convalidando que la ley protege a empleadores inescrupulosos que aprovechando la falta de notificación escrita deciden despedir a la trabajadora embarazada resultando así un despido discriminatorio. El excesivo rigor formal puede tornarse en un obstáculo para la trabajadora embarazada que le dificulte el acceso a la protección que la norma le brinda.

Conclusiones Parciales

Durante años la mujer debió luchar para conseguir el reconocimiento de sus derechos laborales en un pie de igualdad con el hombre.

La protección de la maternidad es una cuestión que ha llevado tiempo y que aun en la actualidad no se encuentra totalmente zanjadas las controversias que se suscitan en torno a determinados aspectos.

La maternidad no debe ser entendida sólo como el hecho biológico de dar a luz al hijo. Es mucho más que eso, involucra aspectos más profundos ya que la misma está vinculada con lo social, lo educativo, lo religioso, lo cultural. Es por ello que resulta casi imposible lograr una conceptualización exacta de la misma.

La protección legal de la maternidad en el ordenamiento jurídico vigente en Argentina es amplia. En primer lugar la Constitución es la más fiel garante de su protección a lo largo de su articulado, esto es, art.14 bis, art, 16, art. 75 inc.22 a través de Los Tratados Internacionales de DD.HH incorporados con la reforma constitucional del año 1994 que contienen reglas concretas para la protección de la maternidad.

Asimismo, la L.C.T. contiene disposiciones concretas que prohíben el despido de la mujer embarazada brindándole una estabilidad absoluta durante el tiempo que la norma lo estipula.

Una cuestión que queda al margen de las disposiciones señaladas es la situación de embarazo durante el período de prueba cuestión que no encuentra solución definitiva dividiendo tanto a la jurisprudencia como a la doctrina.

Otro punto a destacar sobre la protección de la maternidad se suscita en torno a la exigencia de que la trabajadora notifique de manera fehaciente al empleador su situación de embarazo.

Las discrepancias surgen habida cuenta de que se plantea el hecho de que no sólo la comunicación escrita puede llegar a ser fehaciente en cuanto a que el empleador conozca con certeza el embarazo de la trabajadora ya que pueden existir otros medios que igualmente lleven a su conocimiento tal situación como por ejemplo los comentarios de otros empleados, la comunicación verbal realizada por la trabajadora, la notoriedad del embarazo entre otras.

Tratándose de una situación tan sensible como lo es la maternidad no parece lógico atarse a un rigorismo formal excesivo que puede atentar contra la protección que justamente se quiere brindar.

CAPÍTULO IV

CRITERIOS DOCTRINARIOS Y

JURISPRUDENCIALES SOBRE LA

PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN

EL PERÍODO DE PRUEBA

Introducción

La protección de los derechos de la mujer trabajadora es el corolario de una larga lucha llevada adelante durante años por las trabajadoras en todo el mundo.

Ello ha sido receptado por los legisladores y jueces que, de a poco, han ido reconociendo estos reclamos a través de la incorporación de disposiciones legales concretas en tal sentido por parte de los primeros y la interpretación amplia y abarcativa de los derechos laborales de las mujeres, manifestada en la gran mayoría de los fallos.

Sin embargo, el tema que se ha analizado a lo largo del desarrollo de la presente obra presenta aspectos controversiales tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Se trata, en concreto, de la protección de la maternidad durante el período de prueba.

Como suele suceder, a poco de incluirse algún instituto a la legislación el mismo comienza a ser investigado desde la doctrina por lo que es común encontrar distintas posiciones con respecto a ellos.

El tema de la protección de la maternidad durante el embarazo no es, por cierto, una excepción a lo mencionado por lo que se encuentran doctrinarios que aceptan que la maternidad, por tratarse de una situación especial que involucra no sólo los derechos de la gestante sino también los derechos del niño por nacer, debe ser considerada como circunstancia de especial tutela normativa.

No obstante coincidir con el hecho de que la maternidad es una situación especial en la vida de toda mujer y reconocer la especial tutela normativa para ella, existen posiciones doctrinarias que sostienen que la misma no procede cuando el embarazo acontece durante el período de prueba ya que no fue situación contemplada por el legislador por lo que no corresponde entenderla incluida.

4.1 Posiciones Doctrinarias sobre la Protección de la Maternidad en el Período de Prueba

La Ley 20.744 en su Capítulo II: De la Protección de la Maternidad, a través de los artículos 178, 179 y 180 establece una serie de derechos y de medidas protectorias para la mujer trabajadora que está embarazada.

En el art. 177 se prohíbe el trabajo de la mujer embarazada durante un período de 45 días antes y 45 días después del parto. La trabajadora tiene el deber de informar su estado de embarazo de manera fehaciente quedando así garantizada para ella una estabilidad en el empleo. En el art. 178 se estatuye que, si la mujer es despedida, se presume salvo prueba en contrario, que el despido tiene como causa el embarazo debiendo abonársele una indemnización especial, que está reglamentada en el art. 182 de la ley. El art. 179 establece la obligación del empleador de otorgarle dos descansos de media hora por jornada laboral para amamantar a su hijo por un período de un año, pudiendo ser extendido por razones médicas.

