



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

**“Despido de la trabajadora embarazada en el período de prueba y
la estabilidad como derecho adquirido.”**

2014

Tutor: Dra. Mariana Victoria García.

Alumno: Lis Pamela Caruso.

Título al que aspira: Abogada.

Fecha de presentación: Diciembre 2014.

Dedicatorias:

A mi Mamá Myrian A. Yerien, por acompañarme durante todo este camino, por nunca soltarme la mano, por ayudarme a levantarme cuando caía, por calmarme, alentarme y guiarme siempre para adelante, por confiar en mí y por creer siempre que lo lograría.

A la luz de mis ojos, mi hijita Santina Ercoli, que cambió con su amor mi vida entera, me impulsó y me llenó de fuerzas para llegar a la meta.

Al amor de mi vida, Gastón Ercoli, por estar a mi lado, sosteniéndome, soportándome y apoyándome siempre.

A mis suegros, Mirta Giacomini y Oscar Ercoli, que son mis segundos padres, que sin su ayuda cuidando de mi chiquitita, no lo hubiese logrado.

Y agradezco a mi tutora, la Dra. Mariana García, excelente profesional y docente, pero por sobre todo, excelente persona, por su tiempo dedicado y su gran aporte.

1. Resumen.

En el presente trabajo final abordamos los conflictos normativos y jurisprudenciales que surgen en el caso de despido de la mujer trabajadora embarazada durante el período de prueba.

En el desarrollo de la investigación, nos dedicamos a exponer en el primer capítulo las principales características del período de prueba en el contrato laboral por tiempo indeterminado y las excepciones existentes, así como su conceptualización.

En el segundo capítulo desarrollamos las principales características de la estabilidad y los derechos, de los cuales goza la trabajadora embarazada, garantizados por los artículos 177, 178 y 179 de la Ley de Contrato de Trabajo (20.744), el artículo 14 bis de nuestra Carta Magna, y la presunción de despido por causa del embarazo, según el artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo, comparando nuestra normativa interna con lo que expresa la Organización Internacional del Trabajo referido a este tema.

En el tercer capítulo desarrollamos la situación actual fáctica y normativa de la trabajadora embarazada que es despedida durante el período de prueba, comentando la contradicción o contraposición que se produce entre los diferentes artículos de la misma ley sobre este tema.

En el cuarto capítulo analizamos fallos jurisprudenciales respecto del despido de la trabajadora embarazada durante el período de prueba, con el fin de deducir las posturas mayoritarias sobre el tema.

En el quinto capítulo, formulamos las conclusiones a las cuales hemos arribado luego del desarrollo y estudio del tema; y exponemos nuestra propuesta de reforma de la Ley de Contrato de Trabajo sobre el tema en cuestión

2. Estado del Arte.

En la actualidad, podemos observar que la jurisprudencia mayoritaria¹ sostiene, que durante el período de prueba no rige la presunción legal contenida en el artículo 178 del régimen general, respecto de la causa de la ruptura; e incumbe a la trabajadora demostrar que su cese configura un acto de discriminación por razón de la maternidad o embarazo, y que tal comportamiento de su empleador habilita la posibilidad de obtener la reparación específica que prevé el artículo 182 de la Ley de Contrato de Trabajo. Indicando también, que no incumbe a la empleadora -en estas circunstancias- realizar la prueba de las razones que motivaron la ruptura, porque de ninguna manera ello emerge de la ley positiva cuando adopta el instituto del período de prueba. Por el contrario, se sostiene que la controversia debe ser resuelta con las cargas probatorias impuestas por el sistema normativo específico que dispensa, en la especie, a cualquier contratante de demostrar la causa de rescisión del vínculo. Entendiendo, que es artificial atribuir la demostración de una causal que la misma norma no requiere, como sería que la trabajadora no reúne las condiciones requeridas para la tarea. Ello, en razón de que, en el régimen legal vigente, ese no es un requisito incorporado para validar su adopción.

Minoritariamente, parte de la jurisprudencia², evocando las normas laborales y no laborales del derecho positivo y las normas supralegales que brindan tutela frente a actos de discriminación, sostiene que no debe examinarse desde la óptica de la excusación de responsabilidad indemnizatoria que dispone el art. 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo. Fundamenta su postura, en cuanto ello podría conducir a avalar cualquier práctica discriminatoria o disvaliosa de parte de los dadores de trabajo. Entienden que durante el período de prueba, rige la presunción que emana del art. 178 L.C.T.; sin embargo, aún cuando se considerara que ella no es aplicable en el caso, si los extremos fácticos se encuentran suficientemente demostrados, la protección prevista en la norma mencionada debe prosperar. Es decir, que debe ponderarse que la empleadora conoce el estado de embarazo de la trabajadora antes de la denuncia del contrato. Es decir, que ésta fue originada directamente en la comunicación del estado de embarazo de la trabajadora, lo cual constituye un acto discriminatorio, máxime cuando no se alegue ni pruebe que hubiere existido algún otro motivo diferente al aludido que justificare desvincular a la actora inmediatamente después de haber anoticiado a su dador de trabajo.

La Dra. Estela Milagros Ferreirós³, consideró que *“el período de prueba es un instituto que, si bien genera una carencia en el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, debe ser observado como posible factor fortalecedor de la continuidad del vínculo; no obstante, su aplicación e interpretación debe ser restrictiva y estricta.”*

Asimismo, postula *“...que el período de prueba es un instituto útil, pero debe interpretarse y aplicarse con el cuidado que requiere tener en cuenta que la carencia de tanpreciado bien, como es la estabilidad en el empleo, sólo puede ser tolerada a los fines de lograr una mejor y mayor perdurabilidad del contrato de trabajo y que no puede*

aceptarse la sospecha de su utilización con otros fines”. Entiende, consecuentemente, “que durante el período de prueba, la mujer trabajadora, conserva la garantía de estabilidad por maternidad consagrada en la Ley de Contrato de Trabajo, considerando que la contemporaneidad entre la comunicación del estado de gravidez y la ruptura dispuesta por el empleador, brinda un indicio, y es el mismo empleador quien debe producir la prueba para demostrar que el despido obedeció a la falta de aptitudes del trabajo u otra causa, y no como consecuencia de un acto discriminatorio (el embarazo).”

Siguiendo la misma línea de pensamiento de la Dra. Ferreiros, el Dr. Luis A. Catardo⁴ determinó que el período de prueba es la fase inicial del contrato por tiempo indeterminado y que se le reconoce al empleador la facultad de extinguir dicho vínculo sin que tal decisión derive en responsabilidad indemnizatoria, pero agregó que, *“...al comunicar el embarazo adquirió la trabajadora ex postfacto una garantía especial, en función de su estado; y al haber contemporaneidad entre la comunicación de la trabajadora sobre su estado de gravidez al empleador y el inmediato despido dispuesto, puede inferirse que la ruptura dispuesta tuvo directa vinculación con la comunicación del embarazo, lo que conlleva a ver en ello, un acto discriminatorio.”*

La mujer gestante goza del principio general de no discriminación que garantiza la Constitución Nacional, la Ley de Contrato de Trabajo, y que la Ley 23.592⁵ que sanciona todo acto discriminatorio, por lo que una interpretación armónica de las normas en juego permiten concluir, según la opinión del Dr. Juan Carlos E. Morando que *“...a la luz del contrato de trabajo durante el periodo de prueba, no se deriva de él una suerte de "bill" de indemnidad a favor del empresario, ya que el bien jurídico protegido, es promover nuevas*

contrataciones, facilitar la selección de personal, etc.; y la protección de la maternidad, protege a la salud de la mujer y de su hijo, en definitiva, una política de promoción de la institución familiar.” Y consideró que “cuando el art. 92 bis, dispone que se puede extinguir la relación sin expresión de causa y sin derecho a indemnización alguna, refiere a aquellas reparaciones que tienen en cuenta el derecho a la estabilidad y no a aquellas otras que, a la vez que resarcen el daño que la cesantía injustificada produce al trabajador, persiguen desalentar prácticas discriminatorias. Siendo la maternidad el motivo determinante del despido, se configura un acto de discriminación.”

Asimismo el Dr. Luis A. Catardo⁶ ha determinado que “...la mujer embarazada integra la clase de trabajadores sujetos a período de prueba que constituye un universo cerrado, que no admite circunstancias particulares de edad, sexo, nacionalidad, religión, opiniones políticas, actuación gremial, estado de salud, entre otros, excluyentes de la regla general aplicada a todos ellos.”

Y la opinión de la Dra. Gabriela A. Vázquez⁷ que sostuvo que “...durante el período de prueba cualquiera de las partes está legitimada para denunciar la relación de trabajo sin responsabilidad indemnizatoria. Entendiendo que, a su término, se consolida retroactivamente la vigencia de la relación de trabajo y el trabajador comienza a gozar de la llamada estabilidad relativa impropia. Pero antes de ello, rige plenamente la libertad de despido y el embarazo de la actora no posee virtualidad para alterar el status jurídico que resulta del período de prueba.”

3. Marco teórico.

Si bien es un caso muy puntual el que planteamos en esta tesis, es también muy controvertido, debido a que no hay norma o legislación alguna que lo prevea.

Debido a ello, es que no existe doctrina ni jurisprudencia que pueda expresarse en forma unánime, sino que, muy por el contrario, las opiniones al respecto son muy dispares o contrarias.

El artículo 92 bis, que regula el período de prueba en la Ley de Contrato de Trabajo, da la posibilidad a cualquiera de las dos partes del contrato, de denunciarlo, durante este período, sin expresar causa alguna y sin obligación de indemnización por causa de la extinción. Dándole la posibilidad al empleador de evaluar si la persona empleada, es versátil, idónea y cumple con las características requeridas para ese puesto de trabajo.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando la mujer empleada por el dador del trabajo, notifica a éste, durante el período de prueba, su estado de gravidez? ¿Tiene el empleador derecho a rescindir el contrato de trabajo sin invocar causa, de la misma manera que si esa mujer no estuviese embarazada?

Amparada por normas Legales, Supralegales, Constitucionales y Pactos y Tratados con jerarquía constitucional, la trabajadora embarazada que haya notificado en forma fehaciente tal estado a su empleador, debe gozar del derecho a la estabilidad en el empleo, ya que el bien jurídico protegido (el niño por nacer, y la familia, en general) es superior y debe ser especialmente protegido, garantizado y respetado.

Un accionar contrario, el hecho de la denuncia del contrato de trabajo por parte del empleador, luego de haber recibido la notificación del estado de gravidez de la trabajadora, debe considerarse como un indicio de discriminación; procede entonces, la presunción de que dicho despido fue por causa del embarazo o maternidad, previsto por el artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Por lo que se sostiene que el artículo 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, colisiona con los artículos 177 y 178 del mismo cuerpo normativo, que tienen por objeto

evitar la discriminación de la trabajadora con motivo de su estado de gestación, además de concederle una garantía de estabilidad por maternidad, y también con las normas internacionales (art. 11 de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) que prohíben el despido de la mujer durante el embarazo.⁸

El Dr. Luis A. Catardo⁹ se ha expedido respecto de la vigencia de la protección de la maternidad en el período de prueba, reconociendo que *“la vinculación laboral durante el período de prueba es característicamente precaria y exige del magistrado judicial una apreciación estricta de la prueba que intenta brindar el litigante sobre la intencionalidad de la otra parte al disponer el cese por discriminación.”* Y continúa; *“...si el empleador decidió poner fin a la relación laboral, con posterioridad a la notificación realizada por la trabajadora de su estado de gestación, es una conducta que evidencia mala fe por parte de la empleadora. Y es que la mujer gestante goza del principio general de no discriminación de raigambre constitucional, que se reforzó con la incorporación de Tratados y Pactos Internacionales a través de la reforma constitucional del año 1994, con presencia en nuestro derecho de fondo (artículos 17 y 81 de la Ley de Contrato de Trabajo), y los Convenios 3 y 103 de la Organización Internacional del Trabajo. La interpretación armónica de todo este plexo normativo, me lleva a concluir,...que el período de prueba, que busca promover cierto tipo de contrataciones, facilidad en la selección de personal, brindar al empleador la opción de valorar la idoneidad del dador de trabajo, etc, no puede constituirse en un "bill de indemnidad" a favor del empleador para canalizar prácticas discriminatorias o disvaliosas. Por el contrario, debe garantizarse la protección de la maternidad, la salud de la mujer y la de su hijo, a través de una política de promoción de la institución familiar.”*

Tal como lo indican los Dres. Ruiz Díaz y Rodríguez Brunengo¹⁰ “A partir del momento mismo de la comunicación del embarazo nace una garantía de estabilidad (artículo 177 Ley de Contrato de Trabajo) cuya vigencia no está condicionada a la operatividad de la presunción que establece el artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo, la que fue creada, precisamente, para evitar que se discrimine a la mujer en razón de su gravidez. Por lo tanto, si se produce el despido sin causa dentro del período de prueba (artículo 92 bis de la ley de Contrato de Trabajo) pero con posterioridad a la comunicación del estado de embarazo, no es imprescindible que la trabajadora acredite que se trató de una discriminación originada en su maternidad, porque, en realidad, tiene garantizada una estabilidad temporalmente limitada, cuya vulneración supone per se, la configuración de un acto discriminatorio que no necesita ser especialmente demostrado porque fue presumido por el legislador al instituir la referida garantía de estabilidad.”

