



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

Secretaría de Posgrado



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

TESIS DE MAESTRIA

LA MUJER EMBARAZADA EN EL PERÍODO DE PRUEBA

Nombre de la Tesista: Abogada María Paula Oviedo

Nombre de la Directora: Magíster Julia Mendez Casariego

Lugar y año de presentación: Mendoza, Año 2023



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

Secretaría de Posgrado



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

LA MUJER EMBARAZADA EN EL PERÍODO DE PRUEBA

MAESTRIA EN DERECHO DEL TRABAJO

Nombre de la Tesista: Abogada María Paula Oviedo

Nombre de la Directora: Magíster Julia Mendez Casariego

Lugar y año de presentación: Mendoza, Año 2023

INDICE

Resumen.....	6
Introducción.....	7
1. Justificación de la importancia del tema: “La mujer embarazada en el periodo de rueba”.....	7
2. Análisis de los antecedentes normativos sobre la protección integral de la mujer.....	11
3. Análisis de los antecedentes normativos sobre el periodo de prueba.....	14
4. Contribución de la propuesta al campo del Derecho del Trabajo.....	16
5. Objetivos principales.....	18
6. Planteo metodológico.....	18

Capítulo 1

1. Aspectos Generales en Torno al Contrato de Trabajo	20
1.1. Contrato de trabajo.....	22
1.2. La subordinación jurídica, técnica y económica del empleador.....	23
a. Subordinación económica.....	23
b. Subordinación técnica.....	24
c. Subordinación jurídica.....	24
1.3. La libertad de contratar.....	27
1.4. La buena fe en el contrato de trabajo y en las tratativas precontractuales.....	29
a. Las tratativas preliminares y el examen preocupacional.....	34
1.5. Facultad de despedir en forma diligente.....	35

2. Conclusión	36
----------------------------	-----------

Capítulo 2

1. Derecho a la no discriminación.....	38
1.1 Causales objetivas de diferenciación.....	42
1.2 La Ley 23.592 y el despido discriminatorio.....	43
1.3 Carga de la prueba en el despido discriminatorio.....	51
1.4 Prohibición específica de discriminación a la mujer trabajadora.....	54
2. Derecho Comparado. Derecho Colombiano y la Teoría de la Estabilidad Laboral Reforzada.....	54
3. Conclusión.....	57

Capítulo 3

1. Periodo de prueba.....	58
1.1. Debida registración de la relación laboral como condición Indispensable.....	59
1.2. Facultad extintiva de las partes de la relación laboral.....	65
2. Conclusión.....	66

Capítulo 4

1. Protección de la mujer trabajadora embarazada.....	67
1.1. Normativa supranacional sobre la protección de la familia y de la maternidad.....	67
1.2. La protección de la maternidad en la LCT.....	69

a. Prohibición de trabajar.....	70
b. La comunicación del embarazo.....	71
c. Derecho a la estabilidad en el empleo.....	74
d. Despido por causa de embarazo, presunción.....	76
2. Responsabilidades familiares compartidas.....	78
3. Derechos fundamentales que se lesionan al despedir a una mujer embarazada aplicables al periodo de prueba.....	82
4. Conclusión.....	83

Capítulo 5

1. La mujer embarazada en el periodo de prueba.....	84
1.1. Distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales.....	85
2. Derecho comparado.....	91
3. Conclusión. La propuesta.....	92
Bibliografía consultada.....	95

Resumen

El presente trabajo busca mostrar la desprotección en que se encuentra la trabajadora embarazada durante el período de prueba, a raíz de que el Artículo 92 Bis de la LCT nada plantea en relación a su situación. Esto provoca innumerables situaciones de despidos discriminatorios. Ante ello debe primar el entendimiento de que la facultad de despedir deba ser ejercida en forma diligente, teniendo en mira criterios objetivos.

La jurisprudencia y la doctrina imperante entienden que, el despido de la mujer embarazada aún en el período de prueba, constituye violencia laboral en los términos de la Ley 26.485 de Protección Integral de la Mujer, si la causa del distracto es el embarazo o nacimiento del hijo de la trabajadora, como también es un acto nulo de nulidad relativa, por ser un acto discriminatorio (Ley 23.592).

A los efectos de poder armonizar soluciones a lo largo y ancho de nuestro país, es que es necesario unificar criterios, siempre atendiendo a que los bienes jurídicos que priman son la maternidad, la salud de la mujer trabajadora, la salud del niño por nacer, el derecho a formar una familia.

Introducción

Referimos en el presente trabajo, al estudio y análisis de un problema actual, que tiene dos caras; por un lado, la situación de la mujer embarazada en el período de prueba y como contracara, la posición del empleador, con la facultad que la Ley de Contrato de Trabajo le concede durante dicho período y con su libertad de contratar. Esta dicotomía genera una multiplicidad de situaciones que no han sido tenidas en cuenta por la ley, y que han debido ser corregidas de alguna manera por la doctrina y por la jurisprudencia, no siendo unánimes las soluciones logradas.

1. Justificación de la importancia del tema

A pesar de los avances culturales, sociales y legislativos en torno a la protección integral de la mujer en todo el ámbito laboral, es preciso analizar, si la actual normativa legal o las medidas adoptadas por el Estado son eficientes o no a la hora de proteger a la mujer trabajadora embarazada en sus derechos fundamentales, y si esas medidas alcanzan a aquella que se encuentra en período de prueba.

Es prioritario determinar si Argentina cumple con los tratados internacionales con jerarquía constitucional que rigen en el país, como ordenamiento jurídico vigente en torno a la protección integral de la mujer, no solo durante el desarrollo de su vida laboral, sino específicamente en el período de prueba. Es imprescindible determinar los objetivos primordiales que el Estado pretende proteger, el lugar que el mismo le reconoce a la mujer en su maternidad, como progenitora de vida y como célula básica de la sociedad. Como también la necesidad de avanzar en el entendimiento de que en la actualidad hay derechos que deben reconocerse y protegerse no solo a las mujeres, sino también a los hombres, en un alcance de que es la familia el núcleo necesario de la sociedad.

Otro de los problemas que como contracara se observa, es la renuencia de muchos empleadores a contratar mujeres, renuencia que encuentra su respuesta en que ellas

tienen derecho a gozar de licencias (por embarazo, maternidad, obligaciones familiares, etc.), mientras que los hombres se suelen ocupar de dichas “obligaciones o roles que socialmente corresponden a la mujer” en menor medida.¹

Vemos que esta situación de supuesta protección laboral de la mujer configurada con licencias, descansos (Artículo 174 de la LCT²), prohibiciones (Artículo 175, 176 de la LCT³), en ciertas ocasiones se entiende por la parte empleadora como un “riesgo o costo económico”, que no goza de un respaldo ni incentivo suficiente por parte del Estado y que causa un efecto perjudicial y contrario al querido por la ley, el desalentar la contratación de mujeres.⁴

La normativa a la que hacemos referencia en el párrafo ut supra, se encontraba fundamentada al momento de regularla en criterios protectorios para su época (año 1974), en un mundo laboral construido por y para varones; en el lugar que se entendía ocupaba primordialmente la mujer en la sociedad y en la familia, ya que se consideraba que al trabajar restaba atención a sus deberes en el hogar y con sus hijos; en las diferencias fisiológicas entre una mujer y un hombre, entendiendo la necesidad de evitar que la misma llevara a cabo actividades que fueran peligrosas e insalubres, evitando que trabajara en horarios nocturnos, limitando su jornada laboral, estableciendo descansos. Hoy estos fundamentos aparecen como desactualizados, y lo que se busca es igualar al hombre y a la mujer en torno a las responsabilidades

¹ Tartaglia, María Magdalena (2016). Las mujeres y el Acceso al puesto de trabajo. ¿Puede el derecho incidir frente a la situación de discriminación estructural? Revista de Derecho Laboral, 2, pp 138. Rubinzal, Culzoni Editores.

² Artículo 174 LCT: “Descanso al mediodía. Las mujeres que trabajen en horas de la mañana y de la tarde dispondrán de un descanso de dos (2) horas al mediodía, salvo que por la extensión de la jornada a que estuviese sometida la trabajadora, las características de las tareas que realice, los perjuicios que la interrupción del trabajo pudiese ocasionar a las propias beneficiarias o al interés general, se autorizare la adopción de horarios continuos, con supresión o reducción de dicho período de descanso”.

³ Artículo 175 LCT: “Trabajo a domicilio. Prohibición. Queda prohibido encargar la ejecución de trabajos a domicilio a mujeres ocupadas en algún local u otra dependencia en la empresa.”

Artículo 176 LCT: “Tareas penosas, peligrosas o insalubres. Prohibición. Queda prohibido ocupar a mujeres en trabajos que revistan carácter penoso, peligroso o insalubre. La reglamentación determinará las industrias comprendidas en esta prohibición. Regirá con respecto al empleo de mujeres lo dispuesto en el artículo 195.”

⁴ Tartaglia, María Magdalena (2016). Las mujeres y el Acceso al puesto de trabajo. ¿Puede el derecho incidir frente a la situación de discriminación estructural? Revista de Derecho Laboral, 2, pp 142. Rubinzal, Culzoni Editores.

familiares, como también lograr la igualdad de trato y oportunidades en un puesto de trabajo.⁵

La realidad muestra que, por más derechos que se encuentren consagrados en nuestro ordenamiento, los resultados buscados han ido en contra del objetivo, acentuándose la discriminación y la violación del derecho al trabajo, pero se ha puesto en tela de juicio, también, el derecho que tienen los empleadores a contratar libremente, y a decidir a quiénes van a seleccionar para un puesto de trabajo, como así el ejercicio que la LCT le reconoce de extinguir el vínculo laboral durante los tres primeros meses.

Según estudios realizados por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, es una realidad todavía actual el hecho de que es mayor la proporción de hombres que se insertan en un puesto de trabajo, que escalan jerárquicamente y que perciben mayores remuneraciones en comparación a las mujeres.⁶ Esto, en respuesta a la lógica de los empleadores, de que la contratación de mujeres implica un costo mayor para la empresa, por ello priorizan el empleo de varones.

Autores como Liliana Litterio describen estas situaciones, diciendo que la mujer todavía hoy tiene un “techo de cristal”, haciendo de este modo referencia a las dificultades o imposibilidades que existen para que una mujer pueda escalar en distintos puestos jerárquicos de mayor responsabilidad; como también que las mujeres trabajadoras se mueven en “suelos pegajosos” en virtud de que se ven retenidas en puestos de menos categoría y menor remuneración,⁷ muchas veces por la idea socialmente aceptada de que la mujer debe ocupar labores relacionados con el cuidado, atención de personas, educación, trabajo doméstico.

Las distintas situaciones a las que se enfrenta la mujer, deben ser resueltas por políticas públicas que comprometan a los tres poderes del Estado, y a la sociedad

⁵ OIT (1996). Igualdad en el empleo y la ocupación. Conferencia Internacional del trabajo, 83° reunión, Informe III (parte 4B), pp. 70. Disponible en: https://labordoc.ilo.org/discovery/fulldisplay?vid=41ILO_INST:41ILO_V1&tab=Everything&docid=alma993149953402676&context=L&search_scope=ALL_ILO&lang=es (s/f).

⁶ Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (2018). “Las Mujeres en el Mundo del Trabajo” Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_ctio_documentodetrabajo.pdf. (s/f).

⁷ Litterio, Liliana Hebe (2017). El trabajo de las Mujeres. Las normas, la jurisprudencia y la realidad. 1ª ed (pp21). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

toda, asumiendo la obligación de atender el tema, denunciarlo, y de adoptar medidas que no impliquen una protección desmedida que lleve a crear más discriminaciones.

La realidad demuestra que los futuros empleadores analizarán antes de contratar a una mujer si está en edad reproductiva y probablemente si tiene intención de tener (más) hijos para determinar si la contratan o no.⁸ Es así que el Derecho es una herramienta que debe utilizarse para zanjar estas situaciones que muchas veces tiene de protagonista a la mujer que trabaja fuera y dentro de su hogar, conocida como la mujer múltiple.⁹

Está a la vista, la necesidad de que la prohibición de discriminación debe garantizarse, no ocultando las diferencias existentes entre hombres y mujeres, ni eliminándolas, sino reconociéndolas y protegiéndolas, de manera que en el Derecho del Trabajo, las mismas no sean obstáculos para lograr la tan ansiada igualdad de oportunidades y trato.¹⁰

En este orden de ideas, podemos concluir que las características fisiológicas y psicológicas tanto de hombres como de mujeres, no pueden en ningún caso implicar situaciones de inferioridad, de hiposuficiencia que sean merecedoras de una “protección especial”.¹¹ Solo la maternidad es un justificativo que debe ser protegido, sin llegar a generar situaciones de discriminación que perjudiquen a la mujer directamente en un puesto de trabajo.

⁸ Cruzado Cachi, Alberto Renato (2015). La afectación de los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada al extinguir el empleador la relación laboral durante el período de prueba. Pp 9. Disponible en: <http://repositorio.upn.edu.pe/handle/11537/6346>. (s/f).

⁹ Litterio, Liliana Hebe (2017). El trabajo de las Mujeres. Las normas, la jurisprudencia y la realidad. 1ª ed (pp 23). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

¹⁰ Ackerman, Mario E. (2017). Prologo. En: Litterio, Liliana Hebe. El Trabajo de las Mujer. Las normas, la jurisprudencia y la realidad (pp12) Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.

¹¹ Litterio, Liliana Hebe (2017). El trabajo de las Mujeres. Las normas, la jurisprudencia y la realidad. 1ª ed (pp 73). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

2. Análisis de los antecedentes normativos sobre la protección integral de la mujer

A finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, con la creciente inmigración llegada a Argentina, ligada a mano de obra necesitada de trabajo, aparece el Modelo Económico Agroexportador. El Estado asume un nuevo rol ante la ineludible tutela de las distintas problemáticas que surgían, las cuales exigieron un mayor control social.

En este devenir, surge la necesidad de legislar el trabajo femenino, el cual se concreta por primera vez con el Proyecto del Código de Trabajo de 1904 de Joaquín V. González, no aprobado finalmente por el Congreso¹². Según éste, el rol social femenino era el de atender el hogar y la familia, por lo que en el caso en que necesitara entrar en una relación laboral, debía hacerlo contando con la máxima protección del Estado. Vemos que es así como la ley laboral, entendía que el sujeto de protección era el varón trabajador.

El proyecto sirvió de inspiración para la Ley 5.291 del diputado socialista Alfredo Palacios (sancionada en 1907 por el Congreso de la Nación) que, además de prever para las mujeres embarazadas una licencia con goce de remuneración (veinte días antes del parto y cuarenta posteriores), detallaba las tareas en las que mujeres y menores podían ser empleados: en fábricas, usinas, manufacturas, talleres y establecimientos análogos con certificado médico público (Artículo 1, 2), como actores partiquinos con autorización (Artículo 9), etcétera. También entendía que, dado el rol social de la mujer en el caso en que “necesitara” acceder a una relación laboral, había que protegerla, es decir que en la ley eran entendidas como si tuvieran una cierta incapacidad.

Las situaciones de “protección” mencionadas entonces, llevaban como correlato un alejamiento y obstaculización para el ingreso de la mujer en el mercado laboral, generando una discriminación aceptada y querida por la sociedad.

¹² Bertolo, Maricel (2000). Trabajo femenino en Argentina. Pp 3. Disponible en: <https://www.aset.org.ar/congresos/7/18007.pdf>.

Posteriormente, el Proyecto de Ley de 1921 continuó con la finalidad protectora de la mujer, considerándola como un sujeto de tutela preferente en virtud de su particular fragilidad en comparación a la situación laboral de los hombres. En el trabajo industrial y comercial estableció mayores descansos entre jornadas, aumentó los plazos de licencia por maternidad, previendo un seguro a tal fin. Para la época, estas situaciones eran consideradas privilegios, ya que era socialmente aceptada la necesidad de resguardar a la mujer en su función social primordial: la de reproducción biológica.¹³

Autores como Wainerman y Navarro manifestaron al respecto en ese momento: “La mujer casada, por ser gestora y responsable de la salud física y moral de las generaciones futuras, demanda especial protección. La mujer es vista esencialmente como progenitora, de allí que la legislación laboral femenina sea esencialmente eugenésica.”¹⁴

Si bien se pretendió protegerla en la esfera extra doméstica, estas situaciones de preferencia tuvieron como consecuencia desfavorable la discriminación a la hora de pretender la mujer insertarse en un puesto de trabajo.

En esta línea “evolutiva” de tutela estatal, en 1924 se reemplazó la ley vigente hasta ese momento por la Ley 11.317, que, en sintonía con la ley anterior, amplió el período de licencia por embarazo, lo llevó a cuarenta y cinco días antes del parto y sesenta días después, prohibió el despido por embarazo y previó una indemnización en caso de despido sin causa.

La Ley de Contrato de Trabajo (20.744) de 1976 derogó parcialmente la anterior, manteniendo la regulación de los trabajos prohibidos para la mujer, y receptó normas de protección a sus derechos en el Artículo 81, y en el Título VII dedicado al trabajo de mujeres.

En un avance significativo, en el año 1986 Argentina ratificó el Convenio N° 156 de la Organización Internacional del Trabajo, por Ley 23.451, sobre los trabajadores

¹³ Bertolo, Maricel (2000). Trabajo femenino en Argentina. Pp 13. Disponible en: <https://www.aset.org.ar/congresos/7/18007.pdf>.

¹⁴Wainerman, Catalina y Navarro, Marysa (1979). El trabajo de la mujer en la Argentina: un análisis preliminar de las ideas dominantes en las primeras décadas del siglo XX. CENEP, N° 7, pp 20.

con responsabilidades familiares, que en su propósito establece garantizar la igualdad de oportunidades y trato entre trabajadores y trabajadoras.

En esta línea progresiva de derechos, la Ley 23.592 de 1988 establece medidas para quienes arbitrariamente, mediante actos discriminatorios, impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidas en la Constitución Nacional.

Con la reforma constitucional de 1994, adquirieron jerarquía constitucional tratados que tienen entre sus objetivos la protección del principio de igualdad y de no discriminación, específicamente el Artículo 2 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; Artículos 2.1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículos 2.2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los Artículos 2.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Artículos 1.1. y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

A estas normas podemos agregar los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo N° 100 ratificado por Decreto Ley 11.595/56 y el N° 111 ratificado por Ley 11.677; y la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” Belem Do Pará, la cual garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (Artículo 4, inc. “f”), Convención aprobada en 1996 por Ley 24.632 con jerarquía superior a las leyes.

La Ley 25.674 del año 2002, en busca de igualar, implementa desigualdades al crear el “cupó sindical femenino”. En el mismo tenor la Ley 24.241, en su Artículo 19, establece una edad diferenciada para hombres y mujeres para la obtención de la prestación jubilatoria, regulando la de las mujeres en 60 y la de los hombres en 65 años.

La Ley 26.485 de Protección Integral por Violencia contra la Mujer, del año 2009, busca garantizar la igualdad real de derechos, oportunidades y trato entre mujeres y hombres, la eliminación de la discriminación en todos los órdenes de la vida, el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia, el desarrollo de políticas públicas de carácter institucional, la remoción de patrones socioculturales que

promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres, el acceso a la justicia de las mujeres violentadas, etcétera.

Agregamos también las Declaraciones Social y Laboral del Mercosur de 1998 y 2015, la Ley 25.212 Pacto Federal del Trabajo, y el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.694) de 2015 como normativas que han impactado en el proceso de protección y garantía de derechos de la mujer.

Con el desarrollo del presente trabajo, abordaremos adecuadamente algunos de estos antecedentes.

3. Análisis de los antecedentes normativos sobre el período de prueba

El período de prueba no fue incorporado en un primer momento por la Ley de Contrato de Trabajo, sino que estuvo previsto en algunos estatutos jurídicos particulares, como el de encargados de casa de rentas (Artículo 6 Ley 12.981), servicio doméstico (Artículo 8 DL 326/1956) y periodistas profesionales (Artículo 25 Ley 12.908).

Este instituto fue incorporado como Artículo 92 bis a la Ley de Contrato de Trabajo mediante la Ley 24.465 de marzo de 1995, con la siguiente redacción: “Artículo 1º- Incorporáse como artículo 92 bis del Régimen de Contrato de Trabajo (L.C. T., t.o. 1976), el siguiente: "Artículo 92 bis: Período de Prueba. El contrato de trabajo por tiempo indeterminado se entenderá celebrado a prueba durante los primeros tres (3) meses. Los convenios colectivos de trabajo podrán ampliar dicho plazo hasta seis (6) meses. En ambos casos se aplicarán las reglas siguientes: 1.-Un mismo trabajador no podrá ser contratado con período de prueba, por el mismo empleador, más de una vez. 2.-El empleador deberá registrar el contrato a prueba en el libro especial del Artículo 52 de esta ley y en el Sistema Único de Registro Laboral. 3.-Durante el período de prueba el trabajador tendrá los derechos y obligaciones propios de la categoría o puesto de trabajo que desempeñe, incluidos los derechos sindicales, con las excepciones que se establecen en este artículo. 4.-Cualquiera de las partes podrá

extinguir la relación durante el período de prueba sin expresión de causa y sin derecho a indemnización alguna con motivo de la extinción. 5.-El empleador y el trabajador estarán obligados al pago de los aportes y contribuciones para obras sociales y asignaciones familiares y exentos de los correspondientes a jubilaciones y pensiones, Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y Fondo Nacional de Empleo. 6.-El trabajador tendrá derecho durante el período de prueba a las prestaciones por accidente o enfermedad de trabajo, incluidos los derechos establecidos para el caso de accidente o enfermedad inculpable, con excepción de lo prescripto en el cuarto párrafo del Artículo 212 de esta Ley. 7.-Si el contrato continuara luego del período de prueba éste se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la seguridad social. 8.-Los convenios colectivos de trabajo podrán establecer porcentajes en relación a la contratación de trabajadores a prueba así como la prioridad para el ingreso en el supuesto de incremento de la planta efectiva."