La indemnización especial del art. 182 es equivalente a un año de remuneraciones que se acumularán a la indemnización establecida en el art. 245.

En los artículos citados no está prevista la eximición del pago de esta indemnización especial. Sin embargo, existe por parte de los empleadores la negación de este derecho cuando la mujer trabajadora queda embarazada durante el denominado período de prueba reglamentado en el art. 92 bis de la LCT.

4.1.1 Doctrina Negatoria

En la posición que niega la procedencia del art. 182 en el período de prueba se encuentra Etala (2000) quien sostiene que a la trabajadora, que está embarazada durante el período de prueba, no le corresponde la indemnización fijada en el art. 182 dado que no son admisibles las presunciones a su favor porque es la propia ley la que la ha eximido al empleador de

expresar las causas del distracto laboral por lo que no se puede hacer jugar en esta situación los textos legales habida cuenta que el empleador tiene la posibilidad legal de extinguir la relación sin expresar motivos aun cuando haya sido notificado fehacientemente del estado de embarazo de la trabajadora.

Asimismo, señala el autor citado que, en todo caso la posibilidad de rescisión del vínculo laboral sin expresión de causa es una disposición legal que pueden hacer valer ambas partes por lo que no ve por qué el empleador debería ser colocado en una situación diferente a la de la trabajadora en lo que respecta al mismo derecho. Es decir, que en tal período, cualquiera de las partes puede extinguir la relación, sin expresar causa al respecto, sin otra consecuencia legal que la cesación del período de prueba en trámite y sin otras eventuales consecuencias previstas en el art. 92 bis de la LCT.

Sobre el particular Pérez del Viso (2009), sostiene que no procede el pago de la indemnización especial del art. 182 de la LCT cuando la mujer que está en período de prueba queda embarazada aun cuando cumpla con el requisito de comunicación fehaciente de su estado de embarazo habida cuenta que el mismo no posee virtualidad para alterar el *status* jurídico que resulta del período de prueba atento no existe norma que contenga tales previsiones. Que el despido producido en estas circunstancias no puede ser considerado como un acto de discriminación dado que se trata de una situación que no está contemplada por la norma por lo que no corresponde asimilar el despido de la embarazada en el período de prueba a dichas conductas que se encuentran especialmente excluidas de la ley. Que debe tenerse en claro que en estos casos la trabajadora integra la clase de trabajadores sujetos a período de prueba que constituye un universo cerrado, que no admite circunstancias particulares excluyentes de la regla general que se les aplica a todos.

4.1.2 Doctrina Favorable

En la posición contraria se encuentra Pirolo (2000) quien admite que la garantía de estabilidad prevista en el art. 177 de la LCT tiene plena operatividad también en el período de prueba, generando el derecho de la trabajadora a percibir la indemnización especial prevista en el art. 182 de la LCT.

Considera el autor citado, que ello es así en virtud de que el artículo señalado exige que la mujer que está embarazada comunique su estado y la fecha probable de parto de manera fehaciente a su empleador. Una vez que la comunicación ha sido realizada se produce una vinculación con una norma con jerarquía constitucional, esto es, el art. 11 inc. 2 ap. (a) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de donde surge sin hesitaciones que la trabajadora no tiene la carga de la prueba porque tiene la garantía de estabilidad cuya violación genera un acto discriminatorio que no requiere ni necesita ser acreditado de donde resulta que procede la indemnización especial del art. 182.

En opinión de Rodríguez Mancini (2007) la interrupción del vínculo laboral, más allá de que se esté en el período de prueba, siempre acarrea una frustración para la persona que queda sin trabajo, máxime cuando la ley exime de justificar la causa como lo estipula el art. 92 bis de la LCT. Ahora bien, si esa desvinculación se produce durante el período de prueba, después de que la trabajadora ha comunicado su estado de embarazo, ya se trata de una conducta discriminatoria de la cual el empleador no es desconocedor. De este modo se materializa la presunción del art. 178 que torna totalmente operativa la indemnización prevista en el art. 182 de la LCT.

4.2 La Situación en el Ámbito Jurisprudencial

La mentada controversia sobre la protección del embarazo en el período de prueba habida en la doctrina tiene su correlato en la jurisprudencia que permite distinguir criterios a favor y en contra de su procedencia.

4.2.1 Fallos que Admiten la Protección del Embarazo en el Período de Prueba

4.2.1.1 Causa: “L.E.M”

En la causa caratulada “L.E.M c/Qualytel de Latinoamérica S.S. s/despido”²⁵ la Cámara resolvió declarar nulo el despido discriminatorio de la trabajadora embarazada condenando a la empleadora a readmitirla en su empleo como también al pago del resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, pues la desvinculación se produjo durante el período de prueba, pero con posterioridad a la comunicación del empleador. De esta manera se revocó la sentencia dictada por el a quo que había considerado que durante el período de prueba no son de aplicación las protecciones establecidas en favor de la mujer embarazada ya que se trata de una cuestión no considerada de manera expresa en la norma por lo que no corresponde ser incluida.