Desde las incipientes normas del derecho del trabajo, la mujer ha sido sujeto de especial tutela jurídica, al punto que a la hora de regular la codificación (Ley de Contrato de Trabajo) el legislador diseñó un capítulo específico (Trabajo de Mujeres) el que, desde nuestra perspectiva, hoy requiere inexorablemente ser reinterpretado a la luz del derecho constitucional vigente. La regulación protectoria de la maternidad se encuentra descripta en los arts. 177 y 178 de la Ley de Contrato de Trabajo, amparo que se “activa” siempre y cuando la gestante haya notificado tal situación a su empleador. Desde el prisma constitucional, los preceptos emanados de los arts. 177 y 178 de la LCT no son más que la “reglamentación legislativa” que busca efectivizar una tutela específica —en este caso, a la mujer trabajadora gestante y al niño por nacer— desde el paradigma constitucional de la no discriminación, de la instrumentación de acciones positivas protectorias (arts. 16 y 75

inc.23 CN) y de la centralidad jurídica de la persona emanados de la diferentes tratados de DDHH con jerarquía constitucional.

4. Introducción.

El área de nuestro ordenamiento normativo en el cual se desarrolla el presente trabajo de investigación es la rama del Derecho Laboral.

La exposición de este trabajo sé que marcará un antes y un después en mi vida, ya que no solo dejaré de ser estudiante de derecho, sino que me convertiré en una profesional. Alcanzando de esta manera una meta muy importante en mi vida, y de esta manera poder retribuirles, con este logro, felicidad a las personas que me acompañaron en este camino.

Si bien es cierto que no fue fácil elegir un tema para este trabajo, desde que soy mamá de una bella princesa de un año y un mes, apenas escuché sobre este tema, me pareció más que interesante, ya que en mi humilde opinión, siguiendo una de las características particulares de la doctrina de los DD.HH., jurídicamente resulta necesario instrumentar una protección diferenciada (sea de personas o de situaciones fácticas) que por su vulnerabilidad o necesidad, requieren protección especial, lo que determina que quien reviste esa situación puede ser calificado como un sujeto de especial tutela constitucional. Resguardando de todas las formas posibles a ese ser que milagrosamente tenemos el privilegio de llevar las mujeres en nuestro vientre, y no solamente a esa vida, sino también proteger legalmente a la mujer trabajadora.

Siendo estos los motivos que me llevaron a la elección de este tema.

El tema específico al cual dirigimos nuestra tarea investigativa, consiste en estudiar los conflictos que surgen en la norma y en la jurisprudencia al resolver el caso fáctico del despido de la trabajadora en estado de gravidez durante el período de prueba. Desde esa perspectiva, partimos de la hipótesis que expresa: ‘Debe reglamentarse la protección de la trabajadora embarazada que es despedida durante el período de prueba, dado el vacío legal que hay al respecto’.

Los objetivos del presente trabajo son:

Generales:

- a. Demostrar la necesidad de una reforma o modificación sobre el despido de la trabajadora embarazada durante el período de prueba, cuyo vacío legal provoca contradicciones tanto jurisprudenciales como doctrinarias.

Específicos:

- a. Analizar las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo sobre el despido de la trabajadora embarazada durante el período de prueba.
- b. Meritar las ventajas de una adecuada reglamentación sobre el despido de la mujer trabajadora en estado de gravidez durante el período de prueba, teniendo en cuenta las decisiones judiciales.
- c. Examinar el derecho a la estabilidad del que goza la trabajadora embarazada en el empleo.
- d. Analizar las distintas soluciones que aporta la jurisprudencia actualmente.

Por consiguiente, los puntos que tratamos de demostrar y defender en este trabajo final son:

- a. La regulación normativa adecuada en relación a las decisiones judiciales y el vacío legal detentado.
- b. La inseguridad jurídica proveniente de la contraposición de los artículos 92 bis, 177 y 178 de la Ley de Contrato de Trabajo.
- c. La prevalencia de la estabilidad de la trabajadora embarazada sobre la libertad del empleador de extinguir el contrato de trabajo sin expresión de causa durante el período de prueba y sin abonar indemnización alguna con motivo de la extinción.
- d. La procedencia de indemnización agravada en caso de desvinculación por causa de embarazo de la trabajadora como resarcimiento especial, destinado a evitar prácticas discriminatorias, que encuentra su sustento en normas de jerarquía constitucional y que no se ve enervado por la aplicación del período de prueba previsto en la ley.

CAPÍTULO I

El período de prueba. Los contratos por tiempo indeterminado y el período de prueba. Las modalidades contractuales y el período de prueba.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Nociones preliminares. 3. Breve reseña histórica. 4. Período de prueba. 4.1. Sus reglas. 5. Contrato por tiempo indeterminado. 5.1. Características del Período de Prueba. 6. Modalidades contractuales. 7. Conclusión

1.- Introducción.

En este primer capítulo analizamos las nociones básicas y más importantes sobre este instituto del derecho laboral denominado “período de prueba” y estipulado en el artículo 92 bis de la Ley de Contratos de Trabajo. Asimismo, nos abocamos a estudiar la finalidad que detenta y su aplicación en los contratos de trabajo por tiempo indeterminados; y en las demás modalidades contractuales, conforme la regulación legal establecida.

2.- Nociones Preliminares.

La Ley de Contrato de Trabajo permite al empleador durante el período de prueba, verificar la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto para el que fue contratado, si los antecedentes y habilidades invocadas al contratar tienen correspondencia con la realidad cotidiana de su labor, y si logra su adaptación al incorporarse a una organización empresaria ajena, que requiere su integración a una comunidad de trabajo, con un rendimiento medio que es esperado por el empleador. Si bien la posibilidad de la evaluación de la realidad concreta es para ambas partes, la utilización práctica del período de prueba interesa, sobre todo, al empleador.

La extinción del contrato de trabajo puede ser declarada por el empleador durante la vigencia del período de prueba, en cuyo caso, no dará lugar a una indemnización por despido. Establecida la obligación de preavisar, si el preaviso es omitido, el empleador deberá pagar una indemnización sustitutiva del preaviso, limitada a la remuneración que habría correspondido al trabajador durante el lapso de preaviso omitido (quince días). No

resultando aplicable la integración mes de despido (artículos 231 a 233 Ley de Contrato de Trabajo).

3.- Breve Reseña Histórica.

El período de prueba fue introducido en la Ley de Contrato de Trabajo, como artículo 92 bis de la ley 24.465 (28/03/95), más tarde modificado por la ley 25.013 y actualmente regulado por la ley 25.250. La intención del legislador al establecer el instituto no ha sido otra que la de facilitar la entrada de nuevos trabajadores en el mercado de trabajo, estimulando su contratación por parte de las empresas y permitiendo al empleador, evaluar las habilidades y destrezas de aquellos para cubrir, en forma definitiva, el puesto requerido.

4.- Período de Prueba.

La Ley de Contrato de Trabajo ha admitido la aplicación del período de prueba, como una fase inicial del contrato por tiempo indeterminado, sin que resulte aplicable al contrato de temporada. La norma establece que *“El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el artículo 96, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros tres meses de su 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.”* (L.C.T., artículo 92 bis, primer párrafo.)

4.1 Sus Reglas.

a. 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.

b. El uso abusivo de este instituto 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. Como consecuencia, de reiterarse este tipo de contratación con un mismo trabajador, se considerará al contrato de trabajo celebrado por tiempo indeterminado.

c. El empleador debe registrar al trabajador que comienza la 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.

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

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

f. El trabajador tiene derecho durante el periodo 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.

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

5.- Contrato por tiempo indeterminado.

El contrato de trabajo se entiende celebrado por tiempo indeterminado, comienza con el período de prueba que consta de tres meses (art. 92 bis, L.C.T), instituto introducido en nuestra legislación por la ley 240465 (B.O., 28/03/1995), modificado por las leyes 25.013 (B.O., 24/09/1998) y ley 25.250 (B.O., 2/06/2000). Actualmente rige la redacción del art. 92 bis de la L.C.T. modificada por la ley 25.877 (19/03/2004).

Salvo que su término resulte porque se ha fijado en forma expresa y por escrito el tiempo de su duración, o porque las modalidades de las tareas o de la actividad así lo justifiquen.

El contrato por tiempo indeterminado dura hasta que le trabajador se encuentre en condiciones de jubilarse, por límites de edad y años de servicio, salvo que se configure por alguna otra causal prevista en la Ley de Contrato de Trabajo.

5.1.- Características del Período de Prueba.

El contrato comienza desde el momento de su celebración, pero, durante los primeros tres meses, se entiende celebrado a prueba y, por lo tanto, las partes de común acuerdo o el empleador en forma unilateral, pueden eliminar dicho período.

No puede contratarse a un trabajador más de una vez utilizando este instituto legal.

En caso de disolverse el contrato de trabajo durante el período de prueba, si el trabajador reingresa a órdenes del mismo empleador, este ya no contará con el beneficio de dicho período de prueba, salvo que la disolución anterior hubiese sido dispuesta por voluntad del trabajador (renuncia), en cuyo caso podría completar el período de prueba con los días faltantes.

Se considera especialmente abusiva (abuso del derecho) y se condena en forma expresa este abuso, la conducta del empleador que contrate sucesivamente a distintos dependientes (rotación indefinida de trabajadores a prueba en un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente.)

Cuando el trabajador comienza la relación laboral con el período de prueba, debe ser registrado. La falta de registración del contrato de trabajo sometido a período de prueba inicial implica la renuncia del empleador a valerse de sus beneficios. Significa que es inoponible al trabajador, resultando éste acreedor de la indemnización sustitutiva de preaviso omitido y por despido arbitrario.

En el período de prueba, la extinción del contrato no se produce de forma automática, sino que requiere de un acto formal: la parte que desee extinguir el contrato debe preavisar por escrito con quince días de antelación; de lo contrario, deberá abonar la indemnización sustitutiva de preaviso. El trabajador no debe abonar integración mes de despido.

6.- Modalidades Contractuales.

Se trata de formas de contratación de carácter excepcional, que por lo general están sujetas a un plazo determinado o determinable. La utilización de este tipo de contratos no depende solamente de la voluntad del empleador sino que, además de cumplimentar los

requisitos de forma establecidos por la ley, deben existir y probarse razones objetivas que permitan el apartamiento del principio general, que es el contrato por tiempo indeterminado.

El período de prueba solo se aplica en los contratos por tiempo indeterminado. No rige en las contrataciones que constituyen excepción al principio de la indeterminación del plazo, por ejemplo: contrato a plazo fijo, contrato eventual, contrato de aprendizaje.

7.- Conclusión.

Según lo expuesto *ut supra*, queda clara la naturaleza del período de prueba, como el comienzo del contrato de trabajo por tiempo indeterminado. Asimismo, pudimos extraer que la intención del legislador mediante la sanción de este instituto, consiste en otorgarle el derecho a la libre contratación al empleador, generando así el acceso al trabajo dependiente para un mayor sector de la sociedad. Por otra parte, se advirtió también la potestad que la ley les otorga a cualquiera de las dos partes de denunciar el contrato de trabajo, sin expresión de causa y, cuando fuese por parte del empleador, sin la carga del pago de la indemnización derivada por despido. Ello, claro está, siempre que haya preavisado con la correspondiente antelación de ley.

Según la legislación vigente, para despedir a la trabajadora durante este período de prueba, no se requiere contemplar su situación de embarazo, ya que la norma (art. 92 bis Ley de Contrato de Trabajo) nada indica. Por lo que no le corresponderá, ni el goce del derecho a la estabilidad en el empleo, ni derecho a una indemnización por motivo de la extinción del contrato.

CAPÍTULO II

Las principales características de la protección a la trabajadora embarazada, otorgada por la Ley de Contrato de Trabajo, la Constitución Nacional y la Organización Internacional del Trabajo.

Sumario: 1. Introducción. 2. Análisis y tratamiento de los artículos 177 y 178 de la Ley de Contrato de Trabajo. 3. La presunción del despido por causa del embarazo del artículo 178 Ley de Contrato de Trabajo. 3.1 Contradicción entre los arts. 177 y 178 LCT. 4. Garantías introducidas por nuestra Constitución Nacional sobre los derechos de la mujer embarazada en el ámbito del trabajo. 4.1 Constitución Nacional art. 75 inc. 23. 4.2 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer art. 11. 4.3 Decreto Nacional 254/98 Plan para la Igualdad de Oportunidades para Varones y Mujeres en el Mundo Laboral. 4.4 Convenio N° 3 de la Organización Internacional del Trabajo. 5. La Organización Internacional del Trabajo: lo que expresa sobre la protección y la no discriminación de la mujer. 5.1. Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Igualdad de Remuneración. 5.2. Convenio N° 111 de la Organización internacional del Trabajo, sobre Discriminación en el Empleo y Ocupación. 5.3. Convenio N° 183 de la Organización internacional del Trabajo, sobre Protección de la Maternidad. 6. Conclusiones.

1. Introducción:

La maternidad tiene una función social y, como tal, debe ser protegida. En tal sentido, el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para evitar y eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos. En lo que concierne a la problemática analizada, estudiamos la prohibición de toda discriminación por razón de maternidad, especialmente el despido por motivo de embarazo; tanto en la regulación interna, como las disposiciones internacionales que contemplan la protección de la mujer embarazada trabajadora.

2. Análisis y tratamiento de los artículos 177 y 178 de la Ley de Contrato de Trabajo.

El artículo 177 de la Ley de Contrato de Trabajo, establece la prohibición para el personal femenino, de trabajar dentro de los cuarenta y cinco días anteriores al parto, y hasta cuarenta y cinco días después de él (noventa días en total); la trabajadora podrá optar por reducir la licencia anterior al parto a un mínimo de treinta días y el resto de la licencia acumularla con el período de descanso posterior al parto. En caso que el nacimiento se produjera pre-término, se acumulará al descanso posterior todo el lapso de licencia del que no hubiere gozado antes del parto, de modo de completar los noventa días. Instituyendo además la conservación del empleo para este período.