La redacción original fue modificada por la Ley 25.013 que redujo el plazo de prueba a treinta días. Pero, finalmente, por ley 25.250, se volvió a ampliar el plazo a tres meses. Esta ley fue derogada por la 25.877 del 19 de marzo del año 2004 quedando la redacción final y actual de la siguiente forma:

"El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el artículo 96, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros TRES (3) meses de vigencia. Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción, pero con obligación de preavisar según lo establecido en los Artículos 231 y 232.

El período de prueba se regirá por las siguientes reglas:

1. Un empleador no puede contratar a un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el período de prueba. De hacerlo, se considerará de pleno derecho, que el empleador ha renunciado al período de prueba.
2. El uso abusivo del período de prueba con el objeto de evitar la efectivización de trabajadores será pasible de las sanciones previstas en los regímenes sobre infracciones a las leyes de trabajo. En especial, se considerará abusiva la conducta

del empleador que contratare sucesivamente a distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente.

3. El empleador debe registrar al trabajador que comienza su relación laboral por el período de prueba. Caso contrario, sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de ese incumplimiento, se entenderá de pleno derecho que ha renunciado a dicho período.

4. Las partes tienen los derechos y obligaciones propias de la relación laboral, con las excepciones que se establecen en este artículo. Tal reconocimiento respecto del trabajador incluye los derechos sindicales.

5. Las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social.

6. El trabajador tiene derecho, durante el período de prueba, a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo. También por accidente o enfermedad inculpable, que perdurará exclusivamente hasta la finalización del período de prueba si el empleador rescindiere el contrato de trabajo durante ese lapso. Queda excluida la aplicación de lo prescripto en el cuarto párrafo del artículo 212.

7. El período de prueba, se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la Seguridad Social.”

4. Contribución de la propuesta al campo del Derecho del Trabajo

A fin de lograr una contribución al campo del Derecho del Trabajo, es imprescindible mostrar el espacio vacante o laguna legal existente, y analizar si las medidas adoptadas por Argentina atentan con el consagrado derecho a la igualdad de oportunidades y de trato sin distinción de sexo, al principio de protección integral de la mujer y al derecho al trabajo.

La normativa legal hoy en Argentina muestra un vacío en torno a la protección de la mujer embarazada en el período de prueba, que ha sido completado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, las cuales adoptan distintas posturas en torno a una posible solución.

La problemática que surge, y que no encuentra hoy una solución unánime, es la situación de la mujer que, en período de prueba, toma conocimiento de que se encuentra embarazada, a raíz de que, según la fría letra del artículo 92 bis, el empleador puede extinguir la relación durante los primeros tres meses, sin expresión de causa, y sin derecho a indemnización con motivo de la extinción de la relación laboral, solo debiendo pre avisar con quince días de antelación, tal como lo establece el Artículo 231 de la L.C.T.

En estas situaciones vemos que, si el empleador o la empleadora despide a la mujer en ese período de prueba, encontrándose la misma embarazada, difícilmente podrá ésta encontrar un puesto de trabajo, por lo menos hasta que el embarazo culmine, dejándola de este modo desamparada, discriminada en relación al resto de la población, por la sola razón de estar encinta.

Se encuentra en juego también el principio de libertad de contratación que tiene el empleador, reconocido en el Artículo 14 de la Constitución Nacional como derecho implícito del derecho a comerciar, y como contracara, la solución que dicta el Artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo para los casos de despido por causa del embarazo, teniendo en cuenta la protección integral que la ley quiere darle a la mujer.

La solución que pretende buscarse es que el Derecho del Trabajo se alinee con el principio de protección integral de la mujer que orienta todo el ordenamiento jurídico argentino, sin que terminen generándose situaciones de aprovechamiento que desemboquen en efectos no deseados, perjudicando de este modo también la situación de los empleadores, o incrementando las situaciones de discriminación de la mujer.

5. Objetivos principales

El objetivo principal es analizar la realidad de la contratación de mujeres embarazadas en el período de prueba, las situaciones de discriminación que se generan, de violación de sus derechos humanos fundamentales y las medidas adoptadas por el Estado a fin de paliar las situaciones de discriminación y abuso, y evitar así el entendimiento por parte de los empleadores de que la contratación de mujeres implica un riesgo empresarial que no puedan soslayar.

Así analizaremos la otra cara del problema; la situación de los empleadores que entienden la contratación de mujeres como un riesgo muchas veces difícil de soportar, y encuentran soslayada su libertad de contratar. Analizaremos así, cuándo puede considerarse que la actuación del empleador es considerada como abusiva de sus derechos.

Para ello, es necesario preguntarnos si las soluciones planteadas hoy por el Estado, son eficaces, si dan soluciones concretas, o si existen vacíos normativos +necesarios de cubrir. Preguntarnos entonces si en nuestra realidad jurídica existen límites o no a la facultad que tiene el empleador a la hora de ejercer su facultad extintiva durante el período de prueba en torno a la mujer embarazada.

6. Planteo metodológico

Desde el punto de vista del carácter, el presente trabajo es cualitativo, ya que se llevará a cabo un análisis documental de normas, fallos y doctrina.

Desde el punto de vista de la finalidad, el estudio es aplicado, dado que no solo se pretende comprender el fenómeno planteado sino que se espera proponer una solución concreta a los problemas que sufre la embarazada en el período de prueba.

En relación con la profundidad, es descriptivo, analítico y propositivo. En un primer momento se examinarán los antecedentes doctrinales, normativos, jurisprudenciales existentes, buscando describir la situación actual que ha conducido a la presente investigación. Finalmente, se pretende diseñar una solución a los problemas existentes.

Desde el punto de vista de la naturaleza, es documental ya que se analizará la normativa vigente tanto lo regulado por nuestra Constitución Nacional, Ley de Contrato de Trabajo, Leyes especiales (como la Ley 23.592) y los Tratados Internacionales de jerarquía constitucional.

Capítulo 1

1. Aspectos Generales en Torno al Contrato de Trabajo

A los efectos del desarrollo del presente trabajo, es necesario recordar ciertos conceptos y principios fundamentales que hacen a la esencia del mismo.

Es así como, el trabajo es entendido por el Artículo 4 de la LCT¹⁵ como toda actividad lícita que se presta en favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración. El mismo artículo en su segundo párrafo, da primero un valor fundamental a la persona al entender que el objetivo principal del contrato de trabajo es la actividad productiva y creadora del hombre en sí, y luego toma en cuenta la relación de intercambio y el fin económico. Esta definición permite entender al trabajo como el medio de realización y sustento del hombre como persona y como integrante de una sociedad.¹⁶

Es el Artículo 14 bis de la Constitución Nacional, base fundamental en nuestra materia, el que establece que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, difundiendo de este modo el principio protectorio en todo el ordenamiento jurídico laboral. El cual se ve bañado por la idea de que el hombre y el respeto a su dignidad es el centro del mismo. Elsa Gentile manifiesta que la dignidad de la persona humana "... constituye el valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental".¹⁷

¹⁵ Artículo 4 LCT: "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."

¹⁶ Gentile, Elsa (2017). Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada con el Código Civil y Comercial. Vol II, 1ª ed, (pp 81-82). Rosario: Nova Tesis Editorial Juridica.

¹⁷ Gentile, Elsa (2017). Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada con el Código Civil y Comercial. Vol II, 1ª ed, (pp 132). Rosario: Nova Tesis Editorial Juridica.

La dignidad de la persona intrínseca a todos y cada uno de los humanos, por el solo hecho de serlo, es reconocida por múltiples tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Civiles; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, entre otros), siendo la protección y realce de la misma su fundamento primero. Es así como por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su Artículo 22, reconoce que: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a... la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”

Entendemos entonces al trabajo, como un derecho humano de segunda generación (derecho social) indispensable para el desarrollo de la dignidad de todo hombre.

En este orden de ideas, el principio protectorio del derecho laboral, tiene el fin de nivelar las desigualdades existentes entre empleador y trabajador. Del mismo se desprende de forma necesaria, la regla de la irrenunciabilidad de los derechos por parte del trabajador tanto en forma anticipada, como de derechos objetivos ya obtenidos, por medio de ley, estatutos profesionales, convenciones colectivas o contratos individuales, protegiéndose de esta forma la situación de falta de capacidad negocial que tiene el trabajador respecto de su empleadora, pudiendo llegar el primero, por una situación de necesidad, a pretender renunciar a derechos que hacen a la protección de la persona trabajadora en su dignidad, en su integridad moral, física y económica.

Es así que, por el principio protectorio del trabajador, la LCT en su Artículo 12, prevé que la solución a este tipo de renunciaciones es la nulidad de toda convención que suprima o reduzca derechos ya reconocidos, al decir que: “Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción.”

1.1. Contrato de trabajo

El Contrato de Trabajo regulado en el Artículo 21 de la LCT,¹⁸ es entendido como el acuerdo de voluntades en el que una de las partes (la trabajadora) pone a disposición de la otra (el empleador) en forma personalísima su fuerza de trabajo físico, intelectual o ambas, quien se sirve de la misma a cambio de una prestación remunerativa. Como característica importante, el trabajador no asume por sí el riesgo de la prestación que realiza, sino que lo hace por cuenta ajena, es decir por cuenta del empleador (empresa o empresario).

El presente acuerdo encuentra su contenido regulado mayormente por las normas de Orden Público Laboral. En él, la parte trabajadora se encuentra subordinada en forma económica, técnica y jurídica respecto de la parte empleadora.

En orden con lo que establece el Artículo 5 de la LCT¹⁹, podemos definir a la “empresa” como una organización de capital y trabajo, con fines económicos o benéficos, dirigida y organizada por un “empresario”, quien lleva a cabo esta tarea por sí mismo o por medio de sus representantes, y se relaciona en forma jerárquica con los trabajadores.²⁰

¹⁸ Artículo 21 LCT: “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.”

¹⁹ Artículo 5 LCT: “Empresa-Empresario. A los fines de esta ley, se entiende como "empresa" la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos. A los mismos fines, se llama "empresario" a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la "empresa".”

²⁰ Pirolo, Miguel Ángel (2011). Tratado, Jurisprudencial y Doctrinario, Derecho del Trabajo, Relaciones Individuales. Vol. I, 1ª ed (pp 3). Buenos Aires: La ley.

1.2. La subordinación jurídica, técnica y económica del empleador.

El trabajador, como mencionamos, desempeña su labor bajo la subordinación jurídica, técnica y económica del empleador.

a. Subordinación económica

Cuando hablamos de subordinación económica estamos haciendo referencia a que el trabajador pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo, a cambio de una remuneración, siendo la misma en muchos casos la fuente principal de su subsistencia, por lo cual reviste carácter alimentario. Pero lo propio de esta subordinación, es que el empleado trabaja por cuenta y a riesgo del empleador, independientemente de la capacidad económica que reviste el primero.

Entendemos a la remuneración, como la contraprestación que el empleador debe al trabajador por el solo hecho de poner su fuerza de trabajo a su disposición, salario o remuneración que nunca puede ser inferior al salario mínimo vital y móvil. Es una condición esencial del contrato de trabajo, prestación que en dinero o especie (no más del 20% del total de la remuneración) debe implicar una ganancia para el trabajador.

La remuneración que el empleador abona, debe permitir que el trabajador y su familia tengan condiciones dignas de vida, debe ser una “retribución justa” al decir de nuestra Carta Magna en su Artículo 14 Bis, a las modalidades de cada trabajo.

Cuando se habla de salario mínimo, este hace referencia a que debe cubrir las necesidades mínimas indispensables, sino no estaría cumpliéndose con el mandato constitucional. Lamentablemente no es difícil advertir que hoy en los hechos, en muchos casos esas necesidades básicas no se encuentran cubiertas, pero esto excede el análisis del presente trabajo.

El Artículo 103 de la LCT²¹, da carácter remunerativo al salario, siendo esta norma de carácter indisponible, por lo que es inconstitucional dar carácter no remunerativo a sumas de dinero acordadas en beneficio de los dependientes, ya sea por convenio colectivo, acta acuerdo o cualquier otra.

b. Subordinación técnica

La subordinación técnica implica que el empleador es quién determina la forma en la que se prestará, se desenvolverá la prestación de trabajo, las modalidades y oportunidad (las condiciones de tiempo, lugar y forma), respecto a cómo se desempeñará dando órdenes, indicaciones sobre la forma en que debe realizar una determinada tarea. Esto conlleva a que sea el empleador quien controla y supervisa el desempeño de la prestación laboral (a mayor jerarquía de un trabajador en una empresa, tecnicismo o capacidad en la tarea específica, menor será la subordinación técnica, es el caso de contadores, abogados, ingenieros, etcétera).

Esta atribución debe ser ejercida en el marco de lo reglado legal y convencionalmente, tanto por las reglamentaciones vigentes o el derecho consuetudinario, siempre teniendo en miras los fines de la empresa, establecimiento, o explotación.

c. Subordinación jurídica

La subordinación jurídica tiene que ver con el poder de organización y dirección del

²¹ Artículo 103 LCT: “Concepto. A los fines de esta ley, se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo. Dicha remuneración no podrá ser inferior al salario mínimo vital. El empleador debe al trabajador la remuneración, aunque éste no preste servicios, por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición de aquél.”

empleador en miras a adecuar las prestaciones de trabajo con el fin propio de la empresa y las necesidades de esta. Es así como, el empleador se reserva la facultad de dirigir las prestaciones laborales de los trabajadores, estableciendo las condiciones de trabajo, impartiendo órdenes concretas, asumiendo también la facultad de control y vigilancia sobre la prestación de trabajo.

Conlleva la facultad de tomar decisiones en miras a la organización de la misma, tanto en la organización de los puestos de trabajo, como a la hora de controlar la disciplina en el desenvolvimiento de las tareas.

Esta situación encuentra su fundamento en la posición desigual en que se encuentran las partes en el contrato de trabajo, siendo el correlato necesario, la obediencia del trabajador a las órdenes del empleador. El límite se encuentra, en que las directivas que el empleador imparta tienen que tener un carácter funcional, y encontrarse dentro de los límites impuesto por la ley o las convenciones colectivas tal como lo establece el Artículo 68 de la LCT²², encontrando siempre un límite necesario en el respeto a la dignidad humana, derecho humano fundamental, rector de todo nuestro ordenamiento jurídico.

Esta facultad que tiene el empleador de establecer y modificar las condiciones de trabajo en forma unilateral, conocida como *Ius Variandi*, encuentran su límite también en lo establecido por el Artículo 66 de la LCT²³, es decir que los cambios que lleve a cabo el empleador no pueden alterar condiciones esenciales del contrato de trabajo (como la remuneración, la jornada de trabajo, la categoría, etcétera)

²² Artículo 68 LCT: "Modalidades de su ejercicio. El empleador, en todos los casos, deberá ejercitar las facultades que le están conferidas en los artículos anteriores, así como la de disponer suspensiones por razones económicas, en los límites y con arreglo a las condiciones fijadas por la ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas de trabajo, los consejos de empresa y, si los hubiere, los reglamentos internos que éstos dictaren. Siempre se cuidará de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa y el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso del derecho."

²³ Artículo 66 LCT: "Facultad de modificar las formas y modalidades del trabajo. El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador. Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto la acción se substanciará por el procedimiento sumarísimo, no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva."

pactadas desde un inicio, ni perjudicar material o moralmente al trabajador, ni implicar un ejercicio irracional, arbitrario de esta facultad; sino que siempre debe atender a las necesidades funcionales de la empresa.

La facultad de organización y dirección que se presenta en cabeza del empleador, conlleva la posibilidad como manifestamos de dar órdenes, y en caso de incumplimientos o faltas por parte de los trabajadores, ejercer el poder disciplinario (Artículo 67 de la LCT²⁴), pudiendo aplicar sanciones proporcionales al incumplimiento o falta, al efecto de corregir las mismas, y siempre atendiendo a los fines de la empresa.

El ejercicio del poder disciplinario encuentra su finalidad en mantener el orden y control de la empresa, y en corregir y restablecer el normal desenvolvimiento cuando la falta ha sido cometida.

Estas sanciones producen efectos sobre el contrato de trabajo, ya que pueden recaer sobre la remuneración percibida por el trabajador, o implicar una suspensión en la prestación de tareas, antecedentes a tomarse en cuenta en caso de ser necesario llegar a un despido con causa justificada.²⁵ Queda excluida como sanción la modificación de las condiciones del contrato de trabajo.

Este poder disciplinario presenta como características que, debe ser proporcional la sanción al incumplimiento o falta cometida por el trabajador; no puede aplicarse al trabajador dos sanciones por el mismo incumplimiento; debe ser oportuna y contemporánea, es decir que la falta no debe haber sido consentida por el empleador al transcurrir un tiempo que permita tener por aceptado o consentido el actuar; debe ser razonable, es decir que no admite ninguna sanción que implique un abuso del derecho, ni un atentado contra la dignidad del trabajador, sino que debe estar

²⁴Artículo 67 LCT: “Facultades disciplinarias. Limitación. El empleador podrá aplicar medidas disciplinarias proporcionadas a las faltas o incumplimientos demostrados por el trabajador. Dentro de los treinta (30) días corridos de notificada la medida, el trabajador podrá cuestionar su procedencia y el tipo o extensión de la misma, para que se la suprima, sustituya por otra o limite según los casos. Vencido dicho término se tendrá por consentida la sanción disciplinaria.”

²⁵ Gentile, Elsa (2017). Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada con el Código Civil y Comercial. Vol I, 1ª ed (pp 555). Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica.

fundamentada en una justa causa; asimismo la sanción debe ser notificada por escrito al trabajador.

1.3. La libertad de contratar

Un tema al que debemos hacer mención, ya que compete al desarrollo del presente trabajo, es la libertad para contratar que tiene el empleador, como correlato del poder de organización y dirección que tiene el mismo en la empresa, facultades reconocidas específicamente por los Artículos 64 y 65 de la LCT²⁶, las que deben ejercitarse como dijimos, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, es decir, con carácter funcional.

En la actualidad nadie discute la importancia que tienen los trabajadores en la vida y el desarrollo de una empresa. Por ende, la selección y posterior contratación de los mismos debe ser realizada por el empleador teniendo siempre en mira los fines de la empresa, el mayor beneficio para la misma, siendo la selección adecuada del personal un punto del cual depende la eficacia de cualquier organización. Es así como en la búsqueda, y elección de los trabajadores siempre se deberán tener en cuenta los requisitos para un determinado puesto y el perfil, características, aptitudes, calidades necesarias que el mismo puesto de trabajo exige y que serán necesarias para el mejor desarrollo de la empresa y de la sociedad toda en forma indirecta.

Es por esta situación que, en el proceso de selección y elección de personal hablamos de dos libertades que el empleador ejerce ampliamente, en primer lugar la libertad de contratación, es decir la facultad de contratar o no contratar personal y la exclusión

²⁶ Artículo 64 LCT: “Facultad de organización. El empleador tiene facultades suficientes para organizar económica y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento.”

Artículo 65 LCT: “Facultad de dirección. Las facultades de dirección que asisten al empleador deberán ejercitarse con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador.”

de contrataciones forzadas²⁷, y en segundo lugar la libertad para seleccionar y elegir al personal con quién celebrará un contrato de trabajo.²⁸

Estas facultades reconocidas en la persona del empleador, la de organización y dirección de la empresa, establecimiento o explotación, y dentro de la misma, la libertad de contratar (esencialmente considerados como derechos constitucionales de naturaleza económica), no son derechos absolutos, por lo que no pueden sobreponerse a la dignidad de la persona trabajadora, encontrando como límite necesario el derecho humano a la igualdad, a la no discriminación.²⁹

Entre esos límites necesarios a la libertad de contratar, encontramos por ejemplo el Artículo 172 de la LCT, norma que regula justamente una situación que nos atañe en el contexto del presente trabajo, y es que la mujer puede celebrar toda clase de contrato de trabajo, y que no puede establecerse mediante norma alguna, discriminaciones en el empleo que tengan con motivo el sexo o estado civil de la trabajadora. Esta prohibición de discriminar rige tanto en la etapa previa a la celebración del contrato de trabajo, durante la vida del mismo, y al extinguirse la relación laboral.

Nuestra Suprema Corte recuerda el fallo Cencosud, que en su considerando N° 10 manifiesta que: "...Si bien la Constitución Nacional es individualista en el sentido de reconocer a la persona "derechos anteriores al Estado, de que éste no puede privarlo (Artículo 14 y siguientes)", no lo es "en el sentido de que la voluntad individual y la libre contratación no puedan ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias", tal como rezan los Artículos 14 y 17 de la Constitución, invocados por la demandada (Quinteros, cit., ps. 81 y 82)..."³⁰

²⁷ Livellara, Carlos Alberto (2016). Las tratativas contractuales en el Código Civil y Comercial y su proyección al contrato de trabajo. Revista de Derecho Laboral. Pp 11. Rubinzal y Calzoni Editores.