Son interesantes en esta causa los argumentos esgrimidos por la Dra. Ferreirós a los fines de determinar que la maternidad es una situación que merece especial tutela constitucional y convencional por lo que no debe invocarse la falta de manifestación expresa en la norma sino que ello es derivación del art. 31 de la Constitución Nacional que dispone que las leyes inferiores que se dicten deben ser reflejo de su espíritu, cuestión que sería vulnerada si no se entendiera que la maternidad goza de dicha protección en todos los casos y no sólo en aquellos en los que el legislador hubiera incluido disposiciones expresas.

Entre sus considerandos la Dra. Ferreirós manifestó:

²⁵ Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala/Juzgado: VII. Partes: L. E. M. c/ Qualytel de Latinoamérica S.A. s/ despido. Fecha: 5-ago-2011

- Que el hecho de que a los pocos días de que la trabajadora hubiera comunicado su estado de embarazo se produjera la desvinculación de la misma deja claro que la voluntad rupturista del demandado no obedeció a circunstancias relativas al desempeño de la empleada, esto es, que se fundara en sus cualidades o habilidades para desarrollar las actividades que se le encomendaron sino que está directamente vinculada con el estado de gravidez de la trabajadora,
- Que la voluntad rupturista del empleador tuvo motivación discriminatoria con lo que vulneró los derechos constitucionales garantizados en sendos artículos de la C.N, 14 bis y 16, como así también los Tratados Internacionales de rango constitucional incorporados en el art. 75 inc. 22), art. 1ro. de ley nacional N° 23.592, Ley Anti Discriminación (LAD), normativa toda que protege de manera especial el embarazo y la maternidad de las trabajadoras y con el norte de castigar cualquier conducta discriminatoria derivada de dicho estado, sin que ello sea incompatible con la libertad de contratar que posee el empleador dado que la prohibición de discriminar constituye un límite a dicha libertad.
- Que el período de prueba es un instituto que, si bien genera una carencia en el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, debe ser observado como posible factor fortalecedor de la continuidad del vínculo; no obstante su aplicación e interpretación debe ser restrictiva y estricta, por lo que debe tenerse presente que está suspendiendo un efecto del contrato de trabajo de raigambre constitucional y que, por tanto, si la conducta extintiva del empleador estuviera acompañada de presunciones de la existencia de otra causal, como puede ser la discriminación, el acoso moral, el acoso sexual, etc. debe entenderse que el empleador debe producir prueba que destruya dichas presunciones.

- Que una vez que la actora acreditó que comunicó su embarazo al empleador, no existe una mayor exigencia para su parte por lo que cabe presumir el carácter discriminatorio de la decisión extintiva de la patronal, por lo que cabe inferir sin más que la ruptura dispuesta tuvo directa vinculación con la comunicación del embarazo, lo que conlleva a ver en ello un acto discriminatorio.

4.2.1.2 Causa “Giménez”

En los Autos: “Giménez Corina Elizabeth c/ Video Drome S.A. s/ demanda laboral”²⁶ el sentenciante resolvió que el empleador no tiene derecho a extinguir la relación laboral de la mujer embarazada durante el período de prueba.

La causa se inició a raíz de que la actora había comenzado a trabajar en el local de la demandada vendiendo fichas de juegos. Al cabo de un tiempo trabajando se comenzó a sentir mal, concurrió al médico donde se enteró de que estaba embarazada. Se le recomendó reposo por lo cual solicitó licencia por enfermedad que le fue concedida. La actora comunicó a su empleadora, de manera fehaciente, que estaba embarazada. A posterior, estando aún en el período de prueba la empleadora comunicó, de manera fehaciente, la prescindencia de los servicios de la accionante comunicándole, a su vez, que la liquidación final estaba a su disposición. Dado que la actora no concurrió a cobrar la demandada depositó el dinero en sede administrativa.

Al ser notificado de la demanda el empleador procedió a contestarla negando de manera general y particular todos los puntos reclamados por la accionante. Entre los puntos negados en el memorial de contestación de la demanda, el accionado dijo que la extinción del contrato de trabajo había sido ajustada a derecho, negó que la actora hubiese comunicado el embarazo en legal forma, que con independencia de este hecho él tenía derecho a producir la extinción del

²⁶ Tribunal de Trabajo de San Salvador de Jujuy. Sala/Juzgado: I. Partes: Giménez Corina Elizabeth c/ Video Drome S.A. s/ demanda laboral. Fecha: 28-ago-2014.

vínculo laboral, ya que la actora se encontraba en período de prueba. Para defender su posición citó doctrina y jurisprudencia favorables a su pretensión, pidió la impugnación de la prueba ofrecida por la trabajadora y el rechazo de la demanda con costas.

No habiéndose producido conciliación alguna en la audiencia prevista para tales fines, quedó trabada la Litis. Al no quedar controvertidas las circunstancias de embarazo, ni que la empleada estaba en período de prueba, el único punto sobre el que tenía que decidir el tribunal era si le asistía o no el derecho al empleador de ponerle fin unilateralmente a la relación laboral estando en conocimiento de su estado de embarazo aunque estuviera en período de prueba o, si por el contrario, estaba obligado a pagar la indemnización especial prevista en el art. 182 de la LCT.