Es esencial para la conservación del empleo y la prohibición del despido, según el artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo, que la trabajadora notifique fehacientemente su estado de gravidez y lo acompañe del certificado médico que lo acredite con fecha presunta de parto, o requerir la comprobación por el empleador a través de los médicos laborales de la empresa.

Ampliando la tutela reglamentaria, se garantiza a toda mujer embarazada, el derecho a la estabilidad en el empleo durante la gestación. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la trabajadora embarazada practique de modo fehaciente la notificación de su estado de embarazo a su empleador.

3. La presunción del despido por causa del embarazo del artículo

178 L.C.T.

Por su parte, el artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo, adoptando una postura contraria a la descrita en el artículo 177 del mismo cuerpo normativo, convalida tácitamente la posibilidad del despido durante el período protectorio, pero le asigna una “presunción de discriminación” en contra del empleador y consecuentemente le impone una “sanción económica” indemnizatoria agravada a favor de la trabajadora embarazada.

Textualmente el art. 178 LCT expresa: *“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 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.”

El presupuesto de operatividad del artículo 177 de la Ley de Contrato de Trabajo, es el conocimiento del empleador del hecho del embarazo o la maternidad de la trabajadora, es lo cierto que la comunicación y acreditación de dicha circunstancia, y el anociamiento oportuno, deviene necesario. Excluido dicho presupuesto, la trabajadora no tendrá derecho a que se le abone la indemnización especial del artículo 182 L.C.T, objeto del reclamo.

De igual modo, la presunción *iuris tantum* del artículo 178 L.C.T., establece que la cesantía dispuesta durante el período de protección que consigna dicha norma obedece a razones del estado de maternidad de la trabajadora. Para el caso contrario se requiere la previa demostración de la legítima causa justa invocada por el empleador cuando asume la decisión de rescindir el contrato de trabajo, y si éste no cumple con dicho recaudo, el despido deviene arbitrario y adquiere plena vigencia la citada presunción legal, quedando en consecuencia el empleador obligado a pagar también la indemnización especial prevista por embarazo.

3.1 Contradicción entre los artículos 177 y 178 LCT.

De la lectura detallada e integrada de los dos artículos referidos, luce ostensible una notoria contradicción entre las pautas legislativas impuestas por los mismos. En el art. 177 LCT se garantiza “en calidad de derecho adquirido” la estabilidad de la mujer gestante, mientras que en el art. 178 LCT se desconoce tal “derecho adquirido” y se “habilita” el despido incausado, aunque se lo califica inicialmente como “discriminatorio” y se le adiciona una sanción económica mayor.

Esta “incoherencia legislativa”, que para nosotros es flagrantemente violatoria del principio protectorio (axioma central del derecho del trabajo), ha tenido una mayoritaria y pacífica interpretación tanto en la doctrina como en la jurisprudencia iuslaboralista, por cuanto se ha privilegiado la procedencia del despido incausado por sobre la estabilidad de la gestante, y se hace hincapié en el simbolismo protectorio —con diferentes razonamientos— que implica el agravamiento de la reparación económica diseñada.

Para ilustrar esta línea interpretativa, entre otros argumentos desde la doctrina se ha dicho:

*“Pero este derecho a la estabilidad, que se adquiere a partir del momento en que se practica la notificación al empleador prevista en el párrafo 2º, se trata de una estabilidad relativa o impropia porque el empleador puede válidamente poner fin a la relación laboral”.*¹¹

*“Si bien la norma menciona el derecho a la estabilidad, lo cierto es que en realidad se trata de la estabilidad impropia o relativa, es decir aquella que simplemente establece una protección contra el despido arbitrario, con una sanción patrimonial de contenido indemnizatorio”.*¹²

*“Verdaderamente, nunca existió esa estabilidad en sentido propio ya que, según la doctrina mayoritaria, no se invalida la cesantía que dispusiera el empleador, sino que, en todo caso la falta de causa o su no justificación, se traduce en la obligación de abonar una indemnización”.*¹³

“... Llegaremos a la conclusión de que la garantía allí formulada es de estabilidad relativa, aunque con una mayor intensidad protectoria. En efecto, el tercer párrafo del artículo 177 no establece la invalidez del despido que decidiera el empleador respecto de

*la mujer trabajadora amparada por dicha norma, y a la vez, en el artículo 178 se determina que cuando el despido obedezca a razones de maternidad o embarazo, se aplicará lo dispuesto en el artículo 182, o sea el derecho a la indemnización del artículo 245 (por despido sin justa causa), acumulada a la indemnización especial de un año de remuneraciones”.*¹⁴

En una similar exégesis desde la jurisprudencia se ha dicho:

*“Si bien la ley pretende desalentar conductas socialmente disvaliosas y fomentar y proteger la institución familiar, lo cierto es que no puede soslayarse que en cualquiera de los supuestos, la garantía de dichas normas consiste en una estabilidad relativa, dado que la cesantía es eficaz aún cuando sea más onerosa para el empleador que debe afrontar una reparación más intensa que la común prevista por el art. 245 de la LCT”.*¹⁵

*“La presunción de que todo despido producido dentro del plazo de siete meses y medio anteriores o posteriores a la fecha de parto obedece a dicho estado, puede ser desvirtuada por prueba en contrario, es decir, que es suficiente que se acredite que el distracto acaecido durante el período de tutela obedeció a una causa real, distinta al motivo prohibido, de manera que se elimine toda sospecha de trato discriminatorio por parte del empleador”.*¹⁶

Esta consolidada línea interpretativa es la que pretendemos sea reformulada, pues creemos que la misma se da de bruces con la axiología constitucional, los preceptos emanados de los DDHH y el bloque de constitucionalidad los que determinan la existencia de sujetos de preferente tutela constitucional y en las relaciones laborales, lo son la mujer embarazada y su niño por nacer durante período de tiempo de la gestación.

Entendemos que la propuesta hermenéutica que formulamos encuentra trascendente respaldo en la reciente doctrina elaborada por nuestra Corte Suprema respecto al “acto discriminatorio” en las relaciones laborales, al permitir la aplicación al mundo del trabajo de la ley 23.592 (Ley de Penalización de actos Discriminatorios) y una marcada imposición de protección “efectiva y concreta” de los sujetos discriminados en cuanto al derecho que gozan de poder repeler y dejar sin efecto el “acto discriminatorio”, tal como sería en el caso de la mujer embarazada el “acto” por el cual se decide un despido en etapa anterior o posterior al parto.

4. Garantías introducidas por la Constitución Nacional sobre los derechos de la mujer embarazada en el ámbito del trabajo.

La doctrina más allá de clasificaciones y distinciones, es conteste en afirmar que el principal sostén de la teoría de los derechos humanos es el principio “*Pro Homine*” y que de éste se desprenden, los que buscan la efectivización, tanto en su faz estática, como dinámica de los derechos humanos.

De este axioma de la centralidad jurídica de la persona (“Principio *Pro Homine*”) se derivan un conjunto de directrices y pautas, tanto en el plano sustancial como en el plano procesal (los que la doctrina identifica como “principio *pro actione*”, “principio de progresividad”, “principio de irreversibilidad”) cuya finalidad es materializar en la vida diaria de los ciudadanos un espectro de desarrollo personal sin obstáculos normativos o fácticos teñidos de arbitrariedad, ya sea estatal o particular.

En concreto, el principio “*Pro Homine*” contempla un conjunto de pautas y criterios que el operador y el intérprete jurídico (institucional, gubernamental, judicial, entre otros)

deben observar al aplicar una norma o resolver un caso a fin de encontrar la solución que sea más beneficiosa para el desarrollo pleno de la persona a la que se le aplica la norma o la solución, y que, a su vez, dicha norma o solución aplicada colabore en la consolidación del sistema de derechos humanos.

Desde el derecho humanitario, y respecto del Derecho del Trabajo, existen nuevos mandatos normativos con jerarquía constitucional emanados de tratados internacionales que nutren, fortalecen y actualizan los contenidos del principio protectorio y que exceden largamente el contenido del siempre citado art. 14 bis de nuestra Carta Magna.

Sumado a ello, la reforma constitucional del año 1994 generó otro impacto aún mayor sobre el derecho laboral argentino, ya que de manera periódica se produce la incorporación, previa ratificación legal, con jerarquía superior al derecho positivo interno de los convenios emitidos por la Organización Internacional del Trabajo, cuyos preceptos deben anteponerse a toda la legislación del trabajo.

Una de las características particulares de la doctrina de los DDHH, hace referencia a la necesidad jurídica de instrumentar una protección diferenciada (sea de personas o de situaciones fácticas) que por su vulnerabilidad o necesidad, requieren de atención especial, lo que determina que quien reviste en esa situación puede ser calificado como “sujeto de especial tutela constitucional”.

Esta situación de vulnerabilidad no solo requiere el abanico tuitivo que deviene del derecho reglamentario (en el caso en análisis, el derecho del trabajo), sino también requiere del despliegue de los otros poderes del estado y de las instituciones intermedias. Deben llevarse adelante las políticas de Estado que la propia Carta Magna diseña al mencionar las acciones positivas: legislar y promover medidas que garanticen la igualdad real de

oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23, CN).

4.1 En este marco surge necesario referir la normativa de jerarquía constitucional que enmarca la tutela de la mujer embarazada en las relaciones laborales. La Constitución Nacional en su art. 75 inc. 23 establece que corresponde al Congreso de la Nación: *“Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”*.

4.2 A ello, debemos sumar lo preceptuado en el art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ratificada por ley 23.179) de jerarquía constitucional, el que en su inciso 2 establece que: *“Con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados partes tomarán medidas adecuadas para: 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...”*.

4.3. El Decreto Nacional 254/98 Pñn para la Igualdad de Oportunidades para Varones y Mujeres en el Mundo Laboral.¹⁷

4.4. Para completar la descripción de la normativa emanada del bloque de constitucionalidad que protege a la mujer embarazada, agregamos el Convenio N° 3 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T), que refiere al empleo de las mujeres antes y después del parto, el que fuera incorporado a nuestro derecho interno por aprobación

legislativa (ley 11.726), al establecer en su artículo 4to.: *“Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia”*

Argentina además ha ratificado los Convenios de la Organización Internacional del trabajo relacionados al trabajo de las mujeres. (Nº 100 sobre Igualdad de Remuneración entre Varones y Mujeres, Nº 111 sobre Discriminación en el empleo y la ocupación, Nº 156 sobre Trabajadoras con responsabilidades Familiares, Convenio Nº 183 sobre Protección de la Maternidad.).

A partir de la Reforma del año 1994 estos Convenios han adquirido particular importancia, dado que para el Derecho del Trabajo, el nuevo orden jerárquico establecido por esta reforma Constitucional, en armonía con los artículos 27, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y lo normado por el artículo 1ro. De la Ley de Contrato del Trabajo es el siguiente:

- a. Constitución Nacional, incluidos los Tratados sobre Derechos Humanos que poseen jerarquía constitucional.
- b. Documentos Internacionales y Convenios de la Organización Internacional del trabajo.
- c. Ley de Contrato de Trabajo.

La importancia que las normas nacionales e internacionales le dan a la protección de la mujer en sus derechos, van mucho más allá de la simple protección a la mujer en cuanto tal, sino que se valora a toda la familia a través de su protección.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969, dice en su artículo 17: Protección a la Familia:

“1. La Familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.”

También la Convención sobre la Eliminación de Discriminación contra la Mujer, fue aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 18/12/1979 y entro en vigencia el 3/9/1981. En nuestro país esta Convención fue ratificada por la Ley 23.179.

En su artículo 11 párrafo 3 se lee que *“La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda.”*¹⁸

5.- La Organización Internacional del Trabajo: lo que expresa sobre la protección y la no discriminación de la mujer.

5.1. Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo. Sobre Igualdad de Remuneración

Este convenio fue adoptado el 29 de junio de 1951, en la 34ª reunión de la OIT.

Este convenio responde a las mujeres trabajadoras que son discriminadas por el solo hecho de ser mujeres. Existen numerosas situaciones en que las mujeres están en condiciones de desigualdad en el trabajo respecto del hombre. Una de estas situaciones es la remuneración. Es muy usual que una mujer que hace el mismo trabajo que un hombre reciba un salario menor.

El Convenio 100 fue creado para garantizar y promover el principio de la igualdad de remuneración del salario entre hombres y mujeres cuando realizan un trabajo de igual valor.

La igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor es una cuestión de derechos humanos, porque si el trabajo de una mujer se valora menos solamente porque es una mujer su dignidad individual se ve lesionada.

También es una cuestión de desarrollo económico, ya que promover un trato igual equivale a promover el potencial productivo de la nación. Finalmente, es una cuestión de recursos humanos, porque incrementar los salarios de los trabajos infravalorados puede resultar más rentable por incrementar la productividad y reducir la rotación de personal.

La remuneración del trabajador puede incluir horas extraordinarias, bonos en efectivo, materiales de trabajo (uniformes, herramientas, utensilios), complementos familiares por concepto de jefe de familia, cotizaciones a la seguridad social, vales, becas de estudio, complementos o incentivos (auto de la empresa, gastos de representación, prestaciones de salud, alojamiento, vacaciones pagadas, ocio).

Para garantizar la igualdad de remuneración es necesario hacer una evaluación objetiva del empleo que considere el valor del trabajo correspondiente a cada puesto.

Existen varias maneras para determinar el valor de los salarios tales como, por ejemplo, las costumbres y prácticas, los planes de clasificación salarial del sector público y los acuerdos colectivos. Sin embargo, es grande la resistencia para abordar la discriminación en materia de remuneración por ser un proceso caro, que demanda tiempo y también porque es muchas veces considerado un asunto exclusivo de las mujeres.

Existen metodologías específicas para determinar y comparar objetivamente el valor relativo del trabajo. Ellas impiden que afloren los prejuicios o estereotipos basados en el sexo en la valoración del puesto de trabajo.