²⁸ Sergio J. Alejandro. (2003) "La selección y contratación del personal: facultad emergente del poder de organización y dirección del empleador (Caso "Freddo" y la Ley 25.689)". Revista Derecho del Trabajo. Director Juan José Etala. Tomo 2003 B. La Ley. Página 1495.

²⁹ Gentile, Elsa (2017). Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada con el Código Civil y Comercial. Vol I, 1ª ed, (pp 538). Rosario: Nova Tesis Editorial Juridica.

³⁰ Valdatta Florencia Micaela En Juicio N° 152510 Valdatta Florencia Micaela C/ Asfalia S.A. P/ Despido P/ Recurso Extraordinario Provincial, Suprema Corte De Justicia, Sala Segunda, Mendoza, 7 de mayo de 2021. Disponible en: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vtexto.php?ide=8271367507>.

Para adentrarnos en tema, vemos que en la actualidad, con los avances que la misma realidad laboral y social ha presentado, como por ejemplo el trabajo remoto, no podemos consentir que una persona sea discriminada por el hecho de encontrarse embarazada para un determinado puesto de trabajo. La búsqueda y elección del trabajador a contratar, debe tener en vista la calidad e idoneidad del mismo para el puesto determinado.

1.4. La buena fe en el contrato de trabajo y en las tratativas precontractuales

La buena fe es un principio general fundamental que rige todo nuestro ordenamiento jurídico, se encuentre expreso o no en norma determinada.

El Código Civil y Comercial establece el principio de buena fe y en su Artículo 9 regula: “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.”, bañando de este modo todo el ordenamiento jurídico. Así, en materia contractual en su Artículo 961 regula que: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.”

Asimismo, es la misma ley la que manifiesta el deber de actuar con buena fe durante las tratativas contractuales o preliminares, pudiendo entender como manifiesta el Dr. Livellara, que estas tratativas son el momento del período precontractual, durante el cual las partes analizan, evalúan, las condiciones o cláusulas de una posible contratación que podrían cumplir.

Es así como en el Artículo 990 del C.C.C.N. se regula que: “Libertad de negociación. Las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento.” Y el Artículo 991, a su vez, regula lo siguiente: “Deber de buena fe. Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de

resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato”.³¹

De esta manera, entendemos que el incumplimiento del deber de buena fe durante las tratativas preliminares, genera la responsabilidad de reparar el daño ocasionado. En este sentido Livellara cita a Lorenzetti quien manifiesta: “...La responsabilidad precontractual se produce por el apartamiento intempestivo y arbitrario de las tratativas; el dolo en las tratativas; los daños a la persona derivados de prestaciones precontractuales; violación de deberes precontractuales de información, de custodia, de reserva...”³²

Específicamente la Ley de Contrato de Trabajo regula a la buena fe en su Artículo 63 al establecer que: “Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo.”

El deber de buena fe impone la obligación a ambas partes del contrato, de actuar con fidelidad, probidad y adoptar conductas adecuadas en el cumplimiento de sus obligaciones, ajustando sus conductas a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato de trabajo,³³ en aras también de cumplimentar con otro de los principios laborales, tal como el de conservación de la relación laboral (Artículos 10, 11, 62 y 63 de la LCT).³⁴

Este principio, el deber de buena fe, es de cumplimiento fundamental tanto para el empleador como para el trabajador. Es así como la Sexta Cámara del Trabajo en la Primera Circunscripción de la Provincia de Mendoza ejemplifica que: “En cuanto al empleador. Se sintetiza en el mandato legal de comportarse como un “buen

³¹ Livellara, Carlos Alberto (2016). Las tratativas contractuales en el Código Civil y Comercial y su proyección al contrato de trabajo. Revista de Derecho Laboral. Pp 1-3. Rubinzal y Calzoni Editores.

³² Lorenzetti, Ricardo Luis (1993). La responsabilidad precontractual como atribución de los riesgos de la negociación. En: Livellara, Carlos Alberto. Las tratativas contractuales en el Código Civil y Comercial y su proyección al contrato de trabajo. Revista de Derecho Laboral. Pp 1-3. Rubinzal y Calzoni Editores.

³³ Coria Cinthia L. en J. 38.706 Coria Cinthia L. c. Rumaos p/ Despido s/ Inc. Cas. Suprema Corte de Justicia, Sala Segunda, Mendoza (10 de mayo de 2010).

³⁴ Alario Roberto Maximiliano En J: 155485 "Alario Roberto Maximiliano C/ Autotransporte "El Trapiche" S.R.L. P/ Despido" P/ Recurso Extraordinario Provincial. Suprema Corte de Justicia, Sala Segunda, Mendoza (6 de octubre de 2021).

empleador” (Artículo 63 LCT), y se patentiza ... en los siguientes deberes: a) debe expresarse con claridad, veracidad, sin vaguedad, ambigüedades, errores, subterfugios o reservas mentales en todas las comunicaciones, intimaciones o respuestas que curse al trabajador con motivo del cumplimiento de las obligaciones que derivan del contrato de trabajo; b) debe mostrar permanente disposición a despejar todo malentendido acerca de las circunstancias relativas al cumplimiento del contrato de trabajo e invitar al trabajador a esclarecer las posibles diferencias; c) debe remover todo impedimento u obstáculo que no permita o dificulte al trabajador el cumplimiento de la prestación comprometida; d) debe mantener congruencia en su conducta respecto del trabajador, conducta que debe permanecer coherente y razonable en el decurso del contrato de modo de no contravenir o que no resulte incompatible con su comportamiento anterior, etc. En lo referido al trabajador, la infracción a este deber puede tener distinta gravedad, no sólo atendiendo al incumplimiento mismo de que se trate, sino de la jerarquía de quien lo infrinja, de la índole de tareas de que se trate, así como del ámbito o medio de trabajo en que tenga lugar. Se generaliza en la expresión de comportarse como un “buen trabajador”, lo que no se reduce a observar una mera actitud negativa de abstención de actos que pudieren resultar perjudiciales para el empleador sino en una conducta positiva de activa colaboración para el logro de los fines de la empresa. Entre ellos, se pueden señalar los siguientes: a) debe prestar el trabajo con puntualidad, asistencia regular y dedicación adecuada; b) debe conducirse respecto del empleador en miras a la subsistencia del vínculo contractual y no a su disolución ...; c) deber de veracidad no incurriendo en falsedad en las comunicaciones que deba cursar al empleador con motivo de la ejecución del contrato de trabajo; d) deber de expresarse con claridad, sin vaguedad, ambigüedades, subterfugios o reservas mentales en todas las comunicaciones, intimaciones o respuestas que curse al empleador con motivo del cumplimiento de las obligaciones que derivan del contrato de trabajo; e) debe mostrar permanente disposición a despejar todo malentendido acerca de las circunstancias relativas al cumplimiento del contrato e invitar al empleador a esclarecer las posibles diferencias; f) deber de no abandonar sus tareas sin causa justificada, etc. (Conf. Carlos Alberto Etala, publicado en La Ley Online).”³⁵

³⁵García Orlando Ramon C/ Rayen Cura S.A.I.C. P/ Accidente. Sexta Cámara Laboral, Mendoza (17

Específicamente en las tratativas preliminares del contrato de trabajo, ambas partes deberán prestarse la información adecuada que es necesario sea conocida por la otra parte. El empleador deberá brindar información sobre las tareas a desarrollar, dónde se realizan, modos, horarios, salario ofrecido, etcétera. En el caso del trabajador, será necesario que manifieste su experiencia laboral, antecedentes, aptitudes, títulos habilitantes, como también deberá brindar información de su estado de salud en el examen preocupacional. En esta necesidad de la parte empleadora de conocer aspectos de la parte trabajadora, es que se ponen en juego por un lado el derecho a la intimidad del trabajador y por el otro, su deber de decir la verdad o deber de veracidad derivado de la buena fe.³⁶

Es así como se pretende definir límites en este juego de derechos a los efectos de no violentar ninguno de ellos. De este modo, la información que el empleador requiera del trabajador será teniendo en mira el puesto de trabajo a cumplir, los fines del mismo. Vemos que existen datos de la persona que deben ser conocidos por la tarea a cumplirse, por las características de las mismas, las habilidades o títulos necesarios para determinadas funciones, por las responsabilidades que tales tareas pueden aparejar, que en caso de dar el trabajador información errónea, falsa, estará incumpliendo con su deber de buena fe, de modo que el empleador podrá apartarse de las tratativas preliminares sin responsabilidad alguna que deba indemnizar.

Desde esta visión, respecto a la omisión que realice el trabajador durante las tratativas preliminares de aquellos datos personales que no son esenciales para el puesto de trabajo, ni por las responsabilidades ni habilidades que el mismo exija, no podrá ser entendida como una causa justificada para el empleador apartarse de estas tratativas sin responsabilidad en plena aplicación del Artículo 991 del C.C.C.N.

Nuestro país en busca de tomar medidas eficaces para evitar discriminaciones en la esfera laboral y en esta etapa de las tratativas preliminares, con el objetivo de proteger el derecho a la intimidad de las personas toma medidas como la Resolución Administrativa 270/15 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social que en

de septiembre de 2018). Fuente.: Oficina De Jurisprudencia.

³⁶ Livellara, Carlos Alberto (2016). Las tratativas contractuales en el Código Civil y Comercial y su proyección al contrato de trabajo. Revista de Derecho Laboral. Pp 1-3. Rubinzal y Calzoni Editores.

su Artículo 3 establece que: “Las ofertas de empleo no podrán contener restricciones por motivos tales como raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, género, posición económica, condición social, caracteres físicos, discapacidad, residencia o responsabilidades familiares.” Y en su Artículo 4, establece que: “Podrá ser motivo de denuncia por violación de las Leyes Nros. 23.592, 23.798 y 25.326, la exigencia de realización de estudios de laboratorio con el objeto de detectar el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida o V.I.H. en los postulantes a trabajador o trabajadora dentro de los exámenes preocupacionales.”

Es así como podemos observar que la libertad de contratación del empleador debe compatibilizarse con la prohibición de realizar discriminaciones y la igualdad de trato. Es así que el deber de veracidad que debe tener el trabajador en las tratativas preliminares es respecto a aquellos aspectos de la intimidad de la persona, que hacen a las características, responsabilidades, habilidades de su puesto de trabajo, es decir pautas objetivas que el empleador requiere para determinar la persona que ocupará un determinado puesto de trabajo.

Así es como el Dr. Livellara manifiesta que: “...Todo lo que venimos señalando nos servirá a la hora de considerar si en el retiro de las tratativas por parte del empleador ha mediado un acto discriminatorio y por ende violatorio de la buena fe contractual, que a tenor del Artículo 991 CCCN lo hará responsable del daño que sufra el postulante afectado por haber confiado en la celebración del contrato. En cambio, si el empleador puede demostrar que existieron razones objetivas que justificaron el abandono de las tratativas y la no contratación del postulante, no incurrirá en una conducta discriminatoria y por ende, no será responsable por los eventuales daños que haya causado tal decisión...”³⁷

³⁷ Livellara, Carlos Alberto (2016). Las tratativas contractuales en el Código Civil y Comercial y su proyección al contrato de trabajo. Revista de Derecho Laboral. Pp 12. Rubinzal y Calzoni Editores.

a. Las tratativas preliminares y el examen preocupacional

Durante la etapa precontractual el empleador buscará conocer aquellos aspectos objetivos del trabajador que sean necesarios para que, en pleno ejercicio de su libertad de contratación, determine si el trabajador cumple o no, con los requisitos exigidos para determinada función.

En el marco del presente trabajo, un tema que es necesario mencionar es el examen preocupacional que se encuentra dentro del sistema de riesgo del trabajo conforme lo establece la Resolución 37/2010 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo en su Artículo 1.

El Artículo 2 de la Resolución, estipula la finalidad de los mismos al manifestar que: “1. Los exámenes preocupacionales o de ingreso tienen como propósito determinar la aptitud del postulante conforme sus condiciones psicofísicas para el desempeño de las actividades que se le requerirán. En ningún caso pueden ser utilizados como elemento discriminatorio para el empleo. Servirán, asimismo, para detectar las patologías preexistentes y, en su caso, para evaluar la adecuación del postulante —en función de sus características y antecedentes individuales— para aquellos trabajos en los que estuvieren eventualmente presentes los agentes de riesgo determinados por el Decreto N° 658 de fecha 24 de junio de 1996...2. La realización de los exámenes preocupacionales es obligatoria, debiendo efectuarse de manera previa al inicio de la relación laboral. La realización del examen preocupacional es responsabilidad del empleador, sin perjuicio de que el empleador pueda convenir con su Aseguradora de Riesgos del Trabajo (A.R.T.) la realización del mismo...”.

Los exámenes médicos son obligatorios para el trabajador, “...quien deberá asimismo proporcionar, con carácter de declaración jurada, la información sobre antecedentes médicos y patologías que lo afecten y de los que tenga conocimiento” (Artículo 7 Resolución 37/2010 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo).

El trabajador, debe cumplir con su obligación de veracidad sobre su estado de salud, y este actuar de buena o mala fe, adquiere relevancia cuando el estado de salud del

trabajador es esencial para la tarea o función a desarrollar, o al decir del Dr. Livellara: “...se pone en peligro al propio trabajador o a los demás integrantes de la comunidad laboral (p.ej., si padece enfermedades contagiosas, alteraciones mentales, etc.) o se perjudica al propio empleador (al no denunciar enfermedades profesionales o accidentes del trabajo anteriores, haciéndolo responder por sus consecuencias; omitiendo informarle sobre enfermedades crónicas, etcétera).”³⁸

Vemos que la misma norma establece que estos exámenes no pueden ser utilizados como causal de discriminación para no contratar a una persona en un determinado puesto de trabajo, ya que como hemos manifestado con anterioridad, el empleador deberá en caso de no contratar, acreditar las causales objetivas que incidieron en la frustración de las tratativas precontractuales, a fin de no tener que responder indemnizatoriamente.

En este marco de ideas, la jurisprudencia ha entendido que no incurre en un incumplimiento de su obligación de veracidad el trabajador que no revela una enfermedad como por ejemplo la diabetes, dado que para la selección y contratación del trabajador es un dato irrelevante, innecesario, ya que es un dato sensible que la persona no tiene obligación de manifestar, en virtud de que al hacerlo podría causar un efecto no deseado, evitando que, por ese dato el empleador decida no emplear al trabajador, convirtiéndose en una causal de discriminación.³⁹

1.5. Facultad de despedir en forma diligente

Como mencionábamos también dentro del poder de dirección y organización de la empresa, el empleador cuenta como correlato necesario el poder sancionador, y dentro de él, el con la facultad unilateral de despedir al trabajador. Pero teniendo en

³⁸ Livellara, Carlos Alberto (2016). Las tratativas contractuales en el Código Civil y Comercial y su proyección al contrato de trabajo. Revista de Derecho Laboral. Pp 14. Rubinzal y Calzoni Editores.

³⁹ Livellara, Carlos Alberto (2016). Las tratativas contractuales en el Código Civil y Comercial y su proyección al contrato de trabajo. Revista de Derecho Laboral. Pp 15. Rubinzal y Calzoni Editores.

cuenta el principio de conservación del contrato de trabajo (Artículo 10 de la LCT⁴⁰), el ejercicio de esta facultad con que cuenta el empleador, será considerada justificada siempre que exista una justa causa o injuria, es decir un incumplimiento de tal gravedad de las obligaciones a cargo del trabajador, que no admita continuar con la relación contractual, debiendo además ser contemporánea la sanción con el incumplimiento y ser proporcional a la falta cometida por el trabajador.⁴¹

Como mencionáramos, el derecho al trabajo, es un derecho humano protegido constitucional y convencionalmente, el que conlleva a que el trabajador no se vea privado de su empleo en forma arbitraria, es decir sin una justa causa. No implica que el empleador no pueda ejercer su facultad de desvincular al trabajador, sino que lo que se pretende es proteger a este último de un acto unilateral inmotivado, es decir de un despido arbitrario. Es por este motivo, que el derecho sanciona al empleador cuando el despido es injustificado, arbitrario, por ir en contra de las garantías constitucionales y convencionales que protegen a la persona del trabajador.

La facultad de despedir debe ser ejercida en forma razonable, diligente, es decir, que la misma no debe ser abusiva ni discriminatoria en contra de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Es en este punto de inflexión, que se plantea la necesidad de limitar el ejercicio del derecho que tiene el empleador a despedir a un trabajador, para que sea ejercido en forma diligente, razonable, no discriminatoria.

2. Conclusión

En este capítulo vemos aspectos generales del derecho laboral, que van introduciéndonos y enmarcando la temática que nos incumbe. Es así como vemos

⁴⁰ Artículo 10 LCT: “Conservación del contrato. En caso de duda las situaciones deben resolverse en favor de la continuidad o subsistencia del contrato.”

⁴¹ Pirolo, Miguel Ángel (2011). Tratado, Jurisprudencial y Doctrinario, Derecho del Trabajo, Relaciones Individuales. Vol. I, 1ª ed (pp 457 -466). Buenos Aires: La ley.

que el derecho al trabajo es un derecho fundamental de toda persona, que el mismo hace a la dignidad del ser humano.

Entendemos que el derecho al trabajo encuentra su contracara en la libertad de contratar de la que gozan los empleadores, que permite además decidir si una persona trabaja o no en su empresa, ya que hace a su facultad de organización y dirección que tiene el empleador dentro de la misma.

Entendiendo que ningún derecho es absoluto, llegamos a la conclusión de que este derecho del empleador, que lleva a poder despedir a un trabajador, encuentra su límite necesario en que el mismo no sea abusivo y no sea discriminatorio.

Vemos así, que en este marco de ideas se ponen en juego dos derechos constitucionales, por un lado la libertad contractual del empleador, la que conlleva por supuesto a contar con el derecho a decidir quién trabaja para él y quién no, y de este modo desvincular de su empresa a trabajadores que no cumplen con las finalidades o requisitos determinados o exigidos para su puesto de labor o que han incumplido alguna de sus obligaciones; pero por otro lado encontramos el derecho al trabajo, derecho humano que apunta directamente a dignificar a la persona, y que merece protección y garantías adecuadas.

Capítulo 2

1. Derecho a la no discriminación

Como analizamos en el Capítulo anterior, la no discriminación es un límite necesario y fundamental a la facultad del empleador de despedir a un trabajador.

En relación a ello, nuestra Carta Magna sienta, en su Artículo 16, el principio de igualdad de todas las personas ante la ley: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.” Reconoce de este modo un valor fundamental de la dignidad de la persona, entendido como derecho humano inalienable.

Este principio garantía de igualdad, conlleva al principio de no discriminación arbitraria, ya que el mismo parte de la premisa de que todas las personas tienen derecho a igualdad de trato en igualdad de circunstancias y oportunidades. Y es la misma Constitución Nacional la que entiende la aplicación directa de este principio en el derecho del trabajo, donde será la idoneidad de los trabajadores la cualidad objetiva que servirá en la selección de los mismos.

Entendemos que la no discriminación tiene dos fundamentos primordiales, por un lado la dignidad de la persona y la protección del valor de la persona humana y por otro la igualdad de derechos y garantías fundamentales reconocidas en la Constitución Nacional.

Este derecho humano a la no discriminación cuyo marco normativo se compone de la Ley 23.592 Ley General de No Discriminación, tiene reconocimiento además en innumerables instrumentos, por lo que en el presente trabajo haremos referencia solo a algunos de ellos, principalmente aquellos tratados, convenciones y pactos internacionales con jerarquía constitucional en nuestro país, los que acarrearán

responsabilidad internacional para nuestro Estado en caso de incumplimiento de los mismos y que conforman junto a la Constitución Nacional el bloque de constitucionalidad.

Entre ellos, y sin realizar un análisis profundo de los mismos, ya que escapa al objetivo del presente trabajo, encontramos la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su Artículo 2 establece que: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición...” y en su Artículo 7: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por Argentina mediante Ley 23.313, en el año 1986 establece también la igualdad ante la ley, y la protección frente cualquier discriminación: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Siguiendo esta línea, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, aprobada en el año 1984 por nuestro país mediante Ley 23.054, en su Artículo 24 establece: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

Así también la Convención sobre la Eliminación Contra Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer, aprobada por Argentina mediante Ley 23.179, estableció en su Artículo 1 que: “(...) la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del

hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”

Y propiamente para situarnos en el ámbito del contrato de trabajo la Convención en su Artículo 11 prevé: “1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano .b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo. c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico. d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo. e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas. f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.”

El mismo Artículo en su Apartado 2 establece que los Estados deben adoptar distintas medidas a fin de evitar discriminaciones por razones de matrimonio o maternidad y a los efectos de asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, entre ellas la de: “a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil...”

Es así como las medidas a realizar por los Estados deben estar orientadas a cambiar las prácticas socioculturales que llevan a realizar distinciones entre hombre y mujeres, es decir medidas que busquen modificar el papel tradicional que tiene la mujer y el hombre tanto en la familia como en la sociedad, específicamente en este ámbito laboral que es el que nos incumbe en el presente trabajo, tanto respecto al

ingreso a un puesto de trabajo, a los criterios de selección, a elegir libremente una profesión, al ascenso jerárquico, a las prestaciones y condiciones laborales, a la remuneración, a la formación profesional, a la protección de la salud y seguridad en las condiciones de trabajo, etcétera.