Para responder a esta pregunta el Tribunal realizó las siguientes consideraciones:

- Que, en primer término, no resulta desconocido para este Tribunal que existe doctrina y jurisprudencia que avalan la posición del accionado. Sin embargo, este Tribunal adopta la posición contraria en tanto entiende que antes que los derechos del empleador debe prevalecer la garantía de rango constitucional a la protección de la maternidad de la que goza toda mujer embarazada.
- Que dicha garantía se encuentra tutelada por lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y fundamentalmente de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, además de lo dispuesto en el art. 75, inc. 23, Constitución Nacional.
- Que frente a un derecho de tal rango y nivel de garantía, no puede prevalecer el derecho del empleador a extinguir el contrato de trabajo sin invocación de causa durante el período de pruebas, más aún, si se tiene en cuenta, que la Ley, no tutela la estabilidad

de la trabajadora embarazada en razón de su situación biológica, sino en la medida de considerar discriminatorio el despido en tal ocasión.

- Que habiendo tenido la demandada la oportunidad de desvirtuar las alegaciones de la actora en cuanto a que su despido fue arbitrario y que tuvo como causa su estado de embarazo, la accionada sólo se limitó a manifestar que había hecho uso del derecho que le otorga la Ley de Contrato de Trabajo de extinguir el vínculo sin invocación de causa durante el período de prueba.
- Que el derecho que invoca la accionada cede, ante un derecho superior como es la protección al despido discriminatorio por razones de embarazo. Si la trabajadora notificó su estado de gravidez durante la vigencia del período de prueba y la empleadora rescindió el contrato sin expresión de causa dentro del período establecido, cobra vigencia la presunción del art. 178 de la Ley de Contrato de Trabajo debiendo, en consecuencia, asumir el esfuerzo probatorio tendiente a demostrar la inexistencia de un acto discriminatorio que el sistema legal condena situación que no se verificó en autos.
- Que con base en los fundamentos expuestos, existen hechos reales y probados en el caso en examen, que por su número, precisión, gravedad y concordancia, producen convicción de conformidad con las reglas de la sana crítica racional acerca de que la demandada tenía conocimiento de la situación de embarazo de la actora con anterioridad a la notificación del despido, por lo que la decisión rupturista resulta alcanzada por la presunción del art. 178 LCT, sin que la misma haya sido desvirtuada por prueba en contrario.

Por todo lo expresado, el Tribunal entendió que correspondía que se le abonase a la actora la indemnización especial prevista en el art. 182 de la LCT.

4.2.1.3 Causa: “Rouco”.

En la causa “Rouco Carol Débora c/ La Gota Farmacéutica S.R.L. s/ despido”²⁷ la Cámara Nacional del Trabajo, Sala IX, determinó que el despido de la trabajadora embarazada, aún durante el período de prueba, es un supuesto tutelado por la Ley de Contrato de Trabajo en virtud de la protección integral de la familia por lo que correspondía hacer efectivas las disposiciones del art. 182 de la LCT, condenando a la empleadora a pagar la indemnización especial prevista en la norma citada.

Entre los considerandos la Cámara destacó:

- Que correspondía admitir el agravamiento indemnizatorio dado que se había producido una palmaria vulneración de la estabilidad especial por maternidad prevista en el art. 177 de la LCT.
- Que el art. 92 bis garantiza de manera expresa que rigen para las partes los derechos y obligaciones propios de la relación laboral, lo que le impide incurrir en actos de discriminación.
- Que el art. 177 3er. párr. de la LCT. garantiza expresamente la estabilidad de la mujer durante la gestación, de donde surge prístino el desplazamiento de la normativa invocada por la empleadora relativa al período de prueba.
- Que la tutela dispuesta para las mujeres en los Tratados Internacionales a los que Argentina ha adherido y que forman parte del bloque de constitucionalidad y convencionalidad, determina que no se puede invocar la primacía de una ley de rango inferior máxime cuando ella tiene carácter regresivo.
- Que el despido es discriminatorio en virtud de que vulnera la protección integral de la familia que garantiza el art. 14 bis de la CN.

²⁷ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala/Juzgado: IX. Partes: Rouco Carol Débora c/ La Gota Farmacéutica S.R.L. s/ despido. Fecha: 2-jul-2015

- Que durante el período de prueba rige plenamente la protección a la mujer, a la familia y a la maternidad, contra cualquier acto discriminatorio.

4.2.2 Fallos Contrarios a la Protección de la Maternidad Durante el Período de Prueba

Con un criterio contrario al de los fallos reseñados se encuentran:

4.2.2.1 Causa: “Mendoza”

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII, denegó la procedencia de la indemnización especial del art. 182 a una embarazada en el período de prueba.

En la causa “Mendoza Julia Edith c/ Adecco Argentina S.A. y otro s/ despido”²⁸ la Cámara sentenciante denegó la procedencia de la indemnización especial del art. 182 a una embarazada en período de prueba.