Los métodos analíticos de evaluación del puesto de trabajo se refieren al contenido del trabajo, no a las características o habilidades de las personas que lo desempeñan. Estos métodos identifican los factores requeridos para los puestos de trabajo y asignan puntajes a cada uno de ellos, lo que permite determinar el valor numérico de un puesto de trabajo y cuantificar la diferencia en el valor de los mismos. La identificación de los factores debe incluir todas las características relevantes para diferenciar los puestos que se evaluarán, tales como las habilidades adquiridas a través de la educación, capacitación y experiencia; la responsabilidad sobre recursos técnicos, financieros y humanos; el esfuerzo físico y psíquico y, finalmente, las condiciones de trabajo físicas (ruido, polvo, temperatura, riesgos a la salud), psicológicas (stress, aislamiento, demandas simultáneas, agresividad de clientes) y el ambiente de trabajo. Es importante notar que no todos los factores son igualmente importantes dentro de cada empresa, lo que debe reflejarse en su peso y que no asociar valores muy altos o muy bajos a factores relacionados con los trabajos “femeninos” o “masculinos” ayuda a prevenir la discriminación por sexo.

5.2. Convenio N° 111 de la Organización internacional del trabajo. Sobre

Discriminación en el Empleo y Ocupación:

Este Convenio fue adoptado el 25 de junio de 1958, en la 42a Reunión de la OIT.

Este Convenio responde a que en el mundo existen muchas personas que buscan empleo y son discriminadas ya sea por el color de su piel, por su nacionalidad, por sus creencias religiosas o simplemente porque se es mujer. Hay personas con los estudios y la preparación adecuada para cubrir un puesto de trabajo determinado, pero a la hora del contrato son rechazadas por un motivo ajeno a los requerimientos del empleo.

La discriminación en el empleo y la ocupación es un fenómeno que se manifiesta en todos los entornos laborales y que no sólo atenta contra la dignidad de las personas sino que representa costos para las empresas.

Por discriminación en el empleo y la ocupación se entiende la aplicación de un trato diferenciado (una exclusión, una referencia o una distinción), basada en características personales que no son relevantes para el desempeño de un determinado trabajo, tales como el sexo, el color o la raza, la religión, el origen o ascendencia social, la opinión política, discapacidad. En suma, por criterios que no se basan en la competencia o mérito de las personas.

La discriminación en el trabajo anula o altera la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo u ocupación y en la remuneración. Hay que notar, sin embargo, que no se considera discriminatorias las distinciones que se fundan en requisitos esenciales para el desempeño de un empleo y también medidas de acción afirmativa que tienen por objeto reducir las desigualdades históricas existentes entre grupos sociales.

La finalidad de este Convenio es promover la igualdad de oportunidades y de trato con respecto al empleo y la ocupación, sin discriminación alguna por motivos de raza,

color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social. Los Estados que han ratificado este Convenio se comprometen a promover la igualdad de oportunidades y de trato mediante una política nacional cuyo propósito sea eliminar todas las formas de discriminación en el empleo y la ocupación. El Convenio se aplica también al acceso a la formación profesional y a la admisión en el empleo, así como también a las condiciones de trabajo.

5.3 Convenio N° 183 de la Organización Internacional del trabajo. Sobre Protección de la Maternidad:

Desde hace mucho tiempo que la OIT aborda esta problemática. El primer Convenio sobre Protección a la Maternidad, el de N° 3, tiene fecha de 1919 y en el año 1952 la OIT ha promulgado el Convenio 103. Le sigue el convenio 183, aprobado el 15 de junio del 2000, en la 88ª. Reunión de la OIT. Ningún gobierno de los países del Cono Sur ha ratificado este convenio hasta la fecha.

Recordemos que los Convenios vinculan jurídicamente a los Estados cuando son ratificados; es decir, cuando el Parlamento los sanciona.

Este Convenio responde a la necesidad de las trabajadoras embarazadas que son colocadas en una situación desfavorable y discriminatoria. Todavía hay empresas que exigen la prueba de embarazo como requisito para acceder a un puesto de trabajo y, en otras ocasiones, no hay medidas especiales de protección a la trabajadora que está embarazada; la mujer tiene que trabajar en las mismas condiciones que si no estuviera embarazada, poniendo en peligro su propia salud y la salud de su futuro o hijo/a. El

Convenio fue creado para proteger los derechos de las trabajadoras antes, durante y después del nacimiento de su hijo/a.

El Convenio 183 mantiene los principios fundamentales de la protección a la maternidad y entre otros cambios, amplía su campo de aplicación a todas las mujeres empleadas; protege no sólo a las enfermedades que sean consecuencia del embarazo o parto sino también a las complicaciones que pueden derivarse de éstos; prevé un período de protección al empleo más largo y que todo país miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo.

En los países del Cono Sur, la legislación sobre protección a la maternidad abarca las áreas principales definidas en el Convenio 183 de la OIT: un período de descanso y la garantía de que la trabajadora siga recibiendo al menos dos tercios de su remuneración durante tal descanso. En este período de tiempo la trabajadora tiene protección contra el despido y está protegida también su salud y la de su hijo. Además, tiene derecho a un intervalo diario en la jornada de trabajo para la lactancia, considerado tiempo de trabajo y remunerado como tal.

5.3. a. Los principales artículos del Convenio.

El convenio aborda diversos temas relacionados con la maternidad: protección de la salud de la madre y del hijo/a, licencia de maternidad, licencia en el caso de enfermedad o de complicaciones en el embarazo, prestaciones y protección de empleo y no discriminación.

-Protección de la salud. Artículo 3.

Ninguna mujer trabajadora embarazada o lactante puede ser obligada a desempeñar un trabajo que ponga en peligro su salud o la salud de su hijo/a.

Por ejemplo, realizar trabajos que exigen un gran esfuerzo físico, o trabajos en los que se está en contacto con productos químicos, etc. En estos y otros casos, la empresa debería temporalmente cambiar de puesto a la trabajadora y asignarle una tarea de menos riesgo.

En Argentina se prohíbe a las trabajadoras embarazadas el ejercicio de tareas penosas, peligrosas o insalubres.

En Brasil, mediante certificado médico, la trabajadora puede solicitar el cambio de su puesto de trabajo sin perjuicio del salario.

En Chile, la trabajadora embarazada que realice trabajos perjudiciales para su salud (los que obligan a levantar, arrastrar o empujar grandes pesos; exige un esfuerzo físico, incluido el hecho de permanecer de pie largo tiempo; se ejecute en horario nocturno; se realice en horas extraordinarias de trabajo o que la autoridad competente declare inconveniente para el estado de gravidez) deberá ser trasladada de puesto de trabajo, sin reducción de remuneraciones, a otro trabajo no perjudicial a su estado.

En Paraguay la trabajadora embarazada o en período de lactancia no podrá realizar labores insalubres o peligrosas (las que por su naturaleza sean capaces de actuar sobre la vida y la salud física y mental de la mujer y su hijo), trabajo nocturno industrial, o en establecimientos comerciales o de servicios después de las 10 de la noche, así como en horas extraordinarias tampoco podría desempeñar trabajo que exija esfuerzo físico considerable, teniendo derecho a ser trasladada de lugar de trabajo, asignándoles tareas compatibles con su estado, sin reducción de salario.

Por último, en Uruguay la ley otorga a la trabajadora embarazada, o durante el período de lactancia, el derecho a un cambio temporal de tareas que sean perjudiciales a su estado; si ello no fuera posible, deberá acordársele una licencia especial, abonada por el organismo de seguridad social. También se prohíbe la manipulación de sustancias nocivas (benzol, benceno, radiaciones, etc.) y la carga de peso excesivo.

- Licencia en caso de enfermedad o complicaciones. Artículo 7.

Además del período de licencia de maternidad, cuyo tiempo mínimo es de catorce semanas, las trabajadoras tienen derecho a una licencia especial, en caso de enfermedad o complicaciones en el embarazo o parto. La naturaleza y la duración máxima de dicha licencia podrán ser estipuladas según lo determinen las legislaciones y las prácticas nacionales.

En todos los países del Cono Sur la legislación prevé la posibilidad de un descanso suplementario por enfermedad a consecuencia del embarazo o del parto. En Argentina éste se regula como enfermedad inculpable.

En Chile, el plazo de duración del descanso suplementario es fijado por los servicios médicos correspondientes.

En Paraguay, tal descanso podrá extenderse por todo el tiempo indispensable al restablecimiento de la trabajadora, quien conserva el empleo y los derechos adquiridos por virtud del contrato de trabajo.

En Uruguay, el descanso suplementario tiene una extensión máxima de seis meses.

Y en Brasil, la prórroga es de dos semanas antes y dos semanas después del parto.

- Protección de empleo y no discriminación. Artículos 8 y 9.

Se prohíbe que el empleador despida a una mujer que esté embarazada, o durante su licencia maternal o licencia en caso de enfermedad o complicaciones, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. Además, se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.

Todo miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo. Estas medidas incluyen la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto cuando se encuentra previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que:

- a) están prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o
- b) puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

En todos los países del Cono Sur se prohíbe el despido de la trabajadora durante el embarazo, la licencia por maternidad y en el período posterior a la reintegración al trabajo, variando tanto los plazos como los montos de las indemnizaciones.

Los artículos 8 y 9 están destinados a proteger a las mujeres embarazadas o lactantes contra la discriminación en el empleo. En concreto se señala que:

“Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 ó 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un periodo que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la

*lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias a la lactancia incumbirá al empleador”.*¹⁹

6.- Conclusiones:

Claramente puede apreciarse la protección que se le da a la mujer trabajadora embarazada tanto a nivel nacional como internacional y la prohibición de la discriminación a través de los Convenios de la OIT ratificados por Argentina, como por otros países del Cono Sur.

Se priorizan y valorizan la protección de la maternidad, de la mujer, de la familia, la protección del empleo y la no discriminación de la mujer tanto en nuestro derecho interno, en nuestra Carta Magna y en la Ley de Contrato de Trabajo, como el derecho internacional, a través de los convenios dictados por la Organización Internacional del Trabajo.

Podemos observar que las directivas de rango constitucional tutelan la situación particular de la mujer embarazada, frente a un posible trato discriminatorio, que en su faz práctica, se verifica en el despido que la misma sufre, frente al embarazo sobreviniente y notificado fehacientemente al empleador, durante el período de prueba, y que además se ve agravado en perjuicio de las mujeres trabajadoras, en qué; al consagrar nuestro sistema positivo, el principio general de no discriminación de la mujer gestante, los empleadores, frente a tal situación, prefieren contratar hombres.

Capítulo III

La estabilidad de la trabajadora embarazada frente al período de prueba en el contrato de trabajo. Valoraciones doctrinarias y jurisprudenciales.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Disidencias doctrinaria y jurisprudenciales sobre la garantía de estabilidad de la mujer por maternidad durante el período de prueba. 2.1. Reseña de jurisprudencia. 2.2. Reseña de doctrina. 3. La estabilidad de la mujer embarazada y su interpretación protectoria a la luz de la Constitución Nacional. 4 Conclusiones.

1. Introducción.

La incorporación del instituto “período de prueba” en nuestro derecho positivo, a partir del 28 de marzo de 1995 (artículo 1º Ley 24465), generó diversos interrogantes acerca de situaciones que podían plantearse durante dicho lapso y que no fueron previstas en la norma. En lo que aquí interesa, la situación jurídica de la trabajadora que notifica su embarazo durante el plazo de período de prueba y que luego es despedida por el empleador, la doctrina y la jurisprudencia han ido fijando posiciones que no se caracterizan -justamente- por su uniformidad.

2. Disidencias doctrinarias y jurisprudenciales sobre la garantía de estabilidad por maternidad de la trabajadora durante el período de prueba.

Se discute doctrinaria y jurisprudencialmente si durante el período de prueba la mujer embarazada conserva la garantía de estabilidad por maternidad y también por matrimonio consagrada en los artículos 177, 178, 180 y 182 de la Ley de Contrato de Trabajo.

La cuestión es, si durante el lapso del período de prueba previsto por el artículo 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, rige la protección legal especial prevista en los artículos 177 y 178 de la mencionada norma con relación al despido de una trabajadora embarazada, y del mismo modo, si es procedente la indemnización prevista en el artículo 182 de la L.C.T., sobre la base de la consideración de la existencia de un acto discriminatorio

derivado de la decisión rescisoria adoptada por la empleadora, teniendo en cuenta que el contrato laboral se encontraba en período de prueba.

La jurisprudencia mayoritaria sostuvo que durante el período de prueba no rige la presunción legal contenida en el régimen general respecto de la causa de la ruptura, e incumbe a la trabajadora demostrar que su cese configura un acto de discriminación por razón de la maternidad y que tal comportamiento de su empleador habilita la posibilidad de obtener la reparación específica que prevé el artículo 178 de la L.C.T. Indicando también que no incumbe a la empleadora, en estas circunstancias, realizar la prueba de las razones que motivaron la ruptura, porque de ninguna manera ello emerge de la ley positiva cuando adopta el instituto del período de prueba, y que la controversia debe ser resuelta con las cargas probatorias impuestas por el sistema normativo específico que dispensa, en la especie, a cualquier contratante de demostrar la causa de rescisión del vínculo. Entendiendo que es artificial atribuir la demostración de una causal que la misma norma no requiere, como sería que la trabajadora no reúne las condiciones requeridas para la tarea, porque en el régimen legal vigente ese no es un requisito incorporado para validar su adopción

Minoritariamente parte de la jurisprudencia evocando las normas laborales y no laborales del derecho positivo y las normas supralegales que brindan tutela frente a actos de discriminación, sostiene que no debe examinarse desde la óptica de la excusación de responsabilidad indemnizatoria que dispone el art. 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo porque ello podría conducir a avalar cualquier práctica discriminatoria o disvaliosa de parte de los dadores de trabajo. Entiende que durante el período de prueba rige la presunción que emana del art. 178 L.C.T. pero que, aún cuando se considerara que ella no es aplicable en el caso, si los extremos fácticos se encuentran suficientemente demostrados, la protección prevista en la norma mencionada debe prosperar. Es decir, que evaluando el supuesto hecho

de que la empleadora conoce el estado de embarazo de la trabajadora antes de la denuncia del contrato. Debe concluirse que ésta fue originada directamente en la comunicación del estado de embarazo de la trabajadora, lo cual constituye un acto discriminatorio, máxime cuando no se alegue ni pruebe que hubiere existido algún otro motivo diferente al aludido que justificare desvincular a la actora inmediatamente después de haber anoticiado a su dador de trabajo.