Asimismo el Convenio 111 sobre la Discriminación de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Argentina el 18 junio 1968, entiende en su Artículo 1, Apartado 1 por Discriminación: “(a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.” Y establece en su Artículo 2 que cada miembro de la organización debe adoptar medidas y políticas que promuevan la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y se elimine toda forma de discriminación en el mismo.

Específicamente en el tema que nos interesa en este trabajo, es preciso tener en cuenta que todas estas fuentes, no bastan para garantizar los derechos de la mujer en el contrato de trabajo, sin acciones orientadas a ello en la práctica, en la vida cotidiana, es decir, sin medidas que logren la efectividad de las protecciones y garantías legales en la vida real.

La Ley de Contrato de Trabajo se hace eco del principio constitucional de no discriminación, y en su Artículo 17 prohíbe expresamente hacer cualquier tipo de discriminaciones entre los trabajadores con motivo de sexo, raza, nacionalidad, religión, condición política, gremial o de edad.

Así también el Artículo 81 de la LCT reza que: “El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones

de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador.”

De esto se desprende que, el objetivo principal de estas normas es la protección de la dignidad del trabajador respecto de su empleador, no circunscribiéndose solo a su calidad de empleado, en virtud de que la LCT prohíbe todo clase de discriminación arbitraria, infundada, injustificada. Ello no implica, que no puedan realizarse diferenciaciones, sino que las mismas, de existir, deben responder a causales objetivas de distinción tanto en las tratativas preliminares, como durante la ejecución y extinción del contrato laboral.

La normativa mencionada en los párrafos anteriores es meramente ejemplificativa, ya que entendemos que debe llevarse a cabo una interpretación conjunta y armónica de todo el ordenamiento jurídico que tiene como objetivo ser protector de la persona humana.

1.1 Causales objetivas de diferenciación

Resalta la LCT que las causales objetivas de diferenciación no serán entendidas como casos de discriminación arbitraria, es decir cuando las diferenciaciones que el empleador haga respecto a distintos trabajadores se encuentran fundamentadas en mayor eficacia, mayor compromiso, mayor laboriosidad, mayores aptitudes, conocimientos, no serán entendidas como discriminatorias.

En la esfera laboral propiamente dicha, la discriminación es entendida como el trato diferenciado que el empleador tiene respecto a un trabajador en forma arbitraria, ya que no responde a pautas objetivas, que lo colocan en una situación de inferioridad respecto del resto de los trabajadores, provocando un perjuicio real o potencial,

material y/o moral, y que puede desarrollarse en todas las etapas de la vida contractual.⁴²

El empleador discrimina cuando injustificadamente realiza actos o conductas que niegan la igualdad de trato de la que hablamos, en relación a las características de una persona o su pertenencia a algún grupo específico, ocasionando un daño que puede traducirse en la anulación o restricción del goce de sus derechos humanos. Adentrándonos al tema del presente trabajo, el sexo de una persona no puede ser entendido como una causa objetiva de justificación, mucho menos la maternidad.

La Corte Suprema reconoce en el fallo “Pellicori” la obligación internacional que tiene el Estado de proteger los derechos humanos y garantizar la no discriminación, resolviendo: “...Para el Estado, la "obligación fundamental mínima" y de cumplimiento "inmediato" de garantizar la no discriminación, cuya inobservancia, por acción u omisión, lo haría incurrir en un acto ilícito internacional (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 18. El Derecho al Trabajo, 2005, párrs. 31 y 18), cuanto más que aquél ha asumido la obligación de "proteger" los derechos humanos, esto es, el deber de adoptar las "medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo" (idem, párr. 22).”⁴³

1.2. La Ley 23.592 y el despido discriminatorio

En cumplimiento de la obligación internacional que ha asumido Argentina, es que se sanciona la Ley 23.592, la cual prevé como respuesta ante actos de discriminación, que quien los realice se encuentre obligado al cese de los mismos, a la restauración al estado anterior del acto de discriminación y al resarcimiento de la víctima.

⁴²Calandrino, Alberto A. y Calandrino, Guillermo A. (2003). Discriminación en la contratación. Fallo “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c. Freddo S.A. s/ Amparo” Un punto de partida. Revista Derecho del Trabajo. Tomo B (pp 1518). La Ley.

⁴³Pellicori, Liliana c/ Colegio Público de Abogados de la Capital federal p/ Amparo. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de noviembre de 2011. En fallos: 334:1387.

Esta solución legislativa, aunque discutida por ciertos sectores es aplicada jurisprudencialmente en el ámbito laboral a los despidos discriminatorios.

Es así como el Artículo 1 de la Ley 23.592 dispone que: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.”

La Ley 23.592 es una norma genérica y comprensiva de todo comportamiento que impida, obstruya, restrinja o menoscabe el ejercicio de derechos y garantías constitucionales, aplicable a cualquier rama del derecho, que permite dejar sin efecto el acto discriminatorio, ya que entiende que el mismo es asimilable a un acto jurídico de objeto prohibido (Artículo 279 CCCN⁴⁴) o a un de abuso del derecho (Artículo 10 del CCCN⁴⁵) que produce la ineficacia del acto extintivo.

Es entonces sobre la base de normativa constitucional y convencional y sobre las bases establecidas por la normativa general, el entendimiento de que en una relación laboral el empleador no puede ejercer una de sus facultades propias, el de dar por extinguido el vínculo laboral en forma unilateral, cuando el acto es en sí mismo discriminatorio.⁴⁶

⁴⁴Artículo 279 CCCN: “El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea.”

⁴⁵Artículo 10 CCCN: “Abuso del derecho. “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.”

⁴⁶Ramos, Santiago José (2009). La ley 23.592 y la jurisprudencia en materia laboral. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/santiago-jose-ramos-ley-23952-jurisprudencia-materia-laboral-dacf090063-2009-09/123456789-0abc-defg3600-90fcanirtcod>. (s/f).

Hay quienes entienden que por existir en la normativa laboral un régimen protectorio especial, resulta innecesario remitirse a la ley general antidiscriminatoria⁴⁷; pero la postura mayoritaria entiende que la Ley 23.592 es aplicable a todos los supuestos, por lo que surge la necesidad de que los tribunales judiciales declaren la nulidad de los despidos y la reinstalación de los trabajadores a su puesto de trabajo.

Es que el acto discriminatorio está prohibido por la Constitución Nacional (Artículo 16) y por la ley (Artículo 1º de la ley 23.592), por lo tanto tiene un objeto prohibido y en consecuencia es un acto carente de eficacia, un acto nulo, por ello el efecto propio es volver las cosas a su estado anterior, debiendo los jueces resolver la reinstalación del trabajador a su puesto de trabajo. Es que, negar a los trabajadores la protección que brinda la ley general contra todo acto de discriminación, es justamente discriminarlos arbitrariamente en relación a la población en general.

Es así como también, el principio de estabilidad se convierte en un límite a la libertad de contratación, cuando se ponen en juego derechos humanos como el derecho de igual trato y no discriminación.

En consecuencia, cuando el despido del trabajador es considerado un acto discriminatorio, como objeto prohibido por la ley, su efecto propio es ser tenido como un acto nulo, con las consecuencias propias de su ineficacia, entendiéndose que se busca sancionar todo acto que pretenda un trato desigual, motivado por circunstancias subjetivas del trabajador, como las enumeradas en el artículo 17 de la LCT: sexo, raza, nacionalidad, religión, condición política, gremial o de edad. Siendo nulo, debe ser reparado, volviendo las cosas al estado anterior del acto discriminatorio (el despido), es decir debe reponerse al trabajador en su puesto de trabajo.

Las situaciones que pueden plantearse son siempre distintas, como las opiniones y soluciones a las mismas.

⁴⁷Balaguer Catalina T. C/ Pepsico de Argentina SRL S/ Despido. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, Buenos Aires, 10 de marzo de 2004. Disponible en: <http://www.sajj.gob.ar/santiago-jose-ramos-ley-23952-jurisprudencia-materia-laboral-dacf090063-2009-09/123456789-0abc-defg3600-90fcanirtcod>.

La posición minoritaria entiende que la solución planteada por la Ley 23.592 es incompatible con la ley especial laboral que siempre debe prevalecer, la cual no admite la posibilidad de declarar inválido un despido aún por considerarlo discriminatorio. En sus fundamentos esta postura entiende que, permitiendo la aplicación de la ley general, se llevaría a consagrar un régimen de estabilidad propia permanente, que no se condice y que es incompatible con el sistema de estabilidad impropia establecido por la LCT. Entre otros argumentos se manifiesta que la sanción de nulidad va en contra de derechos constitucionales como la libertad de contratar y el derecho de propiedad del empleador, por lo que la solución planteada es la reparación indemnizatoria sumada a la indemnización tarifada del Artículo 245 de la LCT que regula: “Indemnización por antigüedad o despido. En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a UN (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de TRES (3) 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...”⁴⁸

La estabilidad impropia hace referencia a que ante la violación del derecho de conservar el contrato de trabajo por medio de un despido, esa violación no sea inválida sino que surta el efecto deseado por el empleador cual es, el de extinguir el contrato de trabajo; como contracara la estabilidad propia es la que ante la violación antes mencionada, el efecto sea la declaración de invalidez del acto violatorio, implicando así la subsistencia del vínculo laboral.⁴⁹

Esta postura entiende que la estabilidad propia iría en contra de los derechos de contratar y de no contratar que la Constitución Nacional le reconoce al empleador. Y entiende como solución la de sancionar la conducta discriminatoria con el pago de una indemnización del derecho común que se acumule a la indemnización tarifada,

⁴⁸ Gasquet, Pablo A. (2018). Libertad de Contratar versus presunción de discriminación. Revista Derecho del Trabajo. N° 8, pp 1852-1857. Thomson Reuters. La Ley.

⁴⁹ De la Fuente, Horacio H (2011). El despido discriminatorio. En: Piroló, Miguel Angel. Tratado jurisprudencial y doctrinario, Derecho del Trabajo, Relaciones Individuales.”. Vol. II, 1ª ed (pp 1580). Buenos Aires: La ley.

pero sin declarar la invalidez del despido por más que el mismo sea discriminatorio.⁵⁰

Esta postura fue sostenida también por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como voto disidente, en “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo” quienes sostuvieron que: “...la garantía constitucional a la libertad de contratar incluye su aspecto negativo, es decir, la libertad de no contratar que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 de la Constitución Nacional) y un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 de la Constitución Nacional). 9º) Que en esta línea, este Tribunal ha señalado que no se puede obligar a un empleador —contra su voluntad— a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia...” Entendieron que la Ley 23.592 es una norma genérica aplicable también a las relaciones laborales, pero que es necesario distinguir entre los actos discriminatorios entre aquellos cuyos efectos se proyectan sobre la relación sin extinguirla, de aquellos orientados a ponerle fin “En la primera de las hipótesis el afectado podrá reclamar tanto el cese de los efectos de la conducta discriminatoria como la reparación pertinente sin que el tracto relacional sufra alteración alguna. En cambio, cuando, como en el caso, el acto discriminatorio se endereza a dar por terminado el vínculo corresponde establecer si, como lo ha resuelto el tribunal a quo, es pertinente ordenar la continuación forzosa del contrato laboral. Es en el contexto de esta segunda alternativa en que se plantea la controversia que el recurrente trae a consideración del Tribunal sobre el balance entre el derecho del trabajador a no ser despedido por motivos discriminatorios y la libertad de contratar del empleador, dentro de la cual se encuentra la facultad de dar por terminado el vínculo contractual afrontando, en la medida establecida por la ley, los costos que ello genera al trabajador. 14) Que, en lo concerniente a las situaciones especiales en que se verifica un despido por motivos discriminatorios, si bien la legislación regulatoria del contrato de trabajo tutela el derecho anteriormente mencionado a no sufrir discriminaciones prohibidas, lo hace dentro de ciertos límites que tienden a

⁵⁰ Pirolo, Miguel Ángel (2011). Tratado, Jurisprudencial y Doctrinario, Derecho del Trabajo, Relaciones Individuales. Vol. II, 1ª ed (pp 1584-1585). Buenos Aires: La ley.

armonizar los derechos de ambas partes. En tal sentido, la legislación específica contiene soluciones para el supuesto de despidos discriminatorios que implican una protección más intensa para el trabajador que la otorgada para el supuesto general de despido sin justa causa, pero que no llega a suprimir por completo la posibilidad de que el empleador ponga fin a la relación laboral...”. Así los jueces distinguieron entre la relación de trabajo privado y el principio de estabilidad impropia que rige el derecho laboral argentino, el cual “contempla una reparación agravada para estos supuestos y no incluye la reinstalación forzosa salvo previsión expresa y siempre por un lapso determinado”.⁵¹

La postura contraria, mayoritaria entiende que no puede existir contradicción entre la ley general y la especial, ya que la LCT no contempla una solución específica para el caso de los despidos discriminatorios, siendo la normativa un todo armónico y aplicable en el ámbito laboral.

Algunos dentro de esta misma postura mayoritaria, entienden que es el mismo Artículo 17 de la LCT quien expresamente prohíbe todo acto de discriminación entre los trabajadores, creando así la misma ley laboral un caso de estabilidad propia, cuya consecuencia entienden, debe buscarse en el derecho común, es decir, ante un acto prohibido por la ley, la consecuencia directa es la invalidez del mismo.⁵²

Asimismo se entiende que la no aplicación a los trabajadores de la solución planteada para todo acto de discriminación a la población en general por la Ley 23.592, implicaría discriminarlos.

Dentro de esta posición encontramos también distintas situaciones que pueden plantearse, ya que el trabajador puede reclamar la nulidad del despido o consentirlo. Esto surge de entender que el despido discriminatorio es un acto nulo de nulidad relativa, ya que es la misma ley laboral, la que le otorga un derecho al trabajador a

⁵¹Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo, Corte Suprema de la Nación, Buenos Aires (7 de diciembre de 2010). Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-5710-Despido-discriminatorio--la-Corte-orden--reincorporar-a-empleados.html>

⁵² De la Fuente, Horacio H (2011). El despido discriminatorio. En: Pirolo, Miguel Angel. Tratado jurisprudencial y doctrinario, Derecho del Trabajo, Relaciones Individuales.”. Vol. II, 1ª ed (pp 1586-1598). Buenos Aires: La ley.

decidir, teniendo en miras que lo que se protege es un interés individual del trabajador.

En el caso de que el trabajador consienta la extinción del vínculo y se limite a reclamar, además de la indemnización del artículo 245 de la LCT, le corresponderá una indemnización especial a los efectos de resarcir los daños materiales y morales que el despido discriminatorio ha ocasionado.

Como contracara, puede ocurrir que el trabajador no consienta la extinción del vínculo contractual y reclame la nulidad del despido, con su consecuencia necesaria de dejar sin efecto el mismo, privando de efectos la desvinculación y conduciendo a la reinstalación del trabajador a su anterior puesto de trabajo, como un efecto propio de la estabilidad propia.⁵³ Las consecuencias que se derivan de esta decisión, son que el empleador deberá abonar los salarios caídos desde el despido hasta que opere la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo, en virtud de que al ser el despido un acto nulo, conlleva el entendimiento de que nunca se produjo.

Asimismo, el trabajador tiene derecho a que le abonen los daños y perjuicios materiales y morales que el despido le haya ocasionado en forma integral, no contemplados en la indemnización tarifada de la LCT.

El daño moral puede ser entendido como una afectación, lesión en los sentimientos, que conlleva un sufrimiento físico, espiritual, o agravio a las afecciones legítimas.⁵⁴

En este orden de ideas la Suprema Corte de Justicia de Mendoza entiende que "...además de la indemnización tarifada o contractual dispuesta por los Artículos 245, 232, 233 de la Ley de Contrato de Trabajo, el trabajador tiene derecho a acceder a un resarcimiento económico extra contractual adicional, es decir, a la indemnización por daño moral del derecho común, por cuanto las circunstancias propias del despido exceden las consecuencias de la tarifa legal (artículo 1 de la ley 23.592, Artículo 2.2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)

⁵³ De la Fuente, Horacio H (2011). El despido discriminatorio. En: Pirolo, Miguel Angel. Tratado jurisprudencial y doctrinario, Derecho del Trabajo, Relaciones Individuales. Vol. II, 1ª ed (pp 1580). Buenos Aires: La ley.

⁵⁴ Gasquet, Pablo A. (2018). Libertad de Contratar versus presunción de discriminación. Revista Derecho del Trabajo. N° 8, pp 1858. Thomson Reuters. La Ley

(CSJN, “Farrel”, 6/2/18, Fallos: 341:29)...”⁵⁵ En este sentido la cuantificación del daño moral debe fijarse conforme lo determina el derecho civil y debe responder a ciertos parámetros de razonabilidad (Artículos 1738⁵⁶ y 1741⁵⁷ del C.C.C.N.).

El Máximo Tribunal Provincial nos recuerda que: “ La Sala I de este Tribunal, en el fallo N °13-00762753-4/1, “Marino” de fecha 21/12/18, ha dicho que: "El daño moral importa una minoración en la subjetividad de la persona de existencia visible, derivada de la lesión a un interés no patrimonial, o con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, lo que se traduce en un modo de estar diferente de aquél en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste, y anímicamente perjudicial" (Pizarro, Ramón D., Vallespinos, Carlos, “Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones”, Hammurabi, Bs. As., 1999, t. 2, p. 641) ...”⁵⁸.

En lo que respecta a la cuantificación del daño moral, esta quedará sometida al arbitrio prudente del juez, quien deberá, atendiendo a las circunstancias particulares del caso concreto, fundamentar la fijación del monto del daño moral en forma clara y precisa.

Para el caso de que exista una imposibilidad jurídica de restaurar al trabajador en su puesto de trabajo, debe ordenarse subsidiariamente una indemnización (por ejemplo

⁵⁵ Valdatta Florencia Micaela En Juicio N° 152510 Valdatta Florencia Micaela C/ Asfalia S.A. P/ Despido P/ Recurso Extraordinario Provincial. Suprema Corte De Justicia, Sala Segunda, Mendoza, (7 de mayo de 2021). Disponible en: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507>.

⁵⁶ Artículo 1738 CCCN: “Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.”

⁵⁷ Artículo 1741 CCCN: “Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.”

⁵⁸ Valdatta Florencia Micaela En Juicio N° 152510 Valdatta Florencia Micaela C/ Asfalia S.A. P/ Despido P/ Recurso Extraordinario Provincial. Suprema Corte De Justicia, Sala Segunda, Mendoza, (7 de mayo de 2021). Disponible en: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507>.

una equivalente a la prevista en el Artículo 182 de la LCT) en forma independiente a la que le corresponda por el solo hecho del despido y debe ser el mismo, tenido como un despido sin causa, a los efectos de resarcir los daños y perjuicios que el acto lesivo discriminatorio (despido) ha ocasionado.⁵⁹

1.3. Carga de la prueba en el despido discriminatorio

Con referencia a la carga de la prueba en los casos de despido discriminatorios es que la Corte Suprema manifestó en el fallo “Pellicori”: “...Resultará suficiente, para la parte que afirma un trato discriminatorio, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica.”⁶⁰ Entre los motivos expone: “...las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan dichas víctimas para acreditar, mediante plena prueba, el aludido motivo...” .

En el caso concreto la actora requirió la nulidad del despido y la reinstalación en su puesto de trabajo, fundado en el Artículo 1 de la Ley 23.592 en virtud de que el distracto fue discriminatorio. La sentencia de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, había entendido que, para la nulidad del despido, la actora trabajadora, debió haber acreditado en forma exhaustiva los motivos de discriminación alegados, manifestando que para ello se requiere: "una prueba muy convictiva y una apreciación exigente de los elementos probatorios acompañados", y que en el caso concreto no había sido logrado en virtud de que los elementos

⁵⁹Ramos, Santiago José (2009). La ley 23.592 y la jurisprudencia en materia laboral. Disponible en: <http://www.saij.gov.ar/santiago-jose-ramos-ley-23952-jurisprudencia-materia-laboral-dacf090063-2009-09/123456789-0abc-defg3600-90fcanirtcod>.

⁶⁰Pellicori, Liliana c/ Colegio Público de Abogados de la Capital federal p/ Amparo. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de noviembre de 2011. En fallos: 334:1387.

probatorios acompañados no fueron “suficientes”. Por ello, la accionada luego de habersele denegado el recurso extraordinario, fue en queja a la CSJN, sentándose de este modo criterios jurisprudenciales imperantes.

El criterio ordenado en “Pellicori”, es ratificado por la CSJN en el fallo “Sisnero” de fecha 20 de mayo del año 2014⁶¹ en que el que la Corte revoca la sentencia del Tribunal Inferior de Salta, manda a dictar sentencia conforme los criterios que el mismo tribunal menciona, pero que no aplicó al resolver en su sentencia.