Entre los considerandos el tribunal sentenciante expresó:

- Que correspondía confirmar la sentencia del *a quo* en virtud de que el art. 92 bis es claro en cuanto establece que durante el período de prueba cualquiera de las partes está legitimada para denunciar la relación de trabajo sin responsabilidad indemnizatoria.
- Que el embarazo ya sea pre existente o sobreviniente de la trabajadora no posee virtualidad para alcanzar el *status* jurídico que resulta del período de prueba.
- Que no existe norma que prevea tal efecto ni tampoco es posible inferir el mismo dado que la trabajadora en el período de prueba queda dentro de lo que se denomina un universo cerrado que excluye cualquier tipo de

²⁸ Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala/Juzgado: VIII. Partes: Mendoza Julia Edith c/ Adecco Argentina S.A. y otro s/ despido. Fecha: 28-mar-2008

circunstancias particulares que pudieran llegar a ser consideradas discriminatorias en otras circunstancias.

4.2.2.2 Causa: “Petrillo”

En esta causa la Cámara sentenciante falló en el mismo sentido que lo había hecho en la causa anterior expresando, para apoyar su decisorio, argumentos similares a los ya sostenidos.

De este modo decidió la confirmación de la sentencia de grado, que había rechazado la demanda interpuesta por la trabajadora que se encontraba, al momento de la rescisión del vínculo laboral, en período de prueba.

Se trata de una sentencia negatoria de la indemnización especial establecida en el art. 182 de la LCT, a la que se arriba por mayoría, esto es, con los votos de los Dres Vázquez y Morando, quienes manifiestan:

- Que el período de prueba como su nombre lo indica ha sido establecido para que cualquiera de las partes finalice la relación laboral pudiendo, en el caso del empleador hacerlo sin que ello lo obligue a indemnizar, es decir, rige la libertad de despido.
- Que es el término del período de prueba el que consolida retroactivamente la vigencia de la relación de trabajo, es decir, es necesario que el mismo finalice sin que el empleador haya manifestado su voluntad rupturista.
- Que a partir de la finalización del período de prueba es empleado comienza a gozar de la denominada estabilidad relativa impropia por la que, en caso de ser despedido sin justa causa, tendrá derecho a una indemnización en los términos que emanan de la LCT.
- Que el embarazo, ya sea preexistente o sobrevenido no posee entidad jurídica para alterar las disposiciones relacionadas con el período de prueba.
- Que durante el período de prueba todos los trabajadores integran un universo cerrado para el que no se han establecido excepciones que permitan excluir la regla general.

Por su parte, el Dr. Catardo votó en disidencia argumentando:

- Que a los fines de decidir sobre la situación planteada no se debe soslayar que la relación laboral durante el período de prueba es precaria lo que exige del juzgador un mayor esfuerzo interpretativo sobre la prueba aportada por la demandante a los fines de demostrar la discriminación de la que fuera objeto una vez que la empleadora tuvo conocimiento de su embarazo procediendo a despedirla inmediatamente.
- Que es imprescindible tener como norte el derecho de la mujer gestante a no ser discriminada, principio de profunda raigambre constitucional y convencional.
- Que sólo soslayando el plexo normativo vigente se puede llegar a un decisorio que vulnere los derechos fundamentales de la mujer gestante cuestión que resulta intolerable cuando tal omisión proviene de quien debe administrar justicia.
- Que de la interpretación armónica de la legislación vigente surge que el período de prueba, que busca promover cierto tipo de contrataciones, facilidad en la selección de personal, brindar al empleador la opción de valorar la idoneidad del dador de trabajo, etc., no puede constituirse en una carta de indemnidad a favor del empleador para canalizar prácticas discriminatorias o disvaliosas.
- Que la protección de la maternidad, la salud de la gestante y de su hijo, son objeto de especial tutela normativa por lo que las estipulaciones del art. 92 bis debe ser interpretado de manera restrictiva cuando se trata de cuestiones como las planteadas en el *sub lite*. Dicha norma regula lo atinente al no goce del derecho a la estabilidad durante el período de prueba por lo que no procede el pago de la indemnización, en caso de extinción de la relación laboral durante el mismo. No resulta aplicable a la indemnización que resarce el daño que la cesantía injustificada le produce a la trabajadora embarazada la que ha sido instituida para desalentar prácticas discriminatorias como las que han sido acabadamente probadas en estos autos.

Conclusiones Parciales

Resulta evidente que el período de prueba se ha convertido en un tema de difícil solución habida cuenta que el mismo ha planteado posiciones irreconciliables tanto en el ámbito doctrinario como en el jurisprudencial.

Una de las cuestiones que debe atenderse a la hora de resolver si procede o no la indemnización especial prevista en el art. 182 de la LCT es que las normas que imponen la indemnización agravada cuando se despide a la trabajadora por causa de embarazo se basan en principios y necesidades jurídicas diferentes a las previstas para el período de prueba.

Es que ya no se trata de proteger el derecho del empleador de examinar si la empleada responde al perfil buscado por aquel sino que se trata de cuestiones más profundas cuyos efectos trascienden las fronteras de las relaciones laborales habida cuenta que quedan involucradas cuestiones ultra sensibles para la sociedad como son la protección de la maternidad y los derechos del niño.