Al respecto, Martínez Vivot, Etala y Carcavallo²⁰ sostienen que la presunción no es admisible porque la propia ley eximió al empleador de expresar la causa de la extinción de la relación.

Por el contrario, otro sector de la doctrina y la jurisprudencia admite que la garantía de la estabilidad tiene operatividad también en el período de prueba, generando el derecho de la trabajadora a percibir la indemnización especial del art. 182, Ley de Contrato de Trabajo. En este sentido se ha expedido el fiscal general ante la Cámara Nacional de Apelaciones del trabajo -Eduardo Álvarez- y distintas salas de dicha Cámara.

2.1 Reseña de Jurisprudencia.

2.1.a. La Sala III²¹, en dos ocasiones, admitió la posibilidad de que la trabajadora embarazada pueda, pese a serle oponible la figura del período de prueba, obtener la reparación especial consagrada por las directivas de los arts. 178 y 182 de la Ley de Contrato de Trabajo. El Tribunal, sin embargo, considera que no es aplicable la presunción del art. 178 L.C.T. y establece que la carga probatoria de la práctica discriminatoria le incumbe a la trabajadora. Reivindica así la solución tradicional, en materia de carga probatoria, impuesta por el art. 377 del C.P.C.C.N.

2.1.b. La Sala IV²², adhirió al dictamen del Fiscal General, doctor Eduardo Álvarez, a quien le requirió opinión. El doctor Moroni consideró aplicables los arts. 177 y 178 de la L.C.T. y admitió la indemnización especial prevista en el art. 182 L.C.T.

2.1.c. La Sala VI²³ rechazó la pretensión de la actora. El doctor De La Fuente afirmó que la característica propia y especial que distingue el período de prueba es la posibilidad de extinguir la relación laboral sin consecuencias indemnizatorias, lo que obsta al progreso de la reparación prevista por el art. 178 de la ley de contrato de trabajo. El doctor Fernández Madrid si bien adhirió al voto, lo hizo por otro fundamento: consideró que no se probó que el empleador tuviese conocimiento del estado de embarazo de la trabajadora. Dejó a salvo su postura contraria a su colega acerca de la cuestión de fondo. Dijo que cuando el ejercicio de las facultades conferidas a las partes, durante el período de prueba colisiona con la protección especial que el ordenamiento jurídico le garantiza a la mujer embarazada, aquéllas deben ceder frente a las normas de rango superior que tutelan esta última situación. Mencionó el art. 14 bis de la Constitución Nacional y diversas disposiciones de tratados internacionales que en virtud de lo previsto por el art. 75 inc. 22 han adquirido jerarquía constitucional, así como en las previsiones de los arts. 178 y 182 de la ley de contrato de trabajo. Sostuvo que dichas normas, en definitiva, protegen a la mujer trabajadora ante un posible trato discriminatorio fundado en su estado de embarazo y en el marco de una relación laboral.

2.1.d. La Sala VII²⁴, aun cuando rechazó la pretensión, hizo saber su posición al decir que a partir de la comunicación del embarazo, nace una garantía de estabilidad cuya vigencia no está condicionada a la operatividad de la presunción que establece el artículo 178 de la L.C.T., la que fue creada, precisamente, para evitar que se discrimine a la mujer en razón de su gravidez. El Tribunal señaló que si el despido sin causa se produce dentro

del período de prueba pero con posterioridad a la comunicación, no es imprescindible que la trabajadora acredite que se trató de una discriminación originada en su maternidad porque, en realidad, tiene garantizada una estabilidad temporalmente limitada cuya vulneración supone, *per se*, la configuración de un acto discriminatorio que no necesita ser especialmente demostrado porque fue presumido por el legislador (precisamente para tratar de evitar que se configure) al instituir la referida garantía de estabilidad. En el caso, el Tribunal rechazó la demanda –según quedó anotado- porque sostuvo que no se configuró acto discriminatorio en tanto la demandada conocía el estado de gravidez de la actora al momento de contratarla (ésta atravesaba el octavo mes de embarazo) y -agregó- que si no hubiera querido mantener una relación laboral con ella no la habría contratado promediando el octavo mes de gravidez.

2.2 Reseña de Doctrina.

La doctrina no ha quedado al margen del debate. Merecen mencionarse, en sus aspectos más relevantes, las siguientes posturas.

2.2.a. Miguel Ángel Piroló ²⁵ señala que, *“...a partir del momento mismo de la comunicación de embarazo, nace una garantía de estabilidad (art. 177 L.C.T.) cuya vigencia no está condicionada a la operatividad de la presunción que establece el art. 178 L.C.T. y que fue creada, precisamente, para evitar que se discrimine a la mujer en razón de su gravidez”*. Señala que *“...si el despido se produce sin causa dentro del período de prueba pero con posterioridad a la comunicación del embarazo, no es imprescindible que la trabajadora acredite que se trató de una discriminación originada en la maternidad porque, en realidad, tiene garantizada una estabilidad temporalmente limitada cuya*

vulneración supone, per se, la configuración de un acto discriminatorio que no necesita ser especialmente demostrado porque fue presumido por el legislador al instituir la referida garantía de estabilidad. El quebrantamiento de esa estabilidad, al margen de cualquier presunción, es lo que origina el derecho de la trabajadora a recibir una reparación del daño que ocasiona el acto ilícito patronal, y ello debe concretarse a través del pago de una indemnización porque –como es sabido- en nuestro sistema normativo la afectación de una garantía de estabilidad sólo se castiga con sanciones de índole económica (a excepción de la reconocida a favor de los representantes gremiales)”. Concluye que el juez debe fijar en forma prudencial y con base en el derecho común el resarcimiento que el daño provoca.

2.2.b. Azucena Beatriz Ragusa ²⁶ sostiene que es aplicable en el período de prueba la presunción del art. 178 L.C.T. y agrega que el empleador “...deberá (al menos para eximirse de abonar la reparación agravada) aunque la ley no lo exija en forma genérica sino específica (arts. 178 y 181, ley de contrato de trabajo) invocar en la notificación del despido y probar en juicio la causa de la inidoneidad por cuanto las presunciones legales no derogadas imponen estas obligaciones para él en el caso concreto del despido de la embarazada (de “toda” embarazada) que tiene a su favor una presunción no modificada por la Ley 25250”.

2.2.c. Ricardo González (h)²⁷, dice 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, al 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”.

2.3.d. Amanda Caubet ²⁸, destaca que la Ley 23592 “...es un instrumento que con claridad permite declarar la nulidad radical de los despidos discriminatorios que, en especial después de 1994, tienen un preciso fundamento en la Constitución Nacional y en las declaraciones, los pactos y las convenciones internacionales, ya que su artículo 75 inciso 22)”, declara que “...en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional,, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios los derechos y garantías por ellos reconocidos”. Dice que por el juego de estas disposiciones, el despido podría declararse nulo con el efecto de la readmisión inmediata de la trabajadora (en este caso) y el pago de los salarios dejados de percibir. En opinión de la autora, existe una nueva posibilidad legal para la trabajadora discriminada que podría invocar en cualquier momento del contrato, incluso durante el período de prueba.

2.2.e. En igual sentido se expresa Gloria Pasten de Ishihara ²⁹. Afirma que “... el despido de la trabajadora embarazada evidencia una práctica discriminatoria y una violación al ordenamiento jurídico nacional e internacional”. Dice que “...el Estado debe –a través de un accionar positivo- adoptar medidas apropiadas para proteger el derecho a la vida, a la libertad y a formar una familia. En el caso particular está obligado a brindar una protección especial a la mujer embarazada, antes y después del parto, compromiso que surge de los documentos internacionales oportunamente suscriptos”. Entiende que la mujer embarazada, en caso de ser despedida durante o al vencimiento del período de prueba, se encuentra habilitada legalmente a solicitar la nulidad de la medida dispuesta por el empleador y su reintegro al puesto de trabajo.”

2.2.f. Mario Elffman ³⁰ comparte el criterio de las doctoras Amanda Caubet y Gloria Pasten.

2.2.g. El doctor Julio J. Martínez Vivot ³¹ sostuvo, en nota al fallo de la Sala IV, que el empleador que durante el período de prueba extinguió la relación laboral inmediatamente después de saber que la trabajadora está embarazada, ejerció un derecho que según la propia ley no tiene restricciones. La conducta fue legítima. Si bien admite que ello no genera consecuencias laborales, reconoce que si se “pretendiera que tal conducta, con viso legal, fue discriminatoria” queda a la trabajadora proceder conforme a los términos de la Ley 23592. En síntesis, en opinión del autor si la trabajadora afectada por la extinción de la relación laboral durante el período de prueba, estimare que tal conducta fue discriminatoria, no puede pretender consecuencias laborales, pero le queda la acción civil pertinente, por la eventual discriminación.

2.2. h. Miguel Ángel Abdelnur ³² comparte la postura que antecede. “... *Frente a un texto legal claro que habilita el despido, durante el período de prueba, “sin expresión de causa y sin derecho a indemnización alguna con motivo de la extinción”, no caben dobles interpretaciones. Esta modalidad de la judicatura laboral (en especial) de suplantar al legislador con interpretaciones distorsionantes de la ley, en aras a la equidad y la justicia, no hacen otra cosa que alterar las reglas del juego provocando inseguridad en las relaciones obrero-patronales*”.

2.2.i. Oscar Gerez ³³ destaca que la presunción legal no puede tener operatividad durante el lapso de prueba. Sin embargo, considera que “...*en estos casos especiales, se debe puntualizar una sutil diferencia que estriba en lo siguiente: mientras que en un caso normal de despido, el acto rescisorio está exento de fiscalización y de reproche, tratándose de una mujer en alguna de las situaciones antedichas, la decisión extintiva podrá ser examinada a fin de indagar la posible existencia de un móvil discriminatorio*”. Afirma que “...*la trabajadora afectada, podrá alegar la discriminación y aportada la prueba de la que*

surja una presunción en tal sentido, el empleador deberá demostrar que no discriminó, o que ha mediado una causa no discriminatoria para extinguir el contrato, aún cuando la misma no posea entidad suficiente para ello”. Adhiere a la doctrina que sostiene que el despido discriminatorio no conlleva la reposición en el cargo sino que determina el pago de una indemnización.

2.2.j. Hugo Carcavallo³⁴ afirma que la exención indemnizatoria otorgada al empleador durante el período de prueba alcanza a los resarcimientos reconocidos a las trabajadoras en los arts. 178 y 182 L.C.T., debido a la necesaria coordinación de esa tutela con la naturaleza y el objeto de la prueba.

3. La estabilidad de la mujer embarazada y su interpretación protectoria a la luz de la Constitución Nacional.

Es importante subrayar que la tutela especial que la ley concede no sólo es a favor de la mujer embarazada, sino que lo es también a favor de la salud y protección legal y social de su hijo por nacer o nacido, quien requiere y necesita los beneficios de la seguridad social y las prerrogativas que el derecho del trabajo concede a su madre.

Desde nuestra perspectiva, la sustancial protección de la mujer embarazada y su hijo por nacer se encuentra reglamentada en el art. 177 de la LCT, la que debe ser aplicada como regla general a los contratos de tiempo indeterminado y que implica una tutela temporal más extensa a la que la doctrina y jurisprudencia entienden aplicable según lo preceptuado por el art. 178 LCT.

En la actualidad, con la evolución de la ciencia médica, es posible conocer con un altísimo índice de certeza (a través de los llamados “test de embarazo”) el estado de gravidez desde los primeros días de la gestación, circunstancia que habilita a la mujer embarazada a comunicar dicho acontecimiento inmediatamente, como requisito previo que le permita recibir las diferentes prestaciones médicas asistenciales que la seguridad social y el sistema jurídico todo otorgan a la madre gestante.

En consecuencia, este avance en la ciencia médica permite que la notificación requerida como elemento previo a la activación de la protección puede acontecer mucho antes de los siete meses y medio anterior a la fecha presunta de parto y aplicando la pauta protectoria del art. 177 LCT (“Garantizase a toda mujer durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo”) no queda margen a duda que la estabilidad de la trabajadora embarazada debe comenzar a ser efectiva y protegida —legal y procesalmente— desde el momento en que ésta comunica a su empleador el estado de embarazo, rigiendo dicha garantía de estabilidad aún si la comunicación se cursara con anterioridad al plazo establecido en el art. 178 LCT.

Ponemos de resalto, que a este primer “plazo de estabilidad”, se debe agregar otro y es aquel que se concede a la trabajadora que ha parido y ha sido madre, tal lo regulado en el primer párrafo del art. 177 LCT cuando expresamente se impone: *“Queda prohibido el trabajo del personal femenino durante los cuarenta y cinco días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco días después del mismo (...) La trabajadora conservará su empleo durante los períodos indicados (...)*.