En el caso existió discriminación de trato de parte de las empresas de transporte público respecto a las mujeres que se habían postulado para el ingreso a trabajar y no habían sido seleccionadas, invocando estas empresas entre sus motivos que no había intención de discriminación. Así los cargos eran solo ocupados por hombres. El Tribunal Inferior entendió que debían tomarse medidas para eliminar la discriminación entre mujeres basadas en prejuicios y no en criterios objetivos. Pero a pesar de que quedó probado en el expediente que la parte demandada no pudo acreditar la no discriminación en el proceso de selección de trabajadores y la vulneración del derecho constitucional a elegir libremente una profesión o empleo, decidió rechazar el amparo colectivo entablado por la Sra. Mirtha Graciela Sisnero y la Fundación Entre Mujeres (FEM) contra la Sociedad Anónima del Estado del Transporte Automotor (SAETA), la Autoridad Metropolitana de Transporte (AMT) y las siete empresas operadoras de SAETA que tenían a su cargo los ocho corredores del transporte público urbano de pasajeros en la ciudad de Salta (Tadelva S.R.L.; Ahynarca S.A.; Alto Molino S.R.L.; Ale Hnos. S.R.L.; D.T.E. Lagos S.R.L. y San Ignacio S.R.L.; D.T.E. Conevial S.A., Conipa y Transal S.R.L; y El Cóndor S.A.).

Es así como fundado también en la teoría de las cargas dinámicas de las prueba, según la cual, quien se encuentra en mejores condiciones es quien debe acreditar en forma objetiva los hechos en los que se funda su accionar (hoy receptada también por el Artículo 1735 del C.C.C.N.⁶²), es que jurisprudencialmente se entiende que, si

⁶¹Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Tadelva SRL y otros s/ Amparo. Corte Suprema de la Nación, 20 de mayo de 2014.

⁶² Artículo 1735 CCCN:” Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe

bien el trabajador tendrá que acercar los indicios razonables que prima facie muestren el actuar discriminatorio lesivo de sus derechos fundamentales; es el empleador quien se encuentra en mejores condiciones de comprobar que el despido tuvo razones que objetivamente se alejan de un actuar discriminatorio, es así como la carga de la prueba pesa sobre él.⁶³

En el caso de despidos discriminatorios de mujeres, la propia Ley 26.485 (norma obligatoria en toda la Argentina) establece la amplitud probatoria, en su artículo 16 al disponer que: “Los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y las leyes que en consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:...i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos...”

Lo que pretende la norma precedente, es reafirmar el deber que tienen los jueces en reforzar el método de valoración de las pruebas, garantizando acciones positivas que tiendan a cumplir con el objetivo no solo de la ley específica, sino por nuestro ordenamiento constitucional e internacional, de garantizar y proteger los derechos de las mujeres.⁶⁴

Hoy la tarea de los jueces requiere valorar las circunstancias fácticas de cada caso concreto, adentrarse y analizar con una mirada desde la vulnerabilidad, como resalta nuestra Corte “...atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan

comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.”

⁶³ Gasquet, Pablo A. (2018). Libertad de Contratar versus presunción de discriminación. Revista Derecho del Trabajo. N° 8, pp 1852. Thomson Reuters. La Ley

⁶⁴ Valdatta Florencia Micaela En Juicio N° 152510 Valdatta Florencia Micaela C/ Asfalia S.A. P/ Despido P/ Recurso Extraordinario Provincial, Suprema Corte De Justicia, Sala Segunda, Mendoza, 7 de mayo de 2021. Disponible en: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507>.

protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas...»⁶⁵

1.4. Prohibición específica de discriminación a la mujer trabajadora

La aplicabilidad de la solución planteada por la ley general, al caso del despido de una mujer embarazada, es objeto de distintas opiniones en virtud de la existencia de una específica solución legal (Artículo 178 y 182 de la LCT). Es necesario poder ir desarrollando, desmenuzando las distintas posturas en torno al tema que nos ocupa, para poder adentrarnos completamente en cómo entendemos al despido de una mujer embarazada durante el periodo de prueba.

Este tema lo veremos desarrollado en los próximos capítulos del presente trabajo.

Remitiéndonos a la mujer trabajadora, la LCT en su Artículo 172, párrafo primero regula que: “La mujer podrá celebrar toda clase de contrato de trabajo, no pudiendo consagrarse por las convenciones colectivas de trabajo, o reglamentaciones autorizadas, ningún tipo de discriminación en su empleo fundada en el sexo o estado civil de la misma, aunque este último se altere en el curso de la relación laboral.”

2. Derecho Comparado. Derecho Colombiano y la Teoría de la Estabilidad Laboral Reforzada

Conforme la Teoría de la Estabilidad Laboral Reforzada del Derecho Colombiano, el derecho al trabajo encuentra su base en la protección del principio fundamental de la estabilidad en el trabajo. El mismo hace referencia por un lado, a la necesidad de garantizar al trabajador una permanencia en el empleo, sin que el vínculo laboral se vea disuelto en forma abrupta y arbitraria, y por el otro lado implica una limitación al

⁶⁵ Idem.

empleador en su facultad de despedir cuando el distracto encuentra su causa en una situación de vulnerabilidad del trabajador.

Cuando el despido se encuentra con una situación de debilidad del trabajador, se manifiesta en clara violación de normas constitucionales y convencionales, por ejemplo el caso de embarazo de la mujer trabajadora, problemas de salud, trabajadores sindicalizados, personas con alguna discapacidad, etcétera, es que se entiende que el mismo atenta contra la estabilidad laboral reforzada.⁶⁶

La Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que: “...Los trabajadores que puedan catalogarse como (i) inválidos, (ii) en situación de discapacidad, (iii) disminuidos físicos, síquicos o sensoriales, y (iv) en general todos aquellos que (a) tengan una considerable afectación en su salud; (b) que les “impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, y (c) se tema que, en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho, están en circunstancia de debilidad manifiesta y, por tanto, gozan de “estabilidad laboral reforzada”...”⁶⁷

En el Derecho Colombiano, el empleador a los efectos de despedir a una persona titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada debe solicitar la autorización de la Oficina del Trabajo. Asimismo la protección requerirá que: a) se determine que el estado de salud o condición particular del trabajador le impida o dificulte sustancialmente la realización de sus tareas en circunstancias regulares, esto en virtud de que no toda afectación lleva a considerar al trabajador sujeto de la protección especial; b) la condición de debilidad manifiesta sea conocida por el empleador en forma previa al distracto, y c) el despido no tenga una causa justificada acreditada suficientemente por el empleador, de forma tal que su causa sea discriminatoria.

⁶⁶ Sentencia T-052/20. Expedientes acumulados T-7.441.401 y T-7.448.222. Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional de Bogotá, D. C., Colombia, (13 de febrero de 2020). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-052-20.htm>.

⁶⁷ Sentencia T-052/20. Expedientes acumulados T-7.441.401 y T-7.448.222. Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional de Bogotá, D. C., Colombia, (13 de febrero de 2020). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-052-20.htm>.

La Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-052/20, manifiesta que: “...Cuando se comprueba que el empleador (a) desvinculó a un sujeto titular de la estabilidad laboral reforzada sin obtener la autorización de la oficina del Trabajo, y (b) no logró desvirtuar la presunción de despido discriminatorio, el juez que conoce del asunto tiene el deber prima facie de reconocer a favor del trabajador: (i) la ineficacia de la terminación o del despido laboral (con la consiguiente causación del derecho del demandante a recibir todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir en el interregno). (ii) El derecho a ser reintegrado a un cargo que ofrezca condiciones similares a las del empleo desempeñado por él hasta su desvinculación, y en el cual no sufra el riesgo de empeorar su estado de salud, sino que esté acorde con su situación. (iii) El derecho a recibir capacitación para cumplir con las tareas de su nuevo cargo, si es el caso⁶⁸. Y (iv) el derecho a recibir “una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”...”⁶⁹

La Corte Constitucional de Colombia, ha establecido también que el principio de la Estabilidad Laboral Reforzada se aplica aún en los casos de contrato a plazo fijo, en los que si se da el caso de que el trabajador al momento del vencimiento del contrato tenga una debilidad manifiesta de las que hemos expuesto con anterioridad, el empleador a los efectos de poder dar por terminado el contrato, deberá pedir autorización a la Oficina de Trabajo a los efectos de que certifique la existencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo.

⁶⁸ Según el artículo 54 de la Constitución Colombiana, la capacitación profesional de las personas disminuidas físicas, psíquicas o sensoriales es un derecho fundamental. Dice, el citado precepto: “Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”. Este fue asunto de decisión en la Sentencia T-1040 de 2001, en la que se le ordenó a la empresa demandada brindar capacitación a la tutelante para el cumplimiento de sus funciones.

⁶⁹ Sentencia T-052/20. Expedientes acumulados T-7.441.401 y T-7.448.222. Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional de Bogotá, D. C., Colombia, (13 de febrero de 2020). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-052-20.htm>.

3. Conclusión

Tomando como modelo lo establecido por el derecho colombiano podemos entender como beneficioso reglar situaciones especiales dentro del derecho laboral que sean límites necesarios a los empleadores al momento de despedir a personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, y antes del distracto requerir la debida autorización estatal a un organismo establecido al efecto, para la verificación de situaciones objetivas que lo justifiquen.

El derecho a la no discriminación está garantizado a toda persona por su sola condición de tal, tanto en nuestra carta magna, como en cantidad de legislación específica en nuestro ordenamiento jurídico, buscando la protección de la dignidad de la misma.

Sostenemos la posición de que ante la situación de un despido que encuentre su causa en un acto de discriminación, la solución que deben adoptar los tribunales es permitir optar al trabajador, entre la reincorporación a su puesto de trabajo, en virtud de que ese acto es nulo, de nulidad relativa, con la debida indemnización del pago de los salarios caídos hasta el momento de la reincorporación y la indemnización de los daños y perjuicios materiales y morales que el despido discriminatorio haya ocasionado; u optar por la extinción del vínculo, debiendo el empleador abonar la indemnización de por el despido sin causa tarifada en el Artículo 245, sumada a la indemnización por los daños que el perjuicio le ha ocasionado. Para ello, los jueces deben aplicar el principio de la carga dinámica de la prueba.

Capítulo 3

1. Período de prueba

El trabajo que desarrollamos busca dar cuenta de los derechos de la trabajadora embarazada durante el periodo de prueba, específicamente cuando la misma es despedida. Es así, que necesitamos adentrarnos en lo que LCT requiere al respecto.

El período de prueba es el instituto regulado en el Artículo 92 bis de la LCT, que establece: “El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el artículo 96, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros TRES (3) meses de vigencia. Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción, pero con obligación de preavisar según lo establecido en los artículos 231 y 232. El período de prueba se regirá por las siguientes reglas:

- 1). Un empleador no puede contratar a un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el período de prueba. De hacerlo, se considerará de pleno derecho, que el empleador ha renunciado al período de prueba.
- 2). El uso abusivo del período de prueba con el objeto de evitar la efectivización de trabajadores será pasible de las sanciones previstas en los regímenes sobre infracciones a las leyes de trabajo. En especial, se considerará abusiva la conducta del empleador que contratare sucesivamente a distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente.
- 3). El empleador debe registrar al trabajador que comienza su relación laboral por el período de prueba. Caso contrario, sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de ese incumplimiento, se entenderá de pleno derecho que ha renunciado a dicho período.
- 4). Las partes tienen los derechos y obligaciones propias de la relación laboral, con las excepciones que se establecen en este artículo. Tal reconocimiento respecto del trabajador incluye los derechos sindicales.

5). Las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social.

6). El trabajador tiene derecho, durante el período de prueba, a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo. También por accidente o enfermedad inculpable, que perdurará exclusivamente hasta la finalización del período de prueba si el empleador rescindiere el contrato de trabajo durante ese lapso. Queda excluida la aplicación de lo prescrito en el cuarto párrafo del Artículo 212.

7). El período de prueba, se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la Seguridad Social.”

Los contratos por tiempo indeterminado (con la salvedad de los contratos por temporada) se inician con un período de prueba durante los tres primeros meses de la relación contractual, en el que el empleador, en pleno ejercicio de su libertad de contratar, verifica las aptitudes y conocimientos del trabajador, evalúa sus condiciones para poder determinar si son las requeridas para el puesto de trabajo, asimismo el trabajador determina si el empleo al que se postula reúne las condiciones buscadas, y cumple con las ofrecidas en el contrato de trabajo y con las condiciones establecidas normativamente.

1.1. Debida registración de la relación laboral como condición indispensable

La LCT prevé, para ambas partes la facultad de dar por terminada la relación laboral, sin expresar causa alguna, no generando esta situación responsabilidad para ninguna de ellas con motivo de la extinción, esto siempre que el empleador haya cumplido con el requisito de la debida registración laboral.

En relación a esto encontramos dos posturas concretas. En primer lugar, se encuentra la postura que entiende que, si el empleador incumple con la debida registración y despide al trabajador durante los primeros tres meses, al no alcanzarse la fracción

mayor de tres meses exigidos por el Artículo 245 de la LCT, considerado un plazo mínimo (tres meses y un día), no se le debe indemnización alguna por antigüedad.

Esta corriente es seguida por Grisolia, quien manifiesta “La ley 25.877 prevé que cualquiera de las partes puede extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, y sin derecho a indemnización con motivo de la extinción. De esta forma se mantiene la disposición que exime al empleador del deber de abonar la indemnización por antigüedad, de la cual también se encuentra eximido aún en el caso de haber renunciado al periodo de prueba y producirse la extinción durante los primeros tres meses...”⁷⁰

Esta postura fue la tomada por la Segunda Cámara Laboral de la Provincia de Mendoza en el caso “Salinas Vásquez, Rouse Marie Claudia C/ High Trade Srl S/ Despido⁷¹”, en el cual, a pesar de tener por no inscripta la relación laboral, ante la orfandad de prueba por parte de la accionada para acreditar la registración, resultando insuficientes los recibos de sueldos que entregaba al trabajador, la Cámara resolvió que el empleador renunció de este modo al período de prueba, y sin embargo rechazó la indemnización del Artículo 245 LCT. Fundó la sentencia en que el trabajador manifestó haber laborado cuarenta y siete días, entendió que de este modo el empleador, a pesar de haber incumplido con su obligación de registración, se encontraba facultado para extinguir la relación laboral y eximido así de abonar la indemnización por antigüedad, por no haberse cumplido el plazo mínimo de tres meses y un día previsto por el Artículo 245 de la LCT. Citó además la doctrina plenaria de los autos “Sawady, Manfredo V. S.A.D.A.I.C (Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música)”.

En el Fallo Plenario mencionado ut supra, resuelto con fecha treinta de marzo de mil novecientos setenta y nueve, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, resolvió la siguiente doctrina: “...El trabajador con antigüedad no

⁷⁰ Grisolia, Julio A. (2011). Derecho del Trabajo y la Seguridad social. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia Modelos. Vol. I, 1ªed (pp419). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

⁷¹ Salinas Vásquez, Rouse Marie Claudia S/ Recurso De Casación EN J° 34.407: Salinas Vásquez, Rouse Marie Claudia C/ High Trade Srl S/ Despido. Suprema Corte de Justicia, Mendoza (17 de septiembre de 2012).

Ortegoza Roberto David C/ Petrogas S.A. P/ Despido. Segunda Cámara Del Trabajo, Mendoza (08 de junio de 2016).

mayor a tres meses, despedido sin causa, no tiene derecho a la indemnización prevista por el artículo 266 de la LCT (texto originario) ...”⁷²

La Suprema Corte de la Provincia de Mendoza en el año 2012, en el marco del fallo que analizamos (“Salinas Vásquez, Rouse Marie Claudia S/ Recurso De Casación”), rechazó el recurso de casación, al entender que, si bien el período de prueba da una facultad para que el contrato pueda extinguirse sin responsabilidad para las partes, esto “no implica que pueda extinguirse en forma abusiva o discriminatoria, es decir hacer uso fraudulento del instituto.” Pero entendió también que, como la relación laboral no logró el lapso mínimo fijado por el artículo 245 de la LCT, la indemnización por antigüedad no procede, sin perjuicio de que puedan corresponderle al trabajador otras indemnizaciones, como por ejemplo la dispuesta en el Artículo 24 LCT⁷³. En este caso, se refirió al conocido Fallo plenario "Sawady" al que hicimos referencia con anterioridad.

Esta misma doctrina ha sido seguida por la Cámara Nacional de Apelaciones en el caso “Segura Rojo Eunise Betsabe C/ Garber, Elba Edith S/ Despido” de febrero del 2012, en donde se sigue aplicando la doctrina sentada por el plenario “Sawady”, entendiendo que para otorgar la indemnización por antigüedad del artículo 245 de la LCT, es necesario haber trabajado durante un plazo mayor a tres meses. Manifiesta el fallo que: “... Queda firme entonces la conclusión de que la actora no alcanzó a trabajar un período mayor a tres meses, por lo que es de aplicación la doctrina plenaria sentada en el fallo "Sawady, Manfredo c/SADAIC que estableció los alcances del Artículo 245 de la L.C.T. Dicha doctrina plenaria afirma que resulta improcedente la indemnización por despido en aquellos casos en que el trabajador tenga menos de tres meses de antigüedad, y esto, para ellos, no implica una violación al Artículo 14 bis de la C.N.

⁷² Sawady Manfredo C/Sadaic S/Cobro De Pesos. Cámara Nacional del Trabajo, Buenos Aires (30 de marzo de 1979). Disponible en: <http://data.triviasp.com.ar/files/parte4/j5937.pdf>.

⁷³ Artículo 24 LCT: “Efectos del contrato sin relación de trabajo. Los efectos del incumplimiento de un contrato de trabajo, antes de iniciarse la efectiva prestación de los servicios, se juzgarán por las disposiciones del derecho común, salvo lo que expresamente se dispusiera en esta ley. Dicho incumplimiento dará lugar a una indemnización que no podrá ser inferior al importe de un (1) mes de la remuneración que se hubiere convenido, o la que resulte de la aplicación de la convención colectiva de trabajo correspondiente.

(CNAT, Sala VI, "Moya Díaz Juan Domingo y otro c/Computación Integral y Sistemas SRL y Otros s/despido" del 26/06/08). Aún en casos como el presente, en que el empleador no registró la relación de trabajo, -lo que lleva a entender que renunció a valerse de los beneficios del período de prueba en materia indemnizatoria-, cabe entender que conforme el espíritu del plenario citado (acuerdo n° 218 del 30/3/79, que recobró actualidad en virtud de la derogación del Artículo 7° de la ley 25.013 por la ley 25.877 y de la redacción actual del primer párrafo del Artículo 245 y del Artículo 92 bis de la L.C.T.), para acceder a la reparación por antigüedad pretendida por el trabajador, los días trabajados deberán al menos superar la fracción de tres ...⁷⁴

Esta postura, entendemos, va en contra del espíritu tenido por el legislador al establecer el beneficio extintivo, ya que, si no pudiera obligarse al empleador a cumplir con la registración bajo pena de tener que indemnizar, posiblemente ningún empleador cumpliría con esta obligación, perjudicando al trabajador en cuanto a sus aportes jubilatorios principalmente.

La sanción que prevé la ley va de la mano con la regla moral de que nadie se beneficie con el incumplimiento de una norma, aún menos cuando nos encontramos enmarcados en situaciones flexibilizadoras previstas, cual es el periodo de prueba mismo.

De esta manera, es como la postura contraria entiende que el beneficio que el instituto prevé para el empleador desaparece cuando el mismo no cumple con la debida registración del trabajador. De modo que, en caso de despedirlo durante los primeros tres meses de la relación laboral, deberá abonar la indemnización prevista por el Artículo 245 de la LCT, que en su último párrafo entiende que el importe de esta indemnización nunca podrá ser inferior al de un mes de sueldo calculado sobre la base que el primer párrafo establece, la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicio si este fuera menor.

⁷⁴Segura Rojo, Eunise Betsabe C/ Garber, Elba Edith S/ Despido. Cámara Nacional del Trabajo, Sala IV, Buenos Aires (22 de febrero de 2012). Disponible en: <http://www.sajj.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-trabajo-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-segura-rojo-eunise-betsabe-garber-elba-edith-despido-fa12040096-2012-02-22/123456789-690-0402-lots-eupmocsollaf> .

Es la misma ley la que, en el Artículo 92 bis inciso 3, prevé esta situación, a modo de sancionar al empleador para el caso de no cumplir con la especificada condición, perjudicando en forma directa los derechos del trabajador, entendiendo que, si no se cumple con el requisito de la debida registración, el despido es considerado un despido arbitrario, el cual goza de la protección de la ley.