La norma debe tener, ante todo, una finalidad tuitiva a los efectos de evitar y desalentar conductas discriminatorias como resulta el despido por causa de embarazo en cualquier tramo de la relación laboral ya que ello conlleva un indudable tinte discriminatorio

Ahora bien, entre las dos posiciones extremas señaladas cabe pensar en una solución intermedia dado que el texto de la norma, a pesar de parecer totalmente claro, no lo es. Se arriba a esta conclusión atendiendo las posiciones analizadas. Dicho esto, sería conveniente establecer algunas consideraciones que le permitan al juzgador contar con elementos certeros para decidir en estas situaciones excepcionales.

CONCLUSIÓN

A lo largo del desarrollo del siguiente trabajo se ha analizado la protección legal con la que cuenta la trabajadora cuando queda embarazada durante el período de prueba habida cuenta que se trata de una situación no contemplada en la legislación vigente.

El Derecho Laboral se nutre e inspira en una serie de principios que marcan pautas generales que deben ser tenidas en cuenta por el legislador a la hora de sancionar las leyes y, en su momento, sirven de guía en la tarea interpretativa que realizan de éstas los jueces.

El principio protectorio es el faro que señala el camino en la tarea de legisladores y jueces y que encuentra sus raíces en la Constitución Nacional garantizando una protección amplia de los derechos de los trabajadores. Este principio se manifiesta a través de tres reglas, esto es, *in dubio pro operario*, ley más benigna y condición más beneficiosa.

A su vez, existen otros principios igualmente tuitivos de derechos laborales como son el de continuidad del contrato, de progresividad, de primacía de la realidad y buena fe. De este modo, ante la duda, por insuficiencia probatoria, de la existencia de un contrato por tiempo determinado se debe entender que la relación laboral era por tiempo indeterminado. La progresividad indica que una ley posterior no puede vulnerar derechos adquiridos sino que debe ser mejoradora de las condiciones existentes. El contrato de trabajo es un contrato realidad, es decir, se privilegian los hechos, lo fáctico sobre las formalidades. La buena fe contractual es subyacente a todo tipo de contrato e indica que la misma debe estar presente al momento de vincularse las partes como así también durante la ejecución del contrato y hasta su conclusión.

Es harto conocido que en Argentina las crisis económicas son cíclicas y que las mismas repercuten sobre la producción de bienes y servicios lo que influye de manera directa sobre el ámbito laboral.

Desde los sectores empresarios se argumenta que el costo laboral es excesivo motivo que obstaculiza la producción y que esta situación se debe a la existencia de una legislación

laboral excesivamente rígida, que vuelca la balanza en beneficio de los trabajadores dejando a los empleadores en situación de desprotección.

Si bien es cierto que la legislación laboral argentina es eminentemente protectora de los derechos de los trabajadores, no es menos cierto que ello es el resultado de largos años de aprovechamiento de la clase obrera en la que no se les respetaban sus derechos siendo considerados prácticamente como herramientas descartables al servicio de las patronales.

La larga historia de abusos fue encontrando lentamente límites a través de las distintas leyes que fueron regulando la jornada de trabajo, los descansos dominicales, las vacaciones, el trabajo de las mujeres, entre otras.

La ley N° 20.744 (LCT) fue un verdadero código laboral, una ley modelo en la región que reguló prácticamente todos los aspectos de una relación laboral, proporcionando definiciones, estableciendo prohibiciones, determinando derechos y deberes de las partes, regulando el contrato de trabajo y sus modalidades, fijando esquemas indemnizatorios, en fin una verdadera ley reguladora y tutiva de los derechos de los trabajadores entre los que se encuentran regulaciones específicas que protegen la maternidad.

Como bien se ha señalado definir la maternidad en términos unívocos y concretos no es posible habida cuenta que se trata de estado que involucra infinitos campos como son el social, el religioso, el cultural, el educativo, el laboral, el psicológico, entre otros tantos.

Al respecto, ha sido un indudable acierto del legislador la inclusión en la ley laboral de un capítulo dedicado a la protección de la maternidad, esto es, la protección de los derechos de la mujer gestante trabajadora durante un período determinado en el que queda prohibido su despido incausado. De este modo, si el empleador decide ponerle fin a la relación laboral en los plazos prohibidos por la ley deberá indemnizar a la trabajadora con una indemnización especial prescripta en la misma norma la que se sumará a la que corresponde a un despido sin justa causa.

Hasta acá la norma no ofrece problemas interpretativos ni existen lagunas que impidan su aplicación ya que basta constatar la situación fáctica que se plantea cuando un empleador expresa su voluntad rupturista de la relación laboral en los plazos prohibidos por la ley para determinar que es procedente la indemnización especial estipulada por la norma como sanción para aquél.

El problema se plantea si estas situaciones se presentan durante los tres primeros meses de la relación laboral, es decir, durante el transcurso del período de prueba regulado igualmente por la LCT en el art. 92 bis que dispone que durante ese lapso temporal cualquiera de las partes podrá expresar su decisión de no continuar la relación laboral determinando que, en el caso del empleador, ello no importará obligaciones indemnizatorias.