La interpretación armónica y sistemática de las normas en juego claramente determinan que existe una “estabilidad garantizada prolongada” a la trabajadora

embarazada, debiendo sumarse al plazo de protección por la gestación, el plazo de “conservación del empleo” concedido a favor de la maternidad.

La estabilidad garantizada comprende todo el período de la gestación más un lapso nunca inferior a los cuarenta y cinco días posteriores al parto, el que dependerá de la elección que haya realizado la madre y/o de las contingencias médicas del parto. Más claramente: comunicado el estado de embarazo la trabajadora goza de la “estabilidad prolongada”, lo que implica la imposibilidad patronal de producir el distracto del contrato de trabajo, sea a través de un acto que encubra una discriminación, o ejerciendo la facultad patronal del despido incausado.

Entiéndase bien nuestra postura: durante el período de estabilidad garantizado a la mujer embarazada, se encuentra vedada la posibilidad de extinción del contrato sin causa, consecuentemente es improcedente, nulo, ilegal, e inconstitucional el ejercicio patronal de tal facultad.

Si durante la estabilidad garantizada la mujer embarazada fuera despedida, en la casuística judicial pueden suceder al menos dos situaciones claramente distintas.

Frente al despido patronal, la “trabajadora embarazada-madre”, tiene la posibilidad de elegir entre dos medidas protectorias que la ley reglamentaria actual y la doctrina de los DDHH emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación le presentan. Por un lado, dentro de la “alternativa tradicional” de reparación del daño, a la dependiente le cabe reclamar la aplicación de la presunción establecida en el 178 LCT (por remisión al art. 182 LCT) y requerir la indemnización agravada establecida en dicha norma, más los salarios caídos del período de estabilidad garantizada por el art. 177 LCT (17). A nuestro modo de ver en un reclamo de esta entidad, la trabajadora se haría acreedora de la indemnización

especial del art. 182 LCT (un año de remuneraciones) más los salarios adeudados por el tiempo restante entre la fecha del distracto y la “estabilidad prolongada protegida” (el plazo de gestación más el tiempo faltante de los 90 días de conservación del empleo). Concretamente: sin cuestionarse la validez del despido (con pago de indemnización agravada) se debería considerar que el mismo tiene vigencia una vez vencido el plazo de estabilidad concedido por la ley, el que de no respetarse debería compensar económicamente como “salarios caídos” y/u otro ítem de similares características. Por el otro costado, opinamos que la trabajadora podría recurrir a una vía judicial sumarísima en la que se plantee la “nulidad del despido” (“retrotraer” el acto discriminatorio) y consecuentemente exigir su reintegro al puesto de trabajo, el que tendrá garantizado hasta finalizado el plazo de estabilidad referido. La presente acción judicial podría ser asemejada —en analogía procesal y tutelar— a la inserción procesal que el Parlamento instrumentó en el art. 66 de la LCT en defensa de los derechos del trabajador.

Si bien la literalidad del art. 66 LCT³⁵ ampara las modificaciones generadas en un ejercicio abusivo del “*Tus Variandi*” en aquellos contratos de trabajo vigentes, entendemos que la utilización de la vía judicial sumarísima no podría ser vedada para este supuesto especial de tutela, por una simple aplicación lógica de la norma en cuestión y especialmente por la identidad axiológica que las situaciones revisten.

Si el legislador ha creído conveniente habilitar esa vía procesal sumaria para “reparar” el daño causado por los cambios en las condiciones esenciales del contrato de trabajo garantizados por la ley, mucho más procedente debe ser una vía procesal de equivalente entidad para efectivizar la vigencia misma del contrato de trabajo en cuanto a la estabilidad que concede la misma ley laboral.

Sostener esta tesitura interpretativa no sólo encuentra asidero en los principios generales de la LCT, sino también y muy especialmente en la normativa de rango jerárquico superior con compatibilidad constitucional (art. 75, inc. 23 C.N; art. 11, inciso 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y artículo 4 del Convenio OIT N° 3, entre otros).

Más rotundamente: si la aplicación del principio Pro Homine y la doctrina de los DDHH ha sido revitalizado y direccionado hacia las relaciones laborales, no se entiende por qué debería negarse a la mujer embarazada poder accionar peticionando la reinstalación en su puesto de trabajo, muy especialmente cuando —reiteramos una vez más— la norma específica (art. 177) concede el “derecho adquirido” a la estabilidad laboral de la mujer gestante.

Por lo tanto, la trabajadora embarazada y/o madre en período protegido puede recurrir a una vía sumarísima de entidad similar a la dispuesta en el art. 66 LCT y reclamar judicialmente su reintegro al puesto de trabajo, el que tendrá resguardado hasta finalizado el plazo de estabilidad supra referido.

Ejercitar la interpretación de las normas en juego de esta manera protectoria, implica hacer efectiva la literalidad de la norma constitucional reglamentaria (art. 177 LCT) poniéndola en “línea de foco” con la doctrina elaborada por la CSJN en torno a las relaciones laborales y la tutela constitucional otorgada a la mujer embarazada y el niño por nacer fulminando con la nulidad al “despido discriminatorio”.

Respecto al efecto que las llamadas acciones positivas deben tener en la búsqueda y materialización de los DDHH de las personas en situación de vulnerabilidad, calificada

doctrina ha sostenido que “el juez debe interpretar el ordenamiento jurídico también a la luz del principio de acción positiva del Estado”³⁶

Por ello, defendemos las tutelas constitucionales especiales, entre las que brilla por peso propio la de la trabajadora embarazada y las acciones positivas que la misma requiere.

4. Conclusiones.

En el presente capítulo observamos, en el ámbito del derecho laboral, la presencia de normas de un mismo ordenamiento que contienen disposiciones aparentemente incompatibles. Y dado los bienes jurídicos tutelados, sería conveniente intentar armonizarlas determinando cuál de ellas prevalece en el caso que nos ocupa. En la tarea del intérprete, éste, al momento de aplicar la ley, no debe desnaturalizar la finalidad que el legislador tuvo en miras al sancionarlas.

Este conflicto de normas, lo encontramos cuando, vigente el período de prueba, la mujer trabajadora queda embarazada y es despedida luego de notificado ese estado. En esta situación, se impone el análisis acerca de si corresponde aplicar las reglas que rigen el instituto del período de prueba, en particular el inc. 4º del art. 92 bis de la L.C.T., que otorga al empleador el derecho de hacer cesar sin expresión de causa la relación laboral; o bien, si prevalecen las prescripciones contenidas en los artículos 177, 178 y 182 del mismo cuerpo legal y, en consecuencia, asiste a la trabajadora despedida el derecho a la indemnización especial.

Frente a esta concurrencia de normas contrapuestas, es indudable que debe prevalecer aquella cuyo bien jurídico tutelado revista mayor importancia en el esquema legal.

Los artículos 177, 178 y 182 de la L.C.T., provenientes de un momento legislativo anterior al del artículo 92 bis, contienen una tutela especial a la mujer gestante que, por su estado, puede ser víctima de un acto discriminatorio, es decir, despedida por causa del embarazo.

En el artículo 92 bis se habla de extinción sin expresión de causa, mientras que el artículo 178 L.C.T. prevé una presunción frente a la notificación del embarazo en forma fehaciente, a resultas de la cual, si bien no puede desnaturalizarse por el período probatorio, debe tornar más exigente la disolución del vínculo en esta etapa contractual, en cuyo caso, habrá de requerirse, aunque la ley no lo exprese, que el empleador determine en forma objetiva cuál fue el motivo de su decisión rescisoria, para que no opere la presunción citada.

Compartimos la postura del doctor Ricardo González (h) ³⁷, quien sostiene que si la situación de embarazo genera una presunción en favor de la trabajadora, 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. 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 art. 92 bis porque los valores en juego y los bienes jurídicos tutelados tienen distinta jerarquía en el ordenamiento legal.

En ese esquema y para finalizar, es oportuno recordar lo sostenido por la Sala III, en oportunidad de abordar el tema: “...*aún tratándose de un contrato a prueba*” (cfr. art. 92

bis L.C.T.), rige la protección consagrada por los artículos 177 y 178 de dicho ordenamiento legal, siendo función del juzgador interpretar las normas de derecho armónico, vale decir que en vez de contraponer unas con otras, debe integrarlas, de manera tal que contribuyan al logro de los objetivos que tuvo en miras el legislador al dictarlas y de modo que contribuyan a la concreción del bien común. A la luz de tal premisa debe interpretarse la normativa que consagra el período de prueba y aquellas otras que descalifican las cesantías que reconocen, como real motivo el embarazo de la trabajadora (en el caso, arts. 177 y 178 L.C.T.), con lo cual las normas que contemplan el contrato a prueba no pueden entenderse como consagradorias a favor del empresario, ni como favorecedoras de prácticas discriminatorias, socialmente disvaliosas.

Capítulo IV

Análisis de fallos jurisprudenciales sobre el despido de la trabajadora embarazada durante el período de prueba.

Sumario: 1. Introducción. 2. Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VIII, “Petrillo, Paola Natalia c/. Nas Argentina S.A. s/ despido.” 3. Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII, “PérezCortez, Estela. M. del V. c/ Golman Christian Ezequiel s/ despido”. 4. Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VIII, “Jiménez, Julieta M. c. Marcelo H. Pena S.A. s/ despido” 5. Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII, “Mendoza, Julia Edith c. Adecco Argentina S.A. y Otro s/ despido.” 6. Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, “J., M. A. c/. Diffupar S.A. s/Despido.” 7. Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Resistencia, sala II, “Melgarejo, Erica Yanina c. Esso Petrolera Argentina S.R.L. y/o quien resulte responsable s/despido.” 8. Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII, “Vega, Natalia María del Huerto c. Tevanet S.A. s/ Despido.” 9. Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII, “Myler, Valeria Romina c/ Organización Lógica S.R.L. s/despido” 10. Conclusiones.

1. Introducción.

En el presente capítulo analizaremos las diferentes posturas postuladas por la jurisprudencia, emanada tanto de las Cámaras de Apelaciones en lo Laboral (nacionales y provinciales), como los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuyos textos completos -a los fines de su cotejo-, se encuentran consignados en el Anexo I de esta tesina. El objetivo específico que nos proponemos en este capítulo es examinar e individualizar cuál es la postura aplicada con más frecuencia en nuestro país y las razones que la sustentan.

2. Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VIII.

Fecha: 23/09/2008

Partes: “Petrillo, Paola Natalia c. Nas Argentina S.A. s/ Despido.”

Publicado en: La Ley Online

Hechos:

La actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia del juez de primera instancia que concluyó que no había logrado acreditar que había ingresado a trabajar para la demandada en la fecha que denunció y que la notificación de estado de embarazo haya sido efectuada. La Cámara confirmó la sentencia apelada.

Análisis:

Según la postura mayoritaria de este Tribunal, durante el período de prueba cualquiera de las partes está legitimada para denunciar la relación de trabajo sin responsabilidad indemnizatoria. Entendiendo que, a su término, se consolida retroactivamente la vigencia de la relación de trabajo y el trabajador comienza a gozar de la llamada "estabilidad relativa impropia". Pero antes de ello, rige plenamente la libertad de despido y el embarazo de la actora no posee virtualidad para alterar el status jurídico que resulta del período de prueba.

Por su parte, el Dr. Catardo, votando en disidencia, determinó que resultaba procedente la indemnización especial del art. 178 de la Ley de Contrato de Trabajo, pues, cuando el art. 92 bis inc. 4 dispone que se puede extinguir la relación sin expresión de causa y sin derecho a indemnización alguna se refiere a aquellas reparaciones que tienen en cuenta el derecho a la estabilidad y no a las que a la vez resarcen el daño que la cesantía injustificada produce al trabajador.

3. Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala VII.

Fecha: 25 de julio de 2008

Partes: "Pérez Cortez, Estela. M. del V. c/ Golman Christian Ezequiel s/ despido."

Publicado en: La Ley Online.

Hechos:

La actora inicia demanda contra su empleador en procura del cobro de rubros por registración irregular e indemnizaciones correspondientes al despido incausado, multas e

incrementos previstos en el ordenamiento laboral, invocando que el despido fue por causa de su embarazo, ya que una vez notificado el mismo y entregado el certificado médico con fecha presunta de parto, el empleador procedió a su inmediato despido, aduciendo que ella se encontraba en el período de prueba.

El demandado niega todos y cada uno de los hechos expuestos en la demanda, y aclara que la actora no le entregó certificado médico alguno ni le comunicó su estado de gravidez. Señala que el despido de la actora fue en los términos del art. 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo.

Análisis:

En la sentencia de primera instancia, la "a quo", rechaza lo peticionado, por considerar que la accionante no logró acreditar los extremos fácticos sobre los que funda su reclamo.

La actora interpone recurso de apelación.

La Dra. Estela Milagros Ferreirós, en su voto, consideró que el período de prueba es un instituto que, si bien genera una carencia en el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, debe ser observado como posible factor fortalecedor de la continuidad del vínculo; no obstante, su aplicación e interpretación debe ser restrictiva y estricta.

Asimismo, postula que el período de prueba es un instituto útil, pero debe interpretarse y aplicarse con el cuidado que requiere tener en cuenta que la carencia de tan preciado bien, como es la estabilidad en el empleo, sólo puede ser tolerada a los fines de lograr una mejor y mayor perdurabilidad del contrato de trabajo y que no puede aceptarse la sospecha de su utilización con otros fines. Entiende, consecuentemente, que durante el período de prueba,

la mujer trabajadora, conserva la garantía de estabilidad por maternidad consagrada en la Ley de Contrato de Trabajo.

En este caso concreto, considera que la contemporaneidad entre la comunicación del estado de gravidez y la ruptura dispuesta por el empleador, brinda un indicio, y es el mismo empleador quien debe producir la prueba para demostrar que el despido obedeció a la falta de aptitudes del trabajo u otra causa, y no como consecuencia de un acto discriminatorio (el embarazo).