La postura expuesta en el párrafo precedente es la postura que sostiene la doctrina jurisprudencial mayoritaria en la actualidad⁷⁵. En esta línea encontramos fallos como “Stalocca, Leticia Lourdes C/ Nueva Tucuman Srl S/ Despido” de la Primera Cámara del Trabajo de la Primera Circunscripción de la Provincia de Mendoza, de fecha siete de noviembre del 2016. En el mismo se entiende que, para que el período de prueba tenga validez, es necesario que el trabajador se encuentre registrado tanto ante la autoridad administrativa (AFIP) como en los libros laborales de la empresa (conf. Artículo 7 de la Ley 24.013), a los efectos de no premiar al que con su comportamiento incumple la ley perjudicando efectivamente al trabajador. Refiere el fallo de la Cámara que: “...Con la redacción dada por la Ley 25.877 (B.O. 19/3/2004), más que nunca, queda indisputablemente claro que la mención a la “fracción mayor a tres meses” hace estricta referencia al modo de computar el residuo resultante de la expresión de la antigüedad del trabajador en años, a fin de establecer si adiciona o no un período indemnizable más. Interpretación que se desprende claramente del juego armónico con el último párrafo del Artículo 245 de la citada normativa, que establece que “el importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a un mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo” y con el Artículo 92 bis que regula el período de prueba, que excluye a modo de sanción, de sus beneficios los casos de clandestinidad de la relación. Por ello entiendo que la base normativa del Plenario 219 “Sawady” del 30/03/1979 ha variado, y, en consecuencia, el referido Fallo Plenario ha perdido validez. El Artículo 245 de la LCT en su redacción actual es expresión de la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario. Es obvio que el citado artículo no tiene como objetivo garantizar un mínimo indemnizatorio a los trabajadores que tienen más de tres meses de antigüedad en el empleo, porque ellos

⁷⁵ Flores Romina Alejandra c/ Recursos Humanos Auditorías y Servicios SRL s/ Ordinario. Inconstitucionalidad y casación. Corte Suprema de Justicia, San Juan (8 de octubre de 2013).

están comprendidos en la regla general, por sí solo ya tienen derecho al equivalente a un periodo indemnizable...Necesaria y lógicamente debe entenderse que el piso del Artículo 245 LCT se aplica a los trabajadores cuya relación se mantiene en la clandestinidad y llega a su fin por ser despedidos directa o indirectamente dentro de los tres primeros meses de vigencia del contrato de trabajo...Mantener la vigencia de la doctrina plenaria de “Sawady” significaría dejar al margen de la garantía constitucional contra el despido arbitrario al trabajador víctima de la falta de registración, desampararlo respecto de la normativa que sanciona la clandestinidad, ya que si no hay indemnización por despido es imposible sancionar con la duplicación prevista en el artículo 1º de la Ley 25.323 y finalmente, premiar al incumplidor en desmedro de aquel que se apega a la ley...”⁷⁶

Esta postura, la de avanzar contra lo establecido por el plenario “Sawady”, a la luz de los principios constitucionales y convencionales se ve en el fallo “Maturano Natalia Ivana C/ La Nueva Tucumán S.R.L. P/ Despido” de la Quinta Cámara del Trabajo de la Primera Circunscripción de la Provincia de Mendoza de fecha 19 de diciembre del 2016, que, además de los argumentos ya esgrimidos, sostiene que continuar con el criterio del plenario mencionado, es ir en contra del principio protectorio. Por esto resuelve “... Debo expresar que, al tratarse de un trabajador no registrado, se entiende que el empleador ha renunciado, al período de prueba...ya que no puede hacer uso de los beneficios del período a prueba...En cuanto el reclamo de la indemnización por despido (Artículo 245 LCT), el Tribunal por los mismos motivos expuestos entiende que es procedente, dicho rubro, atento la renuncia efectuada por la accionada al período a prueba, dada la falta de registración. Por lo que entiendo que privarlo al mismo de dicha reparación dispuesta por el Artículo 245 de la LCT, es injusto y no ajustado a derecho, ya que el mismo es acreedor de dicho rubro, dado que se trata de una situación en negro, no regularizada, por tanto no se puede beneficiar y premiar al incumplidor, y perjudicar a la parte más débil que cumplió con su debito laboral, ya que de lo contrario no se estaría cumpliendo con el mandato legal previsto en el Artículo 14 bis de la CN, Artículo 9 de la LCT, yendo inclusive en contra del principio de progresividad, el cual establece que ningún cambio se

⁷⁶ Stallocca, Leticia Lourdes C/ Nueva Tucuman Srl. S/ Despido. Primera Cámara Del Trabajo, Mendoza (07 de noviembre de 2016).

puede realizar dentro de lo que es propio de un contrato de trabajo que implique una disminución o pérdida de un derecho, y en su caso, los cambios o modificaciones son sólo admisibles si son más beneficiosas para el trabajador...”⁷⁷

Es así como el criterio sostenido en el presente trabajo es el que entiende que no se puede premiar al que incumple la ley, en desmedro del trabajador que cumple con su obligación de trabajar. Es así como la indemnización por antigüedad del Artículo 245 es plenamente aplicable cuando el empleador incumple con su obligación de registrar al trabajador y lo despide, por lo que se entiende que de este modo renunció a todos los beneficios que el Artículo 92 bis otorga durante el periodo de prueba.

Este es uno de los temas que ha logrado ir avanzando en su interpretación armoniosa con todo el ordenamiento jurídico, y que permite adentrarnos en los derechos que deben reconocerse a la mujer trabajadora despedida durante el periodo de prueba.

1.2. Facultad extintiva de las partes de la relación laboral

La ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho, por lo que el ejercicio de estos debe realizarse en forma diligente, como expusimos en el primer Capítulo.

Es así que, durante el período de prueba, ambas partes de la relación tienen la facultad de extinguir la misma, sin exposición de motivos y causas, no generando responsabilidad para ellas, mientras cumplan con lo exigido por el instituto -como manifestamos anteriormente-, y siempre y cuando ejerzan diligentemente la facultad de extinguir la relación de trabajo.

Esto ha sido planteado también por la teoría de la estabilidad laboral reforzada, instruida por la jurisprudencia colombiana como mencionábamos⁷⁸.

⁷⁷ Maturano Natalia Ivana C/ La Nueva Tucuman S.R.L. P/ Despido. Quinta Cámara Del Trabajo. Mendoza, (19 de diciembre de 2016).

⁷⁸ Cruzado Cachi, Alberto Renato (2015). La afectación de los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada al extinguir el empleador la relación laboral durante el período de prueba. Pp 7. Disponible en: <http://repositorio.upn.edu.pe/handle/11537/6346>. (s/f).

Cuando hablamos de ejercicio diligente de la facultad de extinguir la relación laboral, hacemos referencia a que esa facultad puede ser limitada cuando la misma es considerada discriminatoria o abusiva.

Lo manifestado lleva a preguntarnos si se puede juzgar o categorizar la facultad del empleador de este modo, es decir si puede considerarse que hubo de parte del mismo un uso indebido de la facultad extintora durante el periodo de prueba.

Se entiende que el ejercicio diligente de la facultad del empleador de dar por terminado el vínculo laboral durante el período de prueba, se da cuando el mismo da por terminado el contrato de trabajo en virtud de que el comportamiento del trabajador no es el esperado, o cuando sus aptitudes o conocimientos no son los requeridos para el puesto de trabajo, siempre atendiendo a causas objetivas.

2. Conclusión

Como manifestamos, existen posturas que buscan armonizar el ordenamiento jurídico en su totalidad, no cual si estuviera dividido en compartimentos estancos. Esta idea pretende vislumbrar el objetivo que el legislador tuvo a la hora de regular al periodo de prueba, el fin del instituto.

Entendimos que el despido siempre debe ser diligente, nunca abusivo, en miras a entender que nuestra ley pretende proteger la continuidad del trabajo y la persona del trabajador. Es decir, no se justifica cualquier ruptura del vínculo laboral, sino aquella que está fundada en razones objetivas.

El mismo criterio debe extenderse al periodo de prueba. No debe utilizarse el instituto para premiar a aquellos que actúen en incumpliendo la ley, en desmedro directo de los trabajadores, no registrando la relación laboral y terminando el vínculo durante el periodo.

La fría letra de la ley, entendemos debe ser interpretada en cada caso concreto, en un juego armónico con todo el ordenamiento jurídico.

Capítulo 4

1. Protección de la mujer trabajadora embarazada.

En el presente capítulo desarrollaremos la protección que convencional y legalmente se reconoce a la familia, a la mujer y su maternidad, y al niño por nacer. Específicamente, cómo la LCT regula la protección de la maternidad en el ámbito laboral, para poder llegar a un entendimiento de nuestra postura con relación a cómo debe ser tratado el despido de la mujer embarazada durante el periodo de prueba.

1.1. Normativa supranacional sobre la protección de la familia y de la maternidad

Como ya hemos manifestado la familia es la base fundamental sobre la que se construye la sociedad, y como base de ella se encuentra la maternidad, por lo que el ordenamiento jurídico busca proteger a ambas en sus distintos aspectos y condiciones en virtud de ser indispensables para la vida de un país. Al proteger a la maternidad, no solo se busca proteger a la mujer, sino al niño por nacer o nacido, y de esto se desprende la necesaria protección de la paternidad.

Esta protección la encontramos a modo ejemplificativo en la normativa supranacional que desarrollaremos a continuación.

Por su lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su Artículo 17, regula sobre la protección de la familia: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado...”.

Asimismo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su Artículo 6 establece: “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella...”; y en su Artículo 7

regula sobre la protección de la maternidad: “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a la protección, cuidado y ayuda especiales”.

Encontramos al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en su Artículo 10, apartado 2 establece: “Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho periodo a las madres que trabajen se les debe conceder licencias con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.”

La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su Artículo 3 que: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”

La Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Contra la Mujer, aprobada por Ley 23.179 en el año 1985, que tiene como marco toda la normativa supranacional existente, y que se hizo necesaria porque a pesar de ella continúan las discriminaciones contra la mujer. La Convención tiene como base el hecho de que todo ser humano nace libre e igual en dignidad y en derechos, por esta razón es que, en la materia que nos compete en su Artículo 11, inc. 2 establece: “2. Con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y, asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil. b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales. c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la

familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños. d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.”

Todas estas normas entre otras tienen como centro la protección de la maternidad, de los derechos de los niños, y así de la familia como objeto central de toda sociedad que debe ser protegido por cada Estado. De esta forma, y haciéndonos eco de esta necesidad es que nuestra LCT regula la protección de la maternidad como especificamos a continuación.

1.2 La protección de la maternidad en la Ley de Contrato de Trabajo

Haciéndose eco de la obligación que tiene Argentina de legislar, regular y proteger en forma especial a la mujer trabajadora en su maternidad, es que la LCT da un marco normativo específico con los Artículos 177, 178 y 179. Los derechos que tales normas regulan son de orden público, por ello irrenunciables e indisponibles por las partes de la relación laboral.

Es de destacar que esta protección solo sesgada a la mujer ha quedado reducida a una realidad propia de la época de la sanción de la LCT, que deja afuera la protección de la paternidad, hoy entendida como tan importante y relevante como la de la maternidad a la hora de proteger a la familia como base fundamental de la sociedad. Esto muchas veces genera discriminaciones que nacen de la misma ley que actualmente deben ser revisadas, tomando como ejemplo la legislación de países de Europa.

a. Prohibición de trabajar

La prohibición de trabajar como protección de la mujer embarazada se encuentra en el Artículo 177 de la LCT que establece: “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 pretérmino se acumulará 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.”

En miras a proteger a la mujer embarazada y a la persona por nacer, la LCT prohíbe que la misma labore durante un plazo de 90 días, que en principio son 45 días antes del nacimiento y 45 días posteriores al mismo, pudiendo ser mejorados por convenios colectivos.

La comunicación del embarazo al empleador, junto a la acreditación de la fecha probable de parto, son requisitos necesarios entre otros efectos, para la determinación del plazo de la licencia por maternidad.

Esta prohibición es dirigida al empleador, siendo considerado trabajo prohibido en los términos del Artículo 40 de la LCT. Es un derecho no renunciable por parte de la trabajadora, ni compensable en dinero, en virtud de que, lo que se pretende es la protección de la salud de la madre y del bebé en gestación.⁷⁹ Es de destacar que desde la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación esta licencia, es gozada tanto para las maternidades logradas por la naturaleza como por reproducción asistida.

El sistema de seguridad social es el encargado mediante la ANSES, durante este lapso de tiempo, de abonar a la trabajadora una asignación por maternidad que debe ser igual al monto que la trabajadora cobra como remuneración. A los efectos de gozar de este beneficio la trabajadora debe contar con una antigüedad mínima y continuada de 3 meses en el empleo al momento de iniciar la licencia, conforme lo regula la Ley 24.714 en sus Artículos 6 y 11. En el caso de remuneraciones fijas, la suma que percibe de ANSES es igual a la remuneración bruta, pero en el caso de remuneraciones variables, por ejemplo cuando existen comisiones, el monto a abonarle a la trabajadora es un promedio de las últimas tres remuneraciones que el empleador declaró ante AFIP.

b. La comunicación del embarazo

A los efectos de que comience a operar la protección de la mujer embarazada, se requiere como primer requisito, que el empleador tome conocimiento del embarazo, es decir a la trabajadora se le exige la comunicación fehaciente de su embarazo a su empleador, y la acreditación del mismo, ya sea con un certificado médico que indique la fecha probable de parto, o mediante la comprobación de su estado

⁷⁹Litterio, Liliana Hebe (2017). El trabajo de las Mujeres. Las normas, la jurisprudencia y la realidad. 1º ed (pp 78). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

mediante los médicos que disponga el empleador, esta opción es a elección de la trabajadora.

Desde el momento de esta comunicación, a la mujer se le garantiza, con carácter de derecho adquirido, la estabilidad en el empleo.

Entiende cierto sector de la doctrina y de la jurisprudencia que al requerirse que esta notificación sea “fehaciente”, debe cumplirse en forma escrita, y probarse por sí misma. Consideran por forma escrita, a los telegramas colacionados, cartas documento, o nota con constancia de recepción por parte del empleador. Esta opinión es la que sostiene que cuando un trabajador ha manifestado que cumplió con notificar fehacientemente, alegando haberlo manifestado en forma verbal al empleador, o manifestando la existencia de testigos que hayan visto, escuchado esa comunicación, o presentando análisis médicos, o alegando el estado notorio del embarazo, no se ha dado cumplimiento de la obligación del trabajador. Así sostienen que la notificación debe ser realizada en forma directa al empleador o representante del mismo.

La doctrina jurisprudencial mayoritaria, deja de lado el rigorismo legal, la fría letra de la ley, y sostiene que cuando la norma hace referencia a notificación “fehaciente”, es en virtud de que el medio que se utilice para esa comunicación debe dar certeza, fe de un cabal conocimiento del embarazo por parte del empleador, ya que esta es la finalidad perseguida por la ley, que el empleador tome conocimiento del embarazo. Eso en virtud de que la notificación fehaciente no es un requisito “ad solemnitatem”, sino “ad probationem”, que dependerá de las circunstancias de cada caso.

Por lo que, en esta línea de pensamiento, en caso de discusión de si existió o no comunicación fehaciente, debe averiguarse si el empleador pudo o no haber conocido el embarazo, incluso haber sido el mismo notorio, y no entrar en un rigorismo tal que desvirtué la finalidad que tuvo el legislador al proteger la maternidad de la trabajadora.⁸⁰

Junto a la notificación del estado de gravidez, manifestábamos que la trabajadora tiene la opción de presentar un certificado médico donde conste su estado de

⁸⁰ Gentile, Elsa (2017). Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada con el Código Civil y Comercial. Vol II, 1ª ed, (pp 215). Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica.

embarazo y la fecha probable de parto, o solicitar la comprobación por parte de los médicos designados por el empleador.

La determinación de la fecha probable de parto tiene suma importancia, ya que se utiliza para determinar el plazo de licencia de la mujer trabajadora. Pero así también es necesario para poder gozar de uno de los beneficios de la seguridad social,⁸¹ cual es la Asignación Familiar por Prenatal.

La Asignación mencionada ut supra es un beneficio que ANSES otorga a trabajadores en relación de dependencia permanentes y de temporada, trabajadores monotributistas con categorías A hasta H, trabajadores que se encuentren cobrando por una Aseguradora de Riesgos del Trabajo, trabajadores que cobren la Prestación por Desempleo y a personas que cobren la Pensión Honorífica de Veteranos de Guerra del Atlántico Sur.

Entre los requisitos establecidos para el cobro del beneficio, ANSES establece para el caso de trabajadoras los siguientes: “Tener un embarazo de 12 semanas o más. Solicitar esta asignación entre las semanas 12 y 30 para cobrarla en su totalidad desde el inicio del embarazo. Si la solicitud es realizada luego de la semana 30 de embarazo, solo se abonarán los meses desde el momento de solicitud hasta el nacimiento o interrupción del embarazo. No corresponde pago si la solicitud se realiza una vez ocurrido el nacimiento o interrupción del embarazo. Trabajadores en relación de dependencia o trabajadores que se encuentren cobrando por una ART. Para cobrar la totalidad de la prestación se requiere al momento de la concepción una antigüedad laboral previa de 3 meses durante los 12 meses anteriores. Esta antigüedad surge de haber trabajado en relación de dependencia, haber estado registrado como monotributista o ser titular de la Prestación por Desempleo o Monotributista. Si no cumplís con la antigüedad, percibirás los meses de Asignación por Prenatal luego de cumplida la misma...”⁸²

⁸¹ Litterio, Liliana Hebe (2017). El trabajo de las Mujeres. Las normas, la jurisprudencia y la realidad. 1º ed (pp 171). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

⁸² ANSES (2022). Asignación Familiar por prenatal. Disponible en: Sitio web: <https://www.anses.gob.ar/asignaciones-familiares/prenatal>. (s/f).

Es así que, en los casos en donde la trabajadora ha comunicado su embarazo al empleador, y ha puesto el certificado médico a disposición del mismo, aun no habiéndolo entregado, por el principio de buena fe que debe regir en las relaciones laborales, se entiende que el empleador, en caso de duda o inseguridad respecto por ejemplo de la fecha probable de parto, puede poner médicos a disposición de la trabajadora para que comprueben el embarazo y el tiempo de gestación.

Es así como hoy estas exigencias se ven morigeradas por la práctica, teniendo siempre en miras que el fin último de la norma es la protección de la maternidad, y así de la familia. Por lo que la jurisprudencia está a cada caso en particular, para entender si el empleador conoció el estado de embarazo o no, si pudo conocerlo, para determinar si se dan por cumplidos los presupuestos establecidos por los Artículos 177 y 178 De la LCT.

c. Derecho a la estabilidad en el empleo

A partir de que la mujer trabajadora notifica su embarazo al empleador, la ley le garantiza estabilidad, es decir, la conservación del empleo durante su gestación o maternidad. Esta garantía, contemplada y amparada en nuestro ordenamiento legal interno y supranacional, tiene como correlato la sanción del empleador en caso de que despida (o exista un despido indirecto) a la trabajadora como consecuencia de su embarazo o su maternidad, encareciendo la indemnización.

Al hablar de estabilidad, la doctrina y jurisprudencia se divide. Por un lado, encontramos una postura que entiende que se trata de una estabilidad relativa o impropia, debido a que el despido que el empleador lleve a cabo durante los siete meses y medio anteriores o posteriores al parto, si bien es un acto ilícito, no es un acto nulo, en virtud de que se presume “*iuris tantum*” tuvo su causa en el embarazo o

maternidad.⁸³ Por ende el despido queda configurado, pero deberá el empleador cargar con el pago de las indemnizaciones correspondientes.

Sin embargo, otra postura sostiene que la letra del Artículo 177 de la LCT implica una garantía de estabilidad “absoluta” en el empleo desde el mismo momento de la notificación del embarazo. En este sentido, el despido de la mujer embarazada constituye violencia laboral en los términos de la Ley 26.485 de Protección Integral de la Mujer⁸⁴, como también es un acto nulo, por ser un acto discriminatorio (en los términos de la Ley 23.592), lo que supone que el acto del despido debe dejarse sin efecto, debe reincorporarse a la mujer a su puesto de trabajo, pagársele los salarios que dejó de percibir desde el despido hasta su real incorporación, y además indemnizarla por el daño moral y material ocasionado tal como hicimos referencia en el Capítulo 1 del presente trabajo.

En esta misma línea se entiende que la mujer tiene la opción de solicitar su reincorporación, junto al pago de los salarios caídos y a la indemnización por los daños sufridos, o requerir el pago de la indemnización del Artículo 178 de la LCT acumulado a la indemnización del Artículo 245 de la LCT. Esta postura sostiene que el ordenamiento jurídico debe entenderse no como un conjunto de compartimentos estancos, sino como una unidad, que en casos como estos busca proteger a la mujer y su hijo de todo acto discriminatorio que atente contra su dignidad, contra su derecho a trabajar, su estabilidad, su maternidad.

⁸³Litterio, Liliana Hebe (2017). El trabajo de las Mujeres. Las normas, la jurisprudencia y la realidad. 1ª ed (pp 248). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

⁸⁴Ley 26.485, Artículo 6: “Modalidades. A los efectos de esta ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes:...c) Violencia laboral contra las mujeres: aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral...”

d. Despido por causa de embarazo, presunción

En este orden de ideas, el Artículo 178 de la LCT prevé el despido por causa del embarazo, creando una presunción al respecto del mismo: “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.”

Vemos así que esta presunción opera como corolario de la estabilidad regulada por el Artículo 177, en torno a la mujer en virtud de su maternidad, y en miras a protegerla contra todo despido discriminatorio que tenga como sustento la maternidad de la trabajadora.

Toda relación laboral debe ejercerse de buena fe por ambas partes, por lo que cuando el empleador ha tomado conocimiento del embarazo, y decide terminar la relación existente dentro de los siete meses anteriores o posteriores al parto, se presume que el distracto tiene por causa el embarazo o la maternidad, y será este quién deba desvirtuar la presunción, acreditando una causa que tenga la suficiente entidad para no considerar ese despido como discriminatorio.

La inmediatez y la contemporaneidad entre la comunicación del embarazo que la trabajadora hace a su empleador, y la decisión de este de dar por finalizado el contrato de trabajo es un indicio importante y preciso para que el onus probandi se traslade al empleador, y sea este quien acredite la razón de la extinción, en virtud de que es él quien se encuentra en mejores condiciones para probar que su decisión no fue ilícita.⁸⁵

⁸⁵Gentile, Elsa (2017). Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada con el Código Civil y Comercial. Vol II, 1ª ed, (pp 219). Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica.