Durante el período de prueba el empleador tiene que cumplir con todas las obligaciones que la ley le impone, esto es registrar al empleado, realizar las retenciones y depósitos correspondientes en los organismos de la seguridad social, dar ART, observar las medidas de higiene y seguridad que requiera la actividad, etcétera.

Es decir, el período de prueba no representa para el empleador un alivio de sus obligaciones, sólo le sirve para evaluar el rendimiento, las habilidades profesionales del trabajador, para decidir si el mismo cumple con el perfil buscado y en caso de no ser así poder extinguir la relación laboral sin obligaciones indemnizatorias. De este modo, lo que se produce es una suerte de stand by, una dilación con respecto al goce de la estabilidad relativa impropia que tienen los trabajadores privados en relación de dependencia y no así con el resto de los deberes y obligaciones que la ley dispone para ambas partes.

A primera vista, parecería que estas disposiciones no generan problemas interpretativos sobre su duración y efectos. Sin embargo, existe una situación subyacente que el legislador no ha regulado de manera específica lo que ha dado lugar a que doctrinarios y jueces puedan elaborar teorías y establecer criterios que resultan enfrentados entre ellos.

El problema que se plantea nace cuando durante dicho período de prueba la trabajadora queda embarazada. En estas circunstancias surge el interrogante sobre la procedencia o no de las disposiciones del art. 182 de la LCT que establece, para el caso de despido de la trabajadora en el período establecido, la obligación de abonar una indemnización especial

Desde la doctrina se han elaborado dos posiciones antagónicas, esto es, un sector entiende que si el empleador expresa su voluntad rupturista dentro del período de prueba queda excepcionado de la obligación de abonar dicha indemnización habida cuenta que este período ha sido introducido a los efectos de que el empleador pueda realizar un testeo sobre las cualidades, las aptitudes del trabajador para así decidir la continuación o no de la relación laboral.

Desde la otra vertiente doctrinaria se sostiene que la maternidad es una situación merecedora de especial tutela normativa cuyas raíces se encuentran en la misma Constitución por lo que, en los casos en los que el empleador, notificado fehacientemente de la situación de embarazo de la empleada, decida extinguir la relación laboral deberá abonar la indemnización establecida en el art. 182 de la LCT.

En el ámbito jurisprudencial también se encuentran opiniones disidentes sobre el tema lo que se ha plasmado a través de la abundante exposición de fallos que se ha realizado en el presente.

Desde un plano personal de opinión, esta investigadora entiende que la indemnización del artículo 182 de la LCT debe proceder toda vez que lo que se vulnera es la protección de la maternidad, con lo que el lapso temporal en el que la voluntad rupturista ocurre no reviste importancia.

Resulta que la protección de la maternidad no significa simplemente proteger derechos laborales. Es mucho más que eso. Significa proteger a la gestante, al niño, a la familia y, en definitiva a la sociedad. Esta especial protección legal encuentra apoyatura en el hecho de que

el embarazo, el parto y las situaciones circundantes ubican a la mujer en un estado de especial vulnerabilidad siendo un blanco fácil de conductas discriminatorias las que tienen que encontrar límite en la jurisprudencia, última trinchera en la que se busca protección de derechos y no consagración de inequidades.

ABREVIATURAS

CN: Constitución Nacional

DRAE: Diccionario de la Real Academia Española

LAD: Ley Anti Discriminación

LCT: Ley de Contrato de Trabajo

LEEE: Ley de Estímulo del Empleo Estable

LFE: Ley de Fomento del Empleo

LNE: Ley Nacional de Empleo

LP y ME. Ley de Pequeña y Mediana Empresa

OIT: Organización Internacional del Trabajo

TFG: Trabajo Final de Grado

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Ackerman, M. (2006). *Tratado de Derecho del Trabajo*. Santa Fe: rubinzal-Culzoni.
- De Diego, J.A. (2002). *“Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Etala, C.A. (2000). *Contrato de Trabajo Ley 20744 texto ordenado según decreto 390/76 Comentado, anotado y concordado*. Buenos Aires: Astrea.
- Ferreirós, E. M. (2001). *La discriminación en el trabajo y el derecho a ser reparado sin darse por despedido*. Buenos Aires: Errepar. Revista de Doctrina Laboral.
- Grisolíá, J.A. (2011). *Manual de Derecho Laboral*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Krotoschin, E. (1977). *Manual de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Depalma.