Remarca que si se produce el despido sin causa de la trabajadora embarazada dentro del período de prueba, pero con posterioridad a la comunicación del estado de gravidez al empleador, no es necesario que la empleada acredite que se trató de una discriminación originada en su maternidad, ya que tiene una estabilidad temporalmente limitada cuya vulneración supone, *per se*, la configuración de un acto discriminatorio que no necesita ser especialmente demostrado porque fue presumido por el legislador, al instituir la referida garantía de estabilidad.

La *a quo*, en base a tales consideraciones, propuso revocar el fallo de primera instancia y otorgar a la actora la indemnización agravada prevista por el art. 182 de la Ley de Contrato de Trabajo para este supuesto.

El Dr. Néstor Rodríguez Brunengo adhirió al voto de la Dra. Estela Milagros Ferreirós, por compartir sus fundamentos.

4. Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo,

Sala VIII.

Fecha: 29 de junio de 2006

Partes: “Jiménez, Julieta M. c. Marcelo H. Pena S.A. s/ despido.”

Publicado en: La Ley Online.

Hechos:

El juez de grado hizo lugar a la acción laboral deducida por quien fue despedida durante el período de prueba, tras comunicar a su empleador su estado de gravidez. El decisorio fue recurrido por ambas partes. La alzada revocó el fallo impugnado y rechazó la acción impetrada.

Análisis:

El primer voto de Cámara consideró que el embarazo preexistente o sobreviniente al período de prueba no posee virtualidad para alcanzar el status jurídico que resulta de ese período, pues no existe norma que prevea tal efecto, ni la excepción puede ser inferida de reglas o principios relacionados con la proscripción de conductas discriminatorias, 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 excluyentes de la regla general aplicada a todos ellos.

Determina, que existiendo contemporaneidad entre la comunicación de la trabajadora sobre su estado de gravidez y el inmediato despido dispuesto por el empleador, cabe inferir que la ruptura tuvo directa vinculación con la comunicación del embarazo, circunstancia constitutiva de un acto discriminatorio que genera responsabilidad indemnizatoria aún cuando la trabajadora estuviere en período de prueba.

Por su parte, el Dr. Catardo votando en disidencia, determinó que el período de prueba es la fase inicial del contrato por tiempo indeterminado y que se le reconoce al empleador la facultad de extinguir dicho vínculo sin que tal decisión derive en responsabilidad indemnizatoria.

Pero, al comunicar el embarazo adquirió la trabajadora "*ex postfacto*" una garantía especial, en función de su estado. Y al haber contemporaneidad entre la comunicación de la trabajadora sobre su estado de gravidez al empleador y el inmediato despido dispuesto, puede inferirse que la ruptura dispuesta tuvo directa vinculación con la comunicación del embarazo, lo que conlleva a ver en ello, un acto discriminatorio.

La mujer gestante goza del principio general de no discriminación que garantiza el art. 16 de la Constitución Nacional, y 17 y 81 de la Ley de Contrato de Trabajo; y que la Ley 23.592 sanciona todo acto discriminatorio, por lo que una interpretación armónica de las normas en juego permiten concluir que a la luz del contrato durante el periodo de prueba, no se deriva de él una suerte de "*bill*" de indemnidad a favor del empresario, ya que el bien jurídico protegido, es promover nuevas contrataciones, facilitar la selección de personal, etc.; y la protección de la maternidad, protege a la salud de la mujer y de su hijo, en definitiva, una política de promoción de la institución familiar.

Por ello, el vocal consideró que cuando el art. 92 bis, ap. 4° dispone que se puede extinguir la relación sin expresión de causa y sin derecho a indemnización alguna, refiere a aquellas reparaciones que tienen en cuenta el derecho a la estabilidad y no a aquellas otras que, a la vez que resarcen el daño que la cesantía injustificada produce al trabajador, persiguen desalentar prácticas discriminatorias. Siendo en este caso, la maternidad el

motivo determinante del despido dispuesto, se configuró un acto de discriminación, debiendo confirmarse lo decidido en origen al respecto.

Por su parte, el doctor Morando, expresó que durante el período de prueba cualquiera de las partes está legitimada para denunciar la relación de trabajo sin responsabilidad indemnizatoria.

Al consolidarse retroactivamente la vigencia de la relación de trabajo, comienza el trabajador a gozar de la llamada "estabilidad relativa impropia", situación que lo hace acreedor a la indemnización por despido si no ha existido una justa causa. Antes, rige plenamente la libertad de despido, sin responsabilidad indemnizatoria. El embarazo, preexistente o sobreviniente, de la trabajadora no posee virtualidad para alcanzar el status jurídico que resulta del período de prueba. No existe norma que prevea tal efecto.

La trabajadora integra la clase de trabajadores sujetos a período de prueba que constituye un universo cerrado, que no admite circunstancias particulares excluyentes de la regla general aplicada a todos ellos.

Propone, se deje sin efecto la sentencia apelada y se rechace la demanda.

El doctor Lescano, adhirió al voto del Dr. Morando, por compartir sus fundamentos. Resolviéndose, como consecuencia del resultado de las votaciones, dejar sin efecto la sentencia apelada y rechazar la demanda.

5. Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII.

Fecha: 28/03/2008

Partes: “Mendoza, Julia Edith c. Adecco Argentina S.A. y Otro s/ Despido.”

Publicado en: IMP2008-11 (Junio), 990 - DT2008 (junio), 682 - LA LEY 29/07/2008, 29/07/2008, 7

Hechos:

Contra el decisorio que condenó a las demandadas al pago de la indemnización de los artículos 178 y 182 Ley de Contrato de Trabajo, respecto de la trabajadora embarazada, quien fue despedida durante el período de prueba de conformidad con lo previsto por el artículo 92 bis L.C.T., ambas partes apelaron el decisorio. La Alzada concluyó en la improcedencia de la indemnización en los términos del art. 178 y 182 de la Ley de Contrato de Trabajo y confirmó la condena solidaria de las accionadas de hacer entrega de los certificados del art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Análisis:

No corresponde, según nuestro criterio, revocar el decisorio que admitió la indemnización de los arts. 178 y 182 de la LCT reclamada por una trabajadora embarazada despedida en período de prueba, de conformidad a lo previsto por el art. 92 bis del mismo texto normativo, pese a que, durante aquel período cualquiera de las partes está legitimada para denunciar la relación de trabajo sin responsabilidad indemnizatoria, aunque, según lo expresa el Dr. Juan Carlos E. Morando “...*la trabajadora integra la clase de trabajadores sujetos a período de prueba que constituye un universo cerrado, que no admite circunstancias particulares de edad, sexo, nacionalidad, religión, opiniones políticas,*

actuación gremial, estado de salud, entre otros, excluyentes de la regla general aplicada a todos ellos.”

6. Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI.

Fecha: 24/10/2008

Partes: “J., M. A. c/. Diffupar S.A. s/Despido.”

Publicado en: DT 2009 (junio) 649.

Cita Online: AR/JUR/11726/2008

Hechos:

Apeló la demandada la sentencia de grado por la que se hizo lugar a la pretensión de la trabajadora embarazada que fue despedida durante el periodo de prueba, declarando nulo el despido fundado en el art. 92 bis de la LCT y la procedencia del recargo indemnizatorio previsto en la ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario. La Cámara confirmó la nulidad dispuesta y revocó lo decidido en relación al recargo indemnizatorio aplicado en grado.

Análisis:

Resulta injustificado el despido dispuesto por la empleadora con fundamento en el artículo 92 bis de Ley de Contrato de Trabajo, omitiendo brindar las razones que conllevaron a dicha decisión, en tanto se acreditó que la patronal tenía conocimiento de la situación de embarazo de la actora, con anterioridad a la notificación del despido, por lo

que éste resulta alcanzado por la presunción del art. 178 de la ley citada, la cual no ha sido desvirtuada por prueba en contrario.

Es improcedente la aplicación de la multa dispuesta en la ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del régimen Cambiario, sobre la indemnización establecida en el art. 178 de la Ley de Contrato de Trabajo, cuando la trabajadora fue despedida durante el período de prueba regulado por el art. 92 bis del mismo cuerpo normativo, pues al no proceder el rubro indemnización por antigüedad fundado en el art. 245 de la misma ley, no existe rubro sobre el cual aplicar el recargo establecido por la ley 25.561.

Al haber quedado demostrada la existencia y autenticidad del certificado médico, como asimismo que la accionada tenía conocimiento del estado de gravidez de la actora, y al encontrarse en juego una garantía de rango constitucional, como lo es la tutela de la mujer embarazada según lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y lo que surge de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VII), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10), y fundamentalmente de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, además de lo dispuesto en el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional; frente a un derecho de tal rango y nivel de garantía, la demandada se ha limitado en este caso a esgrimir que la actora se encontraba en periodo de prueba y que habría sido despedida en el curso del mismo, sin dar razón objetiva alguna que avale tal decisión. Por lo que la ruptura del contrato de trabajo, resulta alcanzada por la presunción del art. 178 Ley de Contrato de Trabajo, sin que la misma haya sido desvirtuada por prueba en contrario.

7. Acuerdo de la Cámara de Apelaciones del Trabajo de Resistencia, sala

II.

Fecha: 18/02/2013

Partes: “Melgarejo, Erica Yanina c/ Esso Petrolera Argentina S.R.L. y/o quien resulte responsable s/despido.”

Publicado en: La Ley Online;

Cita Online: AR/JUR/1231/2013

Hechos:

La trabajadora en estado de gravidez, despedida durante la vigencia del periodo de prueba, interpuso reclamo indemnizatorio por despido discriminatorio. El a quo acogió parcialmente la demanda. Apeló la laborante, disconforme por la valoración de la prueba confesional realizada por el sentenciante, como así también por entenderse acreedora a la indemnización especial del art. 182 de la Ley 20.744. La Alzada confirma el fallo recurrido.

Análisis:

No compartimos la opinión del Dr. Osvaldo Verón, quien propuso que debía rechazarse la reparación contenida en el art. 182 de la Ley de Contrato de Trabajo reclamada por la trabajadora despedida en forma contemporánea a la comunicación de su embarazo, dado que se reconoce a ambos contratantes, el derecho de rescindir "*ad libitum*" el contrato de trabajo, durante el periodo de prueba y que en ese marco solo se puede apreciar con estrictez la prueba que intenta brindar uno de ellos acerca de la intención de decidir la ruptura contractual por causa del embarazo.

Coincidimos con la Dra. Marta A. De la Vega, al expresar que el Art. 178 de la Ley de Contrato de Trabajo contiene una presunción *iuris tantum* respecto a que el despido obedece a la causa de embarazo si se produjere dentro del plazo de siete y medio meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, pero sujeto a condición que el embarazo esté en conocimiento del empleador.

Acordamos con el voto en disidencia de la Dra. Rodríguez de Dib, al declarar, que el período de prueba representa el ciclo inicial de la vinculación laborativa por tiempo indeterminado, empero de ninguna manera puede prevalecer la finalidad del mismo sobre el objetivo de los arts. 177 y 178 de la Ley de Contrato de Trabajo que entronca con normas convencionales y constitucionales su finalidad de proteger a la mujer gestante y al niño o niña por nacer, bienes jurídicos superiores que merecen especial consideración y respeto.

8. Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala

VII.

Fecha: 28/02/2011

Partes: “Vega, Natalia María del Huerto c/ Tevanet S.A. s/ Despido.”

Publicado en: La Ley Online.

Hechos:

Una trabajadora que fue despedida inició demanda contra su empleador, a fin de obtener indemnización especial, por cuanto alegó que el despido fue discriminatorio por causa de embarazo. Al ser coetáneos la notificación del estado de gravidez y el telegrama de despido.

La sentencia fue apelada y la Cámara la confirmó.

Análisis:

Para la Dra. Ferreiros, la indemnización por despido discriminatorio prevista en el artículo 182 de la Ley de Contrato de Trabajo es improcedente, ya que si bien no se debe caer en un exceso de rigorismo formal al exigir una comunicación fehaciente del embarazo, las probanzas arrimadas a la causa por la parte actora, no permiten siquiera indiciariamente concluir que el empleador fue notificado de éste o que haya tenido conocimiento por resultar notorio. En efecto al no lograr acreditar la parte actora que el empleador conocía el estado de embarazo de la trabajadora al momento en que fue despedida, mal puede deducirse que ha existido un daño moral o un despido discriminatorio relacionado a este punto.

El doctor Rodríguez Brunengo por compartir sus fundamentos, adhirió al voto de la Dra. Estela Ferreirós.

9. Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII.

Fecha: 30/05/2012

Partes: Myler, Valeria Romina c. Organización Lógica S.R.L. s/despido

Publicado en: La Ley Online.

Hechos:

La empleadora, estando vigente el periodo de prueba, dispuso la rescisión de la relación laboral habida con una trabajadora luego que ésta le comunicara su estado de gravidez, lo que motivó el inicio de reclamo indemnizatorio por parte de la misma. El “*a quo*” rechaza la demanda. Apela la actora, fundando su disenso en que la decisión rupturista tuvo característica discriminatoria. La Alzada modifica el fallo recurrido.-

Análisis:

El período de prueba, que busca promover cierto tipo de contrataciones, facilidad en la selección de personal y brindar al empleador la opción de valorar la idoneidad del trabajador, pero no puede constituirse en un "bill de indemnidad" a favor del principal para canalizar prácticas discriminatorias o dis valiosas, sino que debe garantizar la protección de la maternidad, la salud de la mujer y la de su hijo, a través de una política de promoción de la institución familiar.