Opera de este modo una inversión de la carga de la prueba. No es suficiente la mención de una causa determinada, sino que el empleador deberá acreditar que la causa que invoca es legítima y suficiente para tomar la decisión de terminar el vínculo contractual, causa que permita borrar toda duda sobre la existencia de una causal discriminatoria.

Volvemos a notar la importancia de la comunicación que debe realizar la mujer. Es decir, si el despido se ha realizado con anterioridad a la comunicación que los artículos 177 y 178 exigen, la presunción no opera ni tampoco la garantía de estabilidad que busca protegerla. De todas formas, en una interpretación más actual y no contradictoria con los fines de la norma, bastará con comprobar que el empleador tenía conocimiento del embarazo para presumir que el despido tuvo como causa el embarazo.

En este orden de ideas, se entiende que la estabilidad en el empleo que la mujer adquiere, lo es desde el momento de la comunicación a su empleador, o desde que este tuvo conocimiento del embarazo, es decir que, si el despido se realiza con posterioridad al conocimiento, pero antes del plazo de siete meses y medio anteriores al parto, la presunción del Artículo 178 opera en la misma forma, dando lugar entonces al resarcimiento regulado por el Artículo 182 de la LCT.⁸⁶ Esto teniendo como base la existencia de un distracto discriminatorio que opera con motivo del embarazo de la trabajadora.

Tanto doctrinaria como jurisprudencialmente se entiende que el despido indirecto tiene los mismos efectos a la hora de considerarlo discriminatorio por causa de embarazo o maternidad, cuando la mujer trabajadora después de comunicar su estado de embarazo, sufre cambios en sus condiciones esenciales de trabajo, como disminución en el puesto jerárquico, cambio de tareas y disminución del salario, todas situaciones que muestran una persecución intolerable por parte del empleador, que, sujeto a una prohibición de despedir, busca que sea la trabajadora quien tome la decisión de terminar la relación laboral.

⁸⁶Litterio, Liliana Hebe (2017). El trabajo de las Mujeres. Las normas, la jurisprudencia y la realidad. 1ª ed (pp 256). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

En este sentido, serán los jueces quienes deberán valorar si los motivos por los que se produce el despido indirecto tienen una entidad suficiente como para considerar que existió una discriminación por parte del empleador, a fin de evitar todo abuso de derecho.⁸⁷

La LCT prevé para estos casos de despido discriminatorio por causa de embarazo o maternidad una indemnización especial, agravada en virtud de tener un carácter sancionador, aplicando el Artículo 182: “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”

Esta indemnización se computará sumando a la indemnización correspondiente del Artículo 245, una indemnización especial equivalente a trece sueldos, en virtud de que debe contarse el sueldo anual complementario, más la indemnización sustitutiva de preaviso (Artículo 232) y la integración del mes por despido (Artículo 233 de la LCT). En el cálculo de la indemnización especial, los trece meses deben calcularse tomando en cuenta la mejor retribución mensual percibida por la trabajadora durante el último año trabajado previo al despido.

A la indemnización corresponde sumarle la indemnización por daño moral, en virtud de los perjuicios espirituales que el despido le produce a la trabajadora que es despedida en un momento tan crítico como la maternidad.^{88 89}

2. Responsabilidades familiares compartidas

Entre las normas de protección a la familia a las que hicimos referencia, en el año 1981, la OIT regula el Convenio N° 156 (junto a la Recomendación N° 165) sobre

⁸⁷Litterio, Liliana Hebe (2017). El trabajo de las Mujeres. Las normas, la jurisprudencia y la realidad. 1ª ed (pp 279). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

⁸⁸ Litterio, Liliana Hebe (2017). El trabajo de las Mujeres. Las normas, la jurisprudencia y la realidad. 1ª ed (pp 277). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

⁸⁹ Gentile, Elsa (2017). Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada con el Código Civil y Comercial. Vol II, 1ª ed, (pp 218). Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica.

los Trabajadores con Responsabilidades Familiares, aprobado por nuestro país en el año 1983, mediante Ley 23.451, que busca la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres trabajadores cuando sus responsabilidades familiares limitan sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella.

En el Artículo 2 del Convenio mencionado, se establece que los Miembros de la OIT deben adoptar medidas que permitan que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo, ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

De estos instrumentos se desglosa, entre otras cosas, la actual concepción de que las responsabilidades familiares no deben caer únicamente sobre la mujer, la necesidad de que la sociedad toda entienda que son responsabilidades compartidas entre hombres y mujeres.

Desde el momento en que la mujer ingresó al mercado laboral, la realidad organizacional en una familia cambió, la realidad sociocultural en Argentina cambió, los roles se vieron modificados, las formas en que se definía y entendía la “familia” mutaron y todas estas modificaciones necesitan de la adaptación de todas las personas que conformamos la sociedad.

Hoy no se concibe como única función de la mujer la de llevar a cabo las tareas del hogar, ni del varón la de producir ingresos para su familia, sino que este último asume también la responsabilidad en el cuidado y educación de sus hijos, y la primera genera asimismo ingresos para el hogar.

Se suma a lo anterior, el hecho que deben tomarse medidas neutras para igualar al hombre y la mujer en la esfera laboral, que sean para mujeres y hombres iguales, para evitar así situaciones de desigualdad. Ejemplo de lo mencionado, es la licencia por maternidad de la que hablamos anteriormente, contemplada en el Artículo 177 de la LCT, la cual busca proteger a la mujer y a su hijo, pero termina generando una diferenciación respecto de los padres trabajadores, para quienes los Convenios

Colectivos han conseguido días de licencia que en nada se equiparan a los que por ley corresponden a la trabajadora. De esto se desprende que, no solo impide que los padres del recién nacido puedan dedicarse a él en su cuidado y atención en sus primeros momentos de vida, sino que genera esto una situación de discriminación, perjudicando la igualdad de oportunidades y de trato respecto a las mujeres, esto en virtud de que la parte empleadora tiene el concepto de que la mujer es una mayor carga o costo en la empresa.

Como corolario de lo expuesto, se pretende que las medidas que se adopten busquen equiparar socialmente al hombre y a la mujer en sus responsabilidades familiares y evitar de este modo las discriminaciones en el ámbito laboral. Si miramos al trabajador como persona, estas medidas buscan evitar los conflictos que se generan entre los deberes laborales y las necesidades personales, familiares.⁹⁰ Las medidas que se toman colocan al niño como el centro, el sujeto de protección mayor, en virtud de entender que su objetivo principal es el bienestar del mismo, para lo cual necesita a ambos padres.

En este sentido la Convención de los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional, establece en su Artículo 18 que: “1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.” De esta forma se observa

⁹⁰Litterio, Liliana Hebe (2017). El trabajo de las Mujeres. Las normas, la jurisprudencia y la realidad. 1ª ed (pp 141). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

también como es el interés superior del niño el que prima, y el que debe orientar a que ambos padres velen por el cuidado y crianza de los mismos.

En cumplimiento de lo ordenado por la Convención antes mencionada, es que Argentina se hace eco de las obligaciones a su cargo, y sanciona en el año 2005 la Ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que en su Artículo 7 establece: “La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones.”

Como bien dice la ley, el objetivo es que “los padres”, ambos, asuman en igualdad de condiciones las responsabilidades y obligaciones que el nacimiento de un hijo implica, entendiendo que la familia es el centro por el que la sociedad toda debe velar.

En este orden de ideas es fundamental el rol que cumple la Seguridad Social a los efectos de conciliar herramientas que deben adoptarse para unificar la vida profesional y familiar de los trabajadores. Y en estas medidas se encuentran las distintas licencias recomendadas por la OIT y medidas que buscan ordenar la jornada laboral.

Muchas de las medidas para lograr una armonización entre ambas esferas de los trabajadores, y que se traduzcan directamente en la no discriminación de la mujer trabajadora, son acordadas mediante convenios colectivos. Entre ellas podemos ver que se muestran la institución de la licencia por paternidad o la ampliación de la misma; el otorgamiento de periodo de excedencia tanto a la madre como al padre, lo que implica la reserva del puesto de trabajo por un periodo de tiempo sin goce de sueldo mientras dure el mismo; reducciones de la jornada de trabajo por cuidado de

los hijos menores, con la disminución proporcional de la remuneración; permisos para visitas médicas, reuniones escolares a ambos padres, entre otras.⁹¹

El entendimiento de que las obligaciones familiares son compartidas por el hombre y la mujer, ya ha sido receptado por nuestra Corte Suprema que manifestó: "...En el actual contexto en el cual el modelo sociocultural que asignaba únicamente a la mujer la responsabilidad de la crianza de los hijos y de las tareas domésticas se encuentra en pleno proceso de cambio...". "...El paradigma familiar ha experimentado profundas modificaciones en los últimos años orientándose hacia un nuevo modelo en el cual ambos cónyuges –entre los cuales, inclusive, puede no haber diferencia de sexo- se hacen cargo indistintamente de las tareas y obligaciones domésticas y familiares." Así también el juez Rosenkrantz manifestó que la misma LCT "prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores", "por motivo de sexo" entre otros (Artículo 17) y es la ley la que considera "trato desigual" al que se le da a los trabajadores por esa misma razón, entre otras (Artículo 81). En el caso en cuestión se trató de un despido a un varón trabajador con motivo de su matrimonio, y en el que la Corte entiende que los Artículos 180, 181 y 182 son aplicables indistintamente a hombres y mujeres. La postura contraria resulta irrazonable y discriminatoria (Artículo 16 de la Constitución Nacional). Así el Dr. Rosatti entendió que lo discutido en el proceso en cuestión tiene que ver en forma directa con la "protección integral de la familia" regulada por el Artículo 14 bis de la Constitución Nacional.⁹²

3. Derechos fundamentales que se lesionan al despedir a una mujer embarazada aplicables al periodo de prueba.

Parte de la doctrina entiende que cuando se despide a una mujer embarazada durante la relación laboral, a la trabajadora embarazada durante el periodo de prueba, se

⁹¹Litterio, Liliana Hebe (2017). El trabajo de las Mujeres. Las normas, la jurisprudencia y la realidad. 1ªed (pp 151-152). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

⁹²Litterio, Liliana Hebe (2017). El trabajo de las Mujeres. Las normas, la jurisprudencia y la realidad. 1ªed (pp 151-152). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

lesionan los derechos fundamentales al trabajo y el derecho a la no discriminación, a los que hicimos referencia en el Capítulo 1.

En relación al derecho al trabajo, reconocido constitucionalmente (en el Artículo 14 y 14 bis de la Constitución Nacional) se entiende que el mismo tiene dos caras, por un lado, la obligación del Estado de asumir políticas públicas a fin de poder tener acceso a un puesto de trabajo, y, por otro lado, el derecho de los trabajadores a no ser despedidos sin justa causa, en forma arbitraria. El fundamento de esta afirmación se encuentra en considerar al trabajo un derecho deber de la persona, que incide directamente en su dignidad, ya que el mismo le permitirá realizarse dignamente.⁹³

Cuando un empleador despide a una trabajadora embarazada sea durante el periodo de prueba o luego del mismo, y este despido tiene como única causa el estado de gravidez de la trabajadora, ese despido es un despido arbitrario que atenta directamente con este derecho fundamental de la persona.

4. Conclusión

Vemos como la normativa en su totalidad -tanto supralegal como nacional- se orienta a la protección de la familia, como núcleo primordial de la sociedad. De esta forma el ordenamiento jurídico busca la protección del interés superior del menor, entendiendo que para ello ambos progenitores deben estar al cuidado y protección del recién nacido, siendo necesario que puedan unificar la vida familiar con la laboral, para lograr desarrollar plenamente su dignidad como persona.

Todavía necesitamos que las normas se vuelquen en medidas concretas que permitan visibilizar que la protección integral de la familia es uno de los objetivos primordiales que como país sostenemos.

⁹³ Cruzado Cachi, Alberto Renato (2015). La afectación de los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada al extinguir el empleador la relación laboral durante el período de prueba. Disponible en: <http://repositorio.upn.edu.pe/handle/11537/6346>. (s/f).

Capítulo 5

1. La mujer embarazada en el periodo de prueba

Enrolados en la postura de que las facultades extintoras de la relación laboral que prevé el periodo de prueba deben ejercitarse en forma diligente, sin implicar un ejercicio abusivo del derecho, nos embarcamos a desarrollar puntualmente el asunto tan delicado y trascendente para nuestra vida social y laboral como es el de la mujer trabajadora en estado de embarazo, puntualmente cuando se encuentra en el periodo de prueba, tema que nos ocupa en el presente trabajo.

En el marco del período de prueba, se genera una disparidad entre dos figuras jurídicas, por un lado, el periodo de prueba con las facultades que el ordenamiento jurídico reconoce a las partes de la relación laboral, ya tratado en el Capítulo 2 del presente trabajo, y por el otro, encontramos la situación de la trabajadora embarazada. Ambas instituciones protegidas por ley.

La maternidad es un aspecto de la persona amparado por nuestro ordenamiento jurídico en su totalidad como expresamos a lo largo del presente trabajo.

Como hemos manifestado, el ordenamiento jurídico pretende proteger a la mujer en el amplio desarrollo de su persona, así específicamente en el ámbito laboral, pero en muchas ocasiones termina por perjudicarla, en virtud de que lleva a que los empleadores sean reacios en la contratación de mujeres generando situaciones de discriminación, atentando contra derechos fundamentales de la misma.

La realidad demuestra que, al empleador lo que le interesa en mayor medida es la productividad que la trabajadora le pueda generar a la empresa, más no en la mayoría de los casos, su bienestar emocional, físico y personal.

Hemos adelantado la situación en la que se encuentran muchos empleadores respecto a contratar mujeres, por el mayor costo que puede implicarles en el caso de que lleguen a quedar embarazadas. Este mayor costo se visualiza, a pesar de la Ley

26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, y demás normativa que busca la protección integral de la familia, por ejemplo en las autorizaciones que deben otorgar para que la trabajadora salga en horario de trabajo a hacerse chequeos médicos, en el cambio de funciones que muchas veces es necesario realizar a fin de evitar poner en riesgo la salud de la mujer y de su bebé, la disminución en la producción que puede llegar a generar el estado de la mujer gestante, como también los remplazos en los puestos de trabajo que deben realizar cuando la mujer toma la licencia que por ley le corresponde (Artículo 177 LCT).

Durante el periodo de prueba, el Artículo 92 bis de la LCT, regula la no indemnización para el caso de la extinción del vínculo laboral durante el mismo, haciendo de este modo referencia a no reparar los perjuicios que devienen del derecho a la estabilidad. Sin embargo, esto no implica que deban desampararse situaciones en las que, además de existir un perjuicio concreto (el despido en un momento tan delicado) existan prácticas discriminatorias.⁹⁴

Todo el ordenamiento jurídico en su unidad busca desalentar las mismas, aunque exista un vacío normativo respecto en el instituto en forma concreta.

1.1. Distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales.

Es necesario realizarnos algunos cuestionamientos como, por ejemplo: ¿Es posible que la protección que el ordenamiento jurídico da a la trabajadora se extienda al periodo de prueba, en protección de sus derechos fundamentales? ¿O debe entenderse que la protección de los derechos fundamentales de la mujer opera únicamente cuando ha cesado el periodo de prueba, es decir recién a los tres meses y un día de trabajo? Este sin duda, es el tema que nos importa en el presente trabajo.

⁹⁴ Gentile, Elsa (2017). Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada con el Código Civil y Comercial. Vol I, 1ª ed, (pp 685). Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica.

Como se advirtió, la real finalidad del periodo de prueba es para el empleador, la de evaluar las condiciones del trabajador, determinar si tiene aptitudes o idoneidad para un determinado puesto de trabajo; y para el trabajador, evaluar la conveniencia o no del puesto de trabajo.

Pero en este marco, las opiniones han sido dispares. Para una postura, que hace referencia al ejercicio diligente de la facultad de extinguir el vínculo, entiende que el mismo debe evitar situaciones que impliquen un abuso del derecho, y por ende un acto discriminatorio.

Esta postura con sustento constitucional y convencional, que sostenemos, entiende que, habiendo comunicado la mujer el estado de embarazo a su empleador y encontrándose la misma en período de prueba, adquiere una garantía de estabilidad durante la gestación, por lo que, si existiese despido posterior a esa comunicación, existirá una presunción de que el mismo fue un acto discriminatorio, por entenderse que tuvo como causa el embarazo de la misma. Incurriendo de ese modo el empleador en un uso indebido y abusivo de la facultad de extinguir el vínculo, perjudicando directamente los derechos fundamentales de la mujer trabajadora embarazada.⁹⁵

En este marco las opiniones son distintas a la hora de determinar la carga de la prueba. Una parte de la doctrina sostiene que es la mujer trabajadora la que debe probar el actuar discriminatorio de su empleador al despedirla, entendiendo que no rige la presunción del Artículo 178 de la LCT, y que no basta con invocar el estado de embarazo y la comunicación del mismo, en virtud de que ambas partes de la relación tienen facultades para terminar con el vínculo laboral sin demostrar la causa, por lo que en este caso concreto quien invoca la discriminación debe probarla.⁹⁶

Otros entienden que la trabajadora deberá acreditar que su empleador conocía su estado de embarazo o maternidad reciente, operando desde ese momento la presunción del Artículo 178 de la LCT y que será el empleador el que deba probar

⁹⁵Gentile, Elsa (2017). *Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada con el Código Civil y Comercial*. Vol I, 1ª ed, (pp 683). Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica.

⁹⁶Litterio, Liliana Hebe (2017). *El trabajo de las Mujeres. Las normas, la jurisprudencia y la realidad*. 1ª ed (pp 291). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

que la extinción no se debió al embarazo, sino a causales objetivas como no ser la trabajadora idónea para el puesto de trabajo, o no cumplir con los requisitos, habilidades, destrezas o exigencias propias de la tarea encomendada, etcétera (Artículo 178 de la LCT).

En este orden de ideas, en el caso de que la extinción se deba al embarazo o maternidad reciente de la trabajadora, se convierte en una decisión subjetiva del empleador por la situación en la que se encuentra la mujer embarazada, no existiendo criterios objetivos, ya que la extinción no se debería a la no productividad o mal comportamiento.

Así cierta jurisprudencia, con acierto a nuestro entender, ha manifestado que: “El empleador debe acreditar que el despido durante la etapa probatoria en nada se relaciona con la maternidad denunciada así, dado que si la presunción juris tantum emanada del Artículo 178, LCT, prevé que el despido dispuesto durante el período de protección obedece a razones de estado de maternidad de la trabajadora, a cuyo efecto requiere la demostración de la legítima causal invocada por el principal, es lógico establecer que dichos principios no pueden diluirse durante el período de prueba tornando inoficiosa la presunción legal, otorgando al empleador mayor facilidad para el despido sin consecuencia indemnizatoria alguna. Dado que la situación de embarazo genera una presunción en favor de la trabajadora, y a fin de evitar que el despido pueda ser considerado discriminatorio, el empleador debe demostrar que los motivos que lo impulsaron a disolver el vínculo son ajenos a tal hecho, es decir, el embarazo, ya que en esta situación particular y aunque la ley no lo prevea expresamente, no basta con que el empleador despida sin invocar más que su voluntad, amparándose en el Artículo 92 bis, ya que los valores en juego y los bienes jurídicos tutelados tienen distinta jerarquía. La institución del período de prueba no puede interpretarse como consagratoria de un "bill de indemnidad" a favor del empresario, ni como favorecedora de prácticas discriminatorias socialmente disvaliosas como es el despido generado por el estado de embarazo.”⁹⁷

⁹⁷Díaz Natalia Ester c/ Reynoso Hnos. e Hijos S.A. p/ despido embarazo. Tribunal de Trabajo N° 2, Lomas de Zamora (26 de septiembre de 2003).

Por otro lado, algunos autores entienden que, siendo la misma ley la que regula la indemnización en los casos en que opera la presunción del Artículo 178 de la LCT, que la que rechaza la indemnización por despido durante el periodo de prueba, no es legítimo extender la aplicación de la presunción regulada por el Artículo 178 al periodo de prueba.⁹⁸

Otra postura manifiesta que no existe norma que impida el distracto de una mujer embarazada, ni otras circunstancias particulares (estado de salud, edad, etcétera) que impidan el ejercicio de la facultad extintiva del empleador durante el periodo de prueba, ya que las situaciones excepcionales no pueden ser inferidas, sino que debieran haberse regulado en forma expresa. De otro modo la flexibilidad que es prevista y querida por el espíritu del Artículo 92 bis de la LCT no ha de existir, desvirtuando así la característica principal del periodo de prueba.