- Litterio, L. H. (2000). Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social. Obra dirigida por Jorge Rodríguez Mancini. Buenos Aires: Astrea.
- Livellara, C. A. (2017). *Notificación fehaciente del embarazo como presupuesto para la viabilidad de la protección especial*. Buenos Aires: Microjuris.
- Lobato, M.Z. (2007). *Historia de las trabajadoras en la Argentina (1869-1960)* Buenos Aires: Edhasa.
- Mirolo, R.R. (2003). *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Córdoba: Advocatus.
- Molina, M. (2006). *Transformaciones Histórico Culturales del concepto de maternidad y sus repercusiones en la identidad de la mujer*. En: Revista Psykhe, 42 Wímb lu, Rev. electrónica de estudiantes Esc. de psicología, Univ. Costa Rica.
- Recuperado de: <http://www.scielo.cl> - Marzo de 2018.
- Montoya Melgar, A. (2000). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tirant lo Blanch.
- Pérez del Viso, A. (2009). *Protección de la maternidad y la niñez: algunos aspectos de la Ley de Contrato de Trabajo*. Buenos Aires: artículo de doctrina de Microjuris.
- Pigna, F. (2011). *Mujeres tenían que ser. Historia de nuestras desobedientes, incorrectas, rebeldes y luchadoras. Desde los orígenes hasta 1930*. Buenos Aires: Planeta.
- Pirolo, M. A. (2000). *La estabilidad por maternidad y matrimonio garantizada a la mujer embarazada en distintas modalidades contractuales y en los regímenes especiales*. Buenos Aires: Infojus.
- Recalde, H.P. (2000). *Revista de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral, Año II, N° 5, Abril / Mayo 2000*. Buenos Aires: Infojus.
- Rodríguez Mancini, J. et al (2000). *Reformas Laborales*. Buenos Aires: Astrea, Buenos Aires, 2000, pág. 14

- Rodríguez Mancini, J. (2007). *Derechos fundamentales y relaciones laborales*. Buenos Aires: Astrea.
- Sabino, C. (1994). *Como hacer una tesis*. Buenos Aires: Lumen.
- Serrano Alou, S. (2010). *Actualización de la protección de la mujer embarazada*. Buenos Aires: Microjuris.
- Solano, M. (3015). *Protección contra el despido por causa de maternidad. ¿Aplicable a la mujer adoptante?*. Buenos Aires: Microjuris.
- Vázquez Vialard, A. (1999). *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. Buenos Aires: Astrea.

Legislación

- Ley N° 20.744 Ley de Contrato de Trabajo (LCT).
- Ley N° 25.250. Ley de Estímulo al Empleo Estable (LEEE).
- Ley N° 24.465. Ley de Fomento del empleo
- Dictamen (DLTRSS) 1548/97
- Ley N° 25.013
- Ley N° 23.592. Ley Anti Discriminación

Jurisprudencia

- Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala/Juzgado: VII. Partes: “L. E. M. c/ Qualytel de Latinoamérica S.A. s/ despido”. Fecha: 5-ago-2011
- Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala/Juzgado: IX. Partes: “Rouco, Carol Débora c/ La Gota Farmacéutica S.R.L. s/ despido”. Fecha: 2-jul-2015.
- Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala/Juzgado: VIII. Partes: “Mendoza Julia Edith c/ Adecco Argentina S.A. y otro s/ despido”. Fecha: 28-mar-2008.

- Tribunal de Trabajo de San Salvador de Jujuy. Sala/Juzgado: I. Partes: “Giménez Corina Elizabeth c/ Video Drome S.A. s/ demanda laboral”. Fecha: 28-ago-2014.
- Tribunal: Cám. del Trabajo de Córdoba, Sala II, autos: “Morsicato, Vicente c/. Telecom Argentina Stet France Telecom SA – Despido”. Fecha: 29/09/2000.
- Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala/Juzgado: VII. Partes: Milio Rubén Darío c/ Prosegur Sociedad Anónima s/ despido. Fecha: 22-feb-2018.
- Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala/Juzgado: VI. Partes: “Busto Florencia Andrea c/ Petroplastic S.A. y otro s/ despido”. Fecha: 31-ago-2017.
- Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala/Juzgado: VII. Partes: “Pérez Cortés Estela María del Valle c/ Golman Christian Ezequiel s/ despido”. Fecha: 25-jul-2008.
- Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala/Juzgado: VIII. Partes: “Petrillo Paola Natalia c/ Nas Argentina S.A. s/ despido”. Fecha: 23-sep-2008.
- CSJN. “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA SA” 14/09/04; “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA” 21/09/04.
- Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala/Juzgado: VI. Partes: “Vecchio Andrea Paula c/ Directores Dime S.A. s/ despido”. Fecha: 28-oct-2009.
- Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala/Juzgado: II. Partes: “Pueyo Norma Esther c/ Kein Gustavo Julio y otros s/ despido”. Fecha: 3-oct-2008.
- Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Corrientes. Sala/Juzgado: de Acuerdos. Partes: “Sosa Noelia Soledad c/ Impulso S.A. s/ ind. Etc”.Fecha: 20-nov-2015.
- Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala/Juzgado: VI Partes: “B. L. E. c/ Giomon Agencia de Investigaciones privadas S.R.L. y otros s/ despido”. Fecha: 7-sep-2017.

- Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala/Juzgado: III. Partes: “Castro Mariana E. c/ American Express Argentina S.A s/ despido”. Fecha: 20-sep-2010.

Otras Fuentes

- www.ilo.org › OIT inicio › Normas del trabajo › Temas comprendidos en las normas. Recuperado en Marzo de 2018.
- <https://psicologosbonnet.wordpress.com/2011/01/04/204/>. Recuperado en Marzo de 2018.