Tal se ha manifestado que: “Durante el periodo de prueba cualquiera de las partes está legitimada para denunciar la relación de trabajo sin responsabilidad indemnizatoria. Por ello, el embarazo -preexistente o sobreviniente- de la trabajadora no posee virtualidad para modificar el status jurídico que resulta del período de prueba. No existe norma que prevea tal efecto; ni la excepción puede ser inferida de reglas o principios relacionados con la proscripción de conductas discriminatorias, que se encuentran excluidas, en tal hipótesis, porque a los fines legales, la trabajadora integra la clase de trabajadores sujetos a período de prueba que constituye un universo cerrado, que no admite circunstancias particulares -edad, sexo, nacionalidad, religión, opiniones políticas, actuación gremial, estado de salud, etcétera- excluyentes de la regla general aplicada a todos ellos.”⁹⁹

En el marco de esta postura, se entiende que, la protección de la trabajadora embarazada existe cuando cesa el periodo de prueba. El problema se genera, dado que de este entendimiento puede interpretarse que durante el mismo, la mujer se encuentra en una situación de desprotección frente a las posibles arbitrariedades en

⁹⁸Litterio, Liliana Hebe (2017). El trabajo de las Mujeres. Las normas, la jurisprudencia y la realidad. 1º ed (pp 298). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

⁹⁹ Mendoza, Julia Edith c/Adecco Argentina SA. Cámara Nacional del trabajo, Sala VIII, Buenos Aires (28 de marzo de 2008).

que puede incurrir el empleador al tomar conocimiento del embarazo de la trabajadora.

A pesar de la postura antes descrita, debe tenerse en cuenta que el ordenamiento jurídico argentino, al regular las relaciones laborales busca la protección de los derechos fundamentales, y esto no debe desconocerse a la hora de considerar como válida cualquier extinción de la relación laboral durante el periodo de prueba. No podemos llegar a considerar al periodo de prueba como un “bill de indemnidad” para el empresario¹⁰⁰, o un momento en el que los derechos humanos fundamentales dejan de existir, o pueden ser anulados, ni incluso utilizar a este instituto para permitir o encubrir actos discriminatorios, ya que por encima de todo debe tenerse en cuenta que los distintos bienes jurídicos tutelados, tienen distinta jerarquía, no pudiendo poner todas las situaciones en un mismo plano de igualdad.

De todo esto se desprende entonces, nuestro entendimiento de que el despido de la mujer trabajadora durante el período de prueba fundado en su embarazo, es entendido como violatorio del derecho a la no discriminación, ya que no es una justa causa, atentando contra la igualdad contemplada por todo nuestro ordenamiento jurídico, violando de este modo los derechos fundamentales reconocidos a la mujer trabajadora embarazada.

En caso de que aún existiera algún tipo de duda al respecto, es de plena aplicación el Artículo 11 de la LCT, que regula: “Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe.”

De esto desprendemos que, si con lo manifestado continúa existiendo duda respecto de la aplicabilidad de lo dispuesto en el Artículo 178 de la LCT sobre el despido por causa de embarazo a los casos de las mujeres embarazadas durante el periodo de prueba, el juez deberá en base al principio protectorio, resolver en atención al sentido

¹⁰⁰Gentile, Elsa (2017). Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada con el Código Civil y Comercial. Vol I, 1ª ed, (pp 685). Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica.

más favorable a la trabajadora, entendiendo de este modo el real alcance del Artículo 178.

Es así como también debemos entender que en base al Artículo 28 de la Constitución Nacional, los principios, garantías y los derechos, reconocidos por esta no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Por lo que resultando plenamente vigentes durante la relación laboral el derecho a la igualdad, a la no discriminación por razón del sexo, y la protección a la maternidad, entendemos que los mismos no pueden ser alterados por leyes que dejen fuera la protección de la trabajadora embarazada durante el periodo de prueba, como si en dicho periodo no tuvieran que reconocerse los mismos derechos fundamentales que se le reconocen habiendo cesado el periodo probatorio. No podemos entender este periodo de prueba como un lapso de tiempo en que la trabajadora, y el niño por nacer, se encuentran sin protección alguna.

Con la necesidad imperiosa de llevar a cabo una armonización de todo nuestro ordenamiento jurídico, ante la existencia de una colisión entre las normas que prevén las facultades que tiene el empleador de desvincular a un trabajador sin manifestación de causa, durante el periodo de prueba, y la protección de la que goza mujer embarazada contra todo acto de discriminación que atente contra su dignidad como persona (que el ordenamiento jurídico vigente reconoce tanto en los Artículos 17, 81, 177 y 178 de la LCT, como constitucional y convencionalmente), es que se entiende que los bienes jurídicos que priman en este caso son la maternidad, la salud de la mujer trabajadora, la salud del niño por nacer, el derecho a formar una familia, y la protección integral de la familia.

Es así como entendemos que un despido, aún en periodo de prueba, que tiene como única causa el estado de embarazo de la mujer trabajadora, es un despido discriminatorio, ya que se basa en la condición de gravidez en la que se encuentra la mujer, atentado en forma directa con el derecho a la igualdad reconocido a toda persona por su sola condición de tal. Anula la igualdad de oportunidades o trato que merece a la hora de desempeñarse en una relación laboral, atacando en forma directa su dignidad como persona, ya que la igualdad es un derecho que debe protegerse en todas las instancias del vínculo laboral.

2. Derecho comparado

En torno a la situación que se genera con el despido de una trabajadora embarazada durante el periodo de prueba vemos como en España y en Colombia han encontrado soluciones al respecto.

España reconoce los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada aún en el periodo de prueba, señalando que se puede declarar la nulidad del despido de la mujer cuando la misma haya comunicado su estado de embarazo en forma anterior al despido y aporte un indicio de acto discriminatorio. El Tribunal Constitucional, en sentencia (17372013) de fecha 10 de octubre del año 2013, Recurso 3773/2013 (en pleno), manifestó que para poder considerar que el despido durante el período de prueba fue discriminatorio, la actora debe aportar indicios suficientes de que el empleador conocía su embarazo y el empleador debe no poder acreditar las razones objetivas del despido ajenas a la situación de embarazo. La solución que da la legislación española ante estas situaciones es la de entender al despido como nulo, ordenando la reinstalación de la trabajadora en su puesto de trabajo y el pago de los salarios caídos desde la fecha del despido hasta su efectiva reinstalación. Es así como el derecho español entiende que el despido es nulo durante el periodo de prueba cuando la causa es el embarazo de la trabajadora, la base de la solución es entender la violación de derechos fundamentales reconocidos por su legislación.¹⁰¹

Por su parte la jurisprudencia colombiana, habla de la “estabilidad laboral reforzada”¹⁰², citando la sentencia T-291 del 2005 en la que se dijo “la estabilidad laboral reforzada es un derecho fundamental que deriva del derecho fundamental a no ser discriminada por ocasión del embarazo, y que implica una garantía real y efectiva de protección a favor de las trabajadoras en estado de gestación” (Corte

¹⁰¹ Gobierno de España. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las cortes y memoria democrática. Agencia Estatal, Boletín oficial del Estado (2013). 7 de noviembre de 2013. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-11684.

¹⁰² Cruzado Cachi, Alberto Renato (2015). La afectación de los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada al extinguir el empleador la relación laboral durante el período de prueba. Pp 88. Disponible en: <http://repositorio.upn.edu.pe/handle/11537/6346>. (s/f).

Constitucional de Colombia, 2008), a fin de que opere la presunción legal de que el despido se debe al embarazo es fundamental que el empleador haya sido comunicado con anterioridad del estado de embarazo, salvo en caso de que el embarazo sea notorio, siendo el empleador quien tiene la carga de probar el factor objetivo del despido para poder considerar que la causa es legal. Esa estabilidad laboral reforzada se le reconoce a la trabajadora embarazada cualquiera sea la relación laboral en la que se encuentre, incluido claro está durante el periodo de prueba. En Colombia se entiende que la mujer ocupa un lugar imprescindible, susceptible de ser protegido por el estado en forma especial, al ser gestadora de vida, digna de la máxima protección y en miras a resguardar el derecho a la igualdad.

Colombia también esboza la teoría del “fuero de la maternidad” y del “fuero laboral constitucional”. En este marco de protección, se genera la presunción de que el despido tuvo por causa el embarazo cuando se presentan ciertos supuestos: a) que el despido se haya producido durante el embarazo o en los tres meses posteriores al parto; b) que el despido tenga como causa fundada el embarazo y c) que el empleador haya tomado conocimiento del embarazo a la hora de llevar a cabo el despido.

3. Conclusión. La propuesta.

Es así que, luego del trabajo de investigación realizado, entendemos que el despido de una mujer embarazada, aún en el periodo de prueba, es un acto discriminatorio, si la causa del distracto es el embarazo o nacimiento del hijo de la trabajadora. Consideramos que dicho acto es nulo, de nulidad relativa, y frente a ello la trabajadora encontrará la posibilidad de optar por la reinstalación en su puesto de trabajo, el pago de los salarios caídos desde el despido y el pago de una indemnización por el daño moral y material sufrido, o bien, requerir el pago de una indemnización especial prevista por el Artículo 182 más la correspondiente indemnización por antigüedad del Artículo 245.

De esta manera proponemos añadir al Artículo 92 bis de la LCT el siguiente inciso:

“8. La facultad de extinguir el vínculo cesa para el empleador, en el caso de las trabajadoras, por razón de embarazo, desde que el empleador tomó conocimiento del mismo. Será el empleador quién deba acreditar que existieron causales objetivas para extinguir el vínculo, caso contrario será considerado un despido discriminatorio.”

En relación a la situación de la mujer embarazada durante el período de prueba, podemos decir que pueden plantearse distintas situaciones con respecto a la notificación del embarazo al empleador¹⁰³: a) Que, al momento de comenzar el contrato de trabajo, la trabajadora ya se encontraba embarazada, y esta situación era conocida por su empleador; b) Que, al momento de comenzar el contrato de trabajo, la trabajadora ya estaba embarazada, ella tenía conocimiento de ello pero no su empleador; c) Que, al momento de comenzar el contrato de trabajo, la trabajadora ya estaba embarazada, situación desconocida por ella y por su empleador; d) Que, durante el período de prueba, la trabajadora se entera de su embarazo, y se lo comunica a su empleador; e) Que, durante el período de prueba, la trabajadora se entera de su embarazo, y no lo comunica a su empleador; y f) Que, después de extinguida la relación laboral, por no superar la trabajadora el período de prueba, ella se entera de que está embarazada con varios días, semanas o hasta quizás meses de gestación.

Estas situaciones nos llevan a preguntarnos: ¿sería igualmente discriminatorio el no contratar a una mujer embarazada por el estado de gravidez de la misma? Atendiendo a lo analizado en el Capítulo 1 sobre las tratativas precontractuales, entendemos que, si del examen preocupacional surge que la mujer se encuentra embarazada, habiendo cumplido con los requisitos de idoneidad para la función para la cual se la quiere contratar, y el empleador utiliza este dato personal como causal para no contratarla, estará violando su deber de buena fe y actuando en forma discriminatoria, por ende, su decisión será nula.

No podemos no tomar en cuenta como sociedad, que, si el empleador decide no contratar a una mujer embarazada por el solo hecho de su condición, está discriminándola, está atentando contra su dignidad y contra la base fundamental de

¹⁰³Cruzado Cachi, Alberto Renato (2015). La afectación de los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada al extinguir el empleador la relación laboral durante el período de prueba. Pp 138. Disponible en: <http://repositorio.upn.edu.pe/handle/11537/6346>. (s/f).

toda sociedad y, si como sociedad no hacemos nada, la estaremos dejando desamparada a ella y a su hijo por nacer, debiendo valerse a su suerte y con los recursos que la seguridad social pueda brindar, que son absolutamente escasos. No podemos permitir que una mujer en búsqueda de trabajo y embarazada, se sienta merecedora del castigo de no ser contratada, al no poder conseguir trabajo por su sola condición de tal.

Relacionado lo expuesto y, como resultado del estudio al que ha llevado este trabajo, se propone también la eliminación de la letra de la LCT de los Artículos 174, 175 y 176, que lo único que hacen hoy en día es crear o generar situaciones de diferenciación entre hombres y mujeres, que generan o ayudan a provocar más discriminaciones que soluciones justas.

Se entiende que, los artículos mencionados, fueron regulados en un marco social donde la mujer tenía una función primordial, en el seno de su familia, donde había que resguardarla en situaciones de trabajo que se consideraban excepcionales. Hoy la única regulación especial que se justifica es la que realmente diferencia a una mujer de un hombre en el marco del trabajo, que es la maternidad como un hecho social que interesa al Estado como primero, para la trascendencia y continuidad de la sociedad.

Bibliografía consultada

Doctrina

Ackerman, Mario E. (2017). Prologo. En: Litterio, Liliana Hebe. El Trabajo de las Mujer. Las normas, la jurisprudencia y la realidad (pp12) Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.

Calandrino, Alberto A. y Calandrino, Guillermo A. (2003). Discriminación en la contratación. Fallo “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c. Freddo S.A. s/ Amparo” Un punto de partida. Revista Derecho del Trabajo. Tomo B (pp 1518). La Ley.

De la Fuente, Horacio H (2011). El despido discriminatorio. En: Pirolo, Miguel Angel. Tratado jurisprudencial y doctrinario, Derecho del Trabajo, Relaciones Individuales.”. Vol. II, 1ª ed (pp 1580). Buenos Aires: La ley.

Gasquet, Pablo A. (2018). Libertad de Contratar versus presunción de discriminación. Revista Derecho del Trabajo. N° 8. Thomson Reuters. La Ley.

Gentile, Elsa (2017). Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada con el Código Civil y Comercial. 1ª ed, Rosario: Nova Tesis Editorial Juridica.

Grisolía, Julio A. (2011). Derecho del Trabajo y la Seguridad social. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia Modelos. Vol. I, 1ªed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Litterio Liliana Hebe (2017). El trabajo de las Mujeres. Las normas, la jurisprudencia y la realidad. 1º ed. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Livellara, Carlos Alberto (2016). Las tratativas contractuales en el Código Civil y Comercial y su proyección al contrato de trabajo. Revista de Derecho Laboral. Rubinzal y Calzoni Editores.

- Lorenzetti, Ricardo Luis (1993). La responsabilidad precontractual como atribución de los riesgos de la negociación. En: Livellara, Carlos Alberto. Las tratativas contractuales en el Código Civil y Comercial y su proyección al contrato de trabajo. Revista de Derecho Laboral. Pp 1-3. Rubinzal y Calzoni Editores.
- Piroló, Miguel Ángel (2011). Tratado, Jurisprudencial y Doctrinario, Derecho del Trabajo, Relaciones Individuales. Vol. I y II, 1ª ed. Buenos Aires: La ley.
- Sergio J. Alejandro. (2003) “La selección y contratación del personal: facultad emergente del poder de organización y dirección del empleador (Caso “Freddo” y la Ley 25.689)”. Revista Derecho del Trabajo. Director Juan José Etala. Tomo 2003 B. La Ley
- Tartaglia, María Magdalena (2016). Las mujeres y el Acceso al puesto de trabajo. ¿Puede el derecho incidir frente a la situación de discriminación estructural? Revista de Derecho Laboral, 2. Rubinzal, Culzoni Editores.
- Wainerman, Catalina y Navarro, Marysa, (1979). El trabajo de la mujer en la Argentina: un análisis preliminar de las ideas dominantes en las primeras décadas del siglo XX, CENEP, N° 7

Leyes

Ley 20.744, Ley de Contrato de Trabajo.

Ley 23.179, Convención Sobre La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra La Mujer.

Ley 23.451, Convenio Sobre La Igualdad De Oportunidades Y De Trato Entre Trabajadores Y Trabajadoras: Trabajadores Con Responsabilidades Familiares.

Ley 23.592, Actos Discriminatorios.

Ley 24.714, Régimen De Asignaciones Familiares.

Ley 26.061, Ley De Protección Integral De Los Derechos De Las Niñas, Niños Y Adolescentes

Ley 26.485, Ley De Protección Integral A Las Mujeres.

Ley 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación.

Jurisprudencia

Alario Roberto Maximiliano En J: 155485 "Alario Roberto Maximiliano C/ Autotransporte "El Trapiche" S.R.L. P/ Despido" P/ Recurso Extraordinario Provincial. Suprema Corte de Justicia, Sala Segunda, Mendoza (6 de octubre de 2021).

Coria Cinthia L. en J. 38.706 Coria Cinthia L. c. Rumaos p/ Despido s/ Inc. Cas. Suprema Corte de Justicia, Sala Segunda, Mendoza (10 de mayo de 2010).

Díaz Natalia Ester c/ Reynoso Hnos. e Hijos S.A. p/ despido embarazo. Tribunal de Trabajo N° 2, Lomas de Zamora (26 de septiembre de 2003).

Flores Romina Alejandra c/ Recursos Humanos Auditorías y Servicios SRL s/ Ordinario. Inconstitucionalidad y casación. Corte Suprema de Justicia, San Juan (8 de octubre de 2013).

García Orlando Ramon C/ Rayen Cura S.A.I.C. P/ Accidente. Sexta Cámara Laboral, Mendoza (17 de septiembre de 2018). Fuente.: Oficina De Jurisprudencia.

Maturano Natalia Ivana C/ La Nueva Tucuman S.R.L. P/ Despido. Quinta Cámara Del Trabajo. Mendoza, (19 de diciembre de 2016).

Mendoza, Julia Edith c/Adecco Argentina SA. Cámara Nacional del trabajo, Sala VIII, Buenos Aires (28 de marzo de 2008).

Ortegoza Roberto David C/ Petrogas S.A. P/ Despido. Segunda Cámara Del Trabajo, Mendoza (08 de junio de 2016).

- Pellicori, Liliana c/ Colegio Público de Abogados de la Capital federal p/ Amparo. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de noviembre de 2011. En fallos: 334:1387
- Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz S.A. s/ despido/recurso de hecho. Corte Suprema de Justicia de la Nación, (24 de septiembre de 2020). Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-38187-La-Corte-fall--a-favor-de-la-igualdad-entre-trabajadoras-y-trabajadores-en-un-caso-de-despido-por-causa-de-matrimonio>.
- Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo, Corte Suprema de la Nación, Buenos Aires (7 de diciembre de 2010). Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-5710-Despido-discriminatorio--la-Corte-orden--reincorporar-a-empleados.html>.
- Salinas Vásquez, Rouse Marie Claudia S/ Recurso De Casación EN J° 34.407: Salinas Vásquez, Rouse Marie Claudia C/ High Trade Srl S/ Despido. Suprema Corte de Justicia, Mendoza (17 de septiembre de 2012).
- Sawady Manfredo C/Sadaic S/Cobro De Pesos. Cámara Nacional del Trabajo, Buenos Aires (30 de marzo de 1979). Disponible en: <http://data.triviasp.com.ar/files/parte4/j5937.pdf>.
- Stallocca, Leticia Lourdes C/ Nueva Tucuman Srl. S/ Despido. Primera Cámara Del Trabajo, Mendoza (07 de noviembre de 2016).
- Segura Rojo, Eunise Betsabe C/ Garber, Elba Edith S/ Despido. Cámara Nacional del Trabajo, Sala IV, Buenos Aires (22 de febrero de 2012). Disponible en: <http://www.sajj.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-trabajo-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-segura-rojo-eunise-betsabe-garber-elba-edith-despido-fa12040096-2012-02-22/123456789-690-0402-1ots-eupmocsollaf>.
- Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ Amparo. Corte Suprema de la Nación (20 de mayo de 2014).

Valdatta Florencia Micaela En Juicio N° 152510 Valdatta Florencia Micaela C/ Asfalia S.A. P/ Despido P/ Recurso Extraordinario Provincial, Suprema Corte De Justicia, Sala Segunda, Mendoza (7 de mayo de 2021). Disponible en: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=827136750>
7

Sentencia T-052/20. Expedientes acumulados T-7.441.401 y T-7.448.222. Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional de Bogotá, D. C., Colombia, (13 de febrero de 2020). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-052-20.htm>.

Bibliografía

ANSES (2022). Asignación Familiar por prenatal. Disponible en: Sitio web: <https://www.anses.gob.ar/asignaciones-familiares/prenatal>. (s/f).

Balaguer Catalina T. C/ Pepsico de Argentina SRL S/ Despido. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, Buenos Aires, 10 de marzo de 2004. Disponible en: <http://www.sajj.gob.ar/santiago-jose-ramos-ley-23952-jurisprudencia-materia-laboral-dacf090063-2009-09/123456789-0abc-defg3600-90fcanirtcod>

Bertolo, Maricel (2000). Trabajo femenino en Argentina. Disponible en: <https://www.aset.org.ar/congresos/7/18007.pdf>.

Cruzado Cachi, Alberto Renato (2015). La afectación de los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada al extinguir el empleador la relación laboral durante el período de prueba. Disponible en: <http://repositorio.upn.edu.pe/handle/11537/6346>. (s/f).

Gobierno de España. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las cortes y memoria democrática. Agencia Estatal, Boletín oficial del Estado (2013). 7 de noviembre de 2013. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-11684.

Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (2018) “Las Mujeres en el Mundo del Trabajo” Disponible en:

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_ctio_documentodetrabajo.pdf.

OIT, (1996). Igualdad en el empleo y la ocupación. Conferencia Internacional del trabajo, 83° reunión, Informe III (parte 4B), pp. 70. Disponible en: https://labordoc.ilo.org/discovery/fulldisplay?vid=41ILO_INST:41ILO_V1&tab=Everything&docid=alma993149953402676&context=L&search_scope=ALL_ILO&lang=es (s/f)

Ramos, Santiago José (2009). La ley 23.592 y la jurisprudencia en materia laboral. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/santiago-jose-ramos-ley-23952-jurisprudencia-materia-laboral-dacf090063-2009-09/123456789-0abc-defg3600-90fcanirtcod>. (s/f).