Es dable mencionar que la jurisprudencia de esta Cámara, recogiendo distintos sectores de la doctrina, se ha expedido respecto de la vigencia de la protección de maternidad en el período de prueba, de distintas maneras, máxime reconociendo que la vinculación laboral durante el período de prueba es característicamente precaria y exige del magistrado judicial una apreciación estricta de la prueba que intenta brindar el litigante sobre la intencionalidad de la otra parte al disponer el cese por discriminación.

La demandada decidió poner fin a la relación laboral, con posterioridad a la notificación realizada por la trabajadora de su estado de gestación. Conducta que, según el Dr. Catardo *‘evidencia mala fe por parte de la accionada. Y es que la mujer gestante goza del principio general de no discriminación de raigambre constitucional, que se reforzó con*

la incorporación de Tratados y Pactos Internacionales a través de la reforma constitucional del año 1994, con presencia en nuestro derecho de fondo (artículos 17 y 81 de la Ley de Contrato de Trabajo), y los Convenios 3 y 103 de la OIT. La interpretación armónica de todo este plexo normativo, me lleva a concluir, y en coincidencia con lo sentado por jurisprudencia de esta Cámara, que el período de prueba, que busca promover cierto tipo de contrataciones, facilidad en la selección de personal, brindar al empleador la opción de valorar la idoneidad del dador de trabajo, etc, no puede constituirse en un "bill de indemnidad" a favor del empleador para canalizar prácticas discriminatorias o disvaliosas. Por el contrario, debe garantizarse la protección de la maternidad, la salud de la mujer y la de su hijo, a través de una política de promoción de la institución familiar."

10. Conclusiones:

Luego del estudio y análisis de los acuerdos de distintas Cámaras, podemos deducir que algunos juzgadores sostienen que no corresponde la aplicación de la presunción del artículo 178, cuando el embarazo sobreviniente de la trabajadora en este período, le es notificado al empleador, ya que no posee virtualidad suficiente para alterar 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, porque a los fines legales, la trabajadora integra la clase de empleados dependientes sujetos a período de prueba, el cual constituye un universo cerrado, que no admite circunstancias particulares de edad, sexo, nacionalidad, religión, opiniones políticas, actuación gremial, estado de salud etc., excluyentes de la regla general aplicada a todos

ellos. Dándole, de esta manera, prevalencia a la facultad que otorga el artículo 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo al empleador, de denunciar el contrato de trabajo, sin expresión de causa y sin indemnización.

Otro sector de la jurisprudencia -con el que acordamos-, sostiene que no puede prevalecer la finalidad del artículo 92 bis por sobre el objetivo de los artículos 177 y 178 del mismo cuerpo normativo, por cuanto entronca con normas constitucionales y convencionales, cuya finalidad es proteger a la mujer gestante, al niño por nacer, a la familia y la estabilidad en el empleo; bienes jurídicos superiores, que merecen especialmente consideración, protección y respeto.

Capítulo V

Conclusiones Finales.

Sumario: 1. Introducción. 2. Conclusiones finales. 3. Propuesta.

1. Introducción:

En este último capítulo, luego del estudio, investigación y análisis del presente instituto del derecho del trabajo, fallos jurisprudenciales y diferentes pensamientos doctrinarios, desarrollaremos las conclusiones a las que hemos arribado, expondremos nuestra opinión personal al respecto y brindaremos una propuesta de reforma de la Ley de Contrato de Trabajo sobre el Despido de la Mujer Embarazada en el período de prueba y la estabilidad como derecho adquirido.

2. Conclusiones Finales:

Advertimos, que gran parte de la doctrina y jurisprudencia, decide aplicar rigurosamente el artículo 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, frente a la situación de una trabajadora que anuncia su estado de gravidez sobreviniente al dador de trabajo, durante el período de prueba. Es decir, que frente a esta situación, el juzgador – mayoritariamente- prioriza la mencionada norma, no se aparta de la letra estricta de la ley, dándole prevalencia a la posibilidad que este artículo le otorga al empleador de denunciar el contrato de trabajo, sin expresión de causa y sin obligación de indemnización por motivos de la extinción.

Sin embargo, cabe señalar que esta corriente jurídica se aparta del sentido común, el sentido de la solidaridad hacia el prójimo. Olvida también los principios que rigen el Derecho del Trabajo, como por ejemplo el principio protectorio que brega por la protección de la dignidad del trabajador en su condición de persona humana, el principio de continuidad de la relación laboral, a través del cual ante la duda sobre la continuación o no

del contrato de trabajo, -o respecto de su duración-, debe resolverse a favor de la existencia de un contrato por tiempo indeterminado; tendiendo al mantenimiento de la fuente de trabajo, para darle a la trabajadora, -en este caso-, cierta seguridad y tranquilidad sobre su estabilidad, tanto a nivel económico, como psicológico. También puede verse con frecuencia, la discriminación que se ejerce a la hora de despedir a la mujer por causa de su embarazo, procediendo con simulación o en forma fraudulenta, aduciendo que la misma se encontraba en el período de prueba, cuando la realidad de los hechos (principio de primacía de la realidad) demuestran otra cosa, y puede acreditarse que la decisión de la denuncia del contrato, fue inmediatamente luego del anociamiento del estado de gravidez.

Por su parte, el principio de equidad, -conceptualizado en el artículo 11 de la Ley de Contrato de Trabajo-, resulta de trascendental importancia, ya que evita el desamparo que podría generarse por la aplicación estricta y rigurosa de una norma, cuando produzca una situación disvaliosa. Al interpretar la norma utilizando el principio de equidad, se humaniza su aplicación, corrigiéndose los resultados injustos. Este principio posibilita que el juez, ante una situación disvaliosa en un caso concreto -que bien podría ser el planteado en esta tesis-, pueda apartarse del espíritu la letra de la ley, humanizando su aplicación con el fin de arribar a una sentencia justa.

En relación a la situación de falta de legislación corroborada, debemos recordar que el artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional expresa que corresponde al Congreso: *“Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de la lactancia”*.

Asimismo, el Tratado Internacional con jerarquía Constitucional, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, coloca como

obligación de los Estados parte, -en todos sus poderes, y el judicial es uno de ellos-, tomar las medidas necesarias para proteger a la mujer trabajadora embarazada. Así lo dispone en su artículo 11: *“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, en particular:*

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;.

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio y maternidad 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...”

A lo expuesto, debemos agregar que el objetivo principal de los artículos 177 y 178 de la Ley de Contrato de Trabajo, que se enlaza con las normas convencionales y constitucionales, es proteger a la mujer gestante y al niño o niña por nacer; bienes jurídicos superiores que merecen especial consideración, protección y respeto.

Por tanto, los derechos de las trabajadoras vinculados con toda la estructura tuitiva para la embarazada, que poseen jerarquía convencional y constitucional, no admiten límites de ninguna naturaleza, motivo por el cual no coincidimos en que es correcto aducir que el período de prueba impida la protección del artículo 177 o la aplicación de la presunción del artículo 178 de la ley de Contrato de Trabajo, pues de ser así se vulneraría la Constitución

Nacional, los Pactos, Convenciones y Tratados Internacionales con jerarquía Constitucional.

Desde esa línea de pensamiento, arribamos a la conclusión de que, teniendo en cuenta el estado de gestación de la mujer trabajadora, a partir de la notificación fehaciente a su empleador del embarazo, se consolida una garantía especial de estabilidad según el art. 177 de la LCT, y en virtud del cual se garantiza a toda mujer durante el período de siete meses y medio anteriores y posteriores al parto el derecho a la estabilidad en el empleo. Consideramos que tal garantía no resulta afectada por el artículo 92 bis en tanto, reiteramos, el beneficio es a toda mujer trabajadora. Y esa estabilidad es un derecho adquirido.

Y si bien bajo la normativa del artículo 92 bis las partes pueden extinguir la relación sin expresión de causa, esto no debería proyectarse a la vinculación laborativa de la trabajadora gestante, toda vez que los artículos 177 y 178 LCT la protege expresamente, haciendo operativos los derechos y garantías que tanto la Constitución Nacional, como los consagrados instrumentos internacionales de derechos humanos declaran.

Según nuestra línea de pensamiento, la norma finca en la necesaria protección de la familia, a la cual también refiere el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, teniendo en cuenta el supremo interés del niño por nacer y la eliminación de toda forma de discriminación de la mujer. Síguese de tan noble finalidad, la incorporación de la presunción legal, que el despido obedece a dicha causal (maternidad o embarazo), si se produjera durante el período de sospecha, que es de siete meses y medio anteriores o posteriores de la fecha de parto, salvo prueba en contrario por parte del empleador.

La esencia del Derecho Laboral se basa en la protección del trabajador, en equiparar la desigualdad en que se encuentran los trabajadores frente a los empleadores, que se

verifica no sólo en la celebración, ejecución o extinción del contrato de trabajo, sino que se extiende también, a las controversias que se dan en el marco de un proceso en el cual, desde la lógica procesal tradicional, afronta el trabajador, que es una desigualdad estructural para acreditar extremos favorables a su pretensión, en el cual muchas veces se exige acreditar o probar la intencionalidad del empleador, (que éste la despidió por causa de su embarazo).

La relación laboral, si algo muestra a estos efectos, es una especificidad que la distingue de manera patente de otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación de uno de los celebrantes, -el trabajador-, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, "*per se*", inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad.

Postulamos que debemos tener en cuenta -en el caso que estudiamos en esta tesis-, la extrema vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, ya que si miramos más allá de nuestros propios hombros, claramente puede contemplarse la difícil situación por la que está atravesando nuestro país, hace tiempo ya, en la que es sumamente dificultoso encontrar un trabajo digno para cualquier persona, -instruida o no-, y nos animamos a decir que es imposible para una mujer que está gestando. Es por ese motivo, que defendemos que si una trabajadora se encuentra en el período de prueba, y queda embarazada, luego de notificar su estado de gravidez a su empleador, debe gozar de la tan ponderada garantía de estabilidad laboral que le garantizan además de los Pactos y Convenios Internacionales, La Ley de Contrato de Trabajo y nuestra Ley Suprema, la Constitución Nacional.

Por las razones expuestas y el análisis doctrinario y jurisprudencial efectuado en el presente trabajo de investigación, consideramos necesario legislar este supuesto que, muy a menudo se suscita en el ámbito del derecho laboral.

Propuesta:

Conforme a la confirmación de la hipótesis de trabajo y a las conclusiones arribadas, postulamos que la norma debe disponer que: siempre que la trabajadora cumpla con la notificación fehaciente de su embarazo, por sí y en resguardo de la salud de su hijo por nacer, goza de una férrea estabilidad laboral. Razón por la cual, durante la estabilidad garantizada (que se encuentra efectivizada una vez que fue notificada al empleador), el distracto incausado y/o el despido discriminatorio de la mujer embarazada debe declararse nulo. De ser despedida en este período de estabilidad -incluso durante el período de prueba- la trabajadora embarazada puede:

a. Accionar judicialmente, por vía sumarísima, la nulidad del “despido discriminatorio”, reclamando su reintegro al puesto de trabajo, el que tendrá resguardado hasta finalizado el plazo de estabilidad referido.

b. Hacer uso de la opción del art. 178 LCT (por remisión al art. 182 LCT) y reclamar la indemnización agravada, más los salarios caídos del período de estabilidad garantizado (art. 177 LCT).

A modo de cierre, plenamente convencidos, bregamos por la efectivización del real mandato legislativo propuesto precedentemente, consistente en que la mujer embarazada en el período de prueba, durante su gestación y los primeros días de su maternidad goza de estabilidad de su puesto de trabajo y en caso de ser extinguido, cuenta con las herramientas procesales para volver a la estabilidad garantizada y vulnerada por el empleador.

Anexo I

Fallos: 1. “Petrillo, Paola Natalia c. Nas Argentina S.A.” (CNAT, Sala VIII). 2. “Pérez. Cortez Estela M. del V. c/ Golman Christian Ezequiel s/ despido” (CNAT, Sala VII). 3. “Jiménez, Julieta M. c. Marcelo H. Pena S.A s/ despido” (CNAT, Sala VIII). 4. “Mendoza, Julia Edith c. Adecco Argentina S.A. y Otro s/ Despido.” (CNAT, Sala VIII). 5. “J., M. A. c. Diffupar S.A. s/ Despido.” (CNAT, Sala VI). 6. “Melgarejo, Érica Yanina c. Esso Petrolera Argentina S.R.L. y/o quien resulte responsable s/despido.” (CNAT Resistencia, Sala II). 7. “Vega, Natalia María del Huerto c. Tevanet S.A.s/ Despido.” (CNAT, Sala VII). 8. “Myler, Valeria Romina c/ Organización Lógica S.R.L. s/ Despido” (CNAT, Sala VIII)

1. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII

Fallo: “Petrillo, Paola Natalia c. Nas Argentina S.A.” 23/09/2008

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII

Fecha: 23/09/2008

Partes: Petrillo, Paola Natalia c. Nas Argentina S.A.

Publicado en: La Ley Online

HECHOS:

La actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia del juez de primera instancia que concluyó que no había logrado acreditar que había ingresado a trabajar para la demandada en la fecha que denunció y que la notificación de estado de embarazo haya sido efectuada. La Cámara confirmó la sentencia apelada.

TEXTO COMPLETO:

2ª Instancia.- Buenos Aires, septiembre 23 de 2008.

El doctor Luis A. Catardo dijo:

I.- La sentencia de primera instancia que rechazó la demanda, viene apelada por la parte actora y por la perito contadora, que estima reducida la regulación de sus honorarios.

II.- Se agravia la parte actora, por la desestimación de sus reclamos, decisión a la que arribó el "a quo" luego de la ponderación de las pruebas colectadas en la causa, por la que concluyó que la recurrente no había logrado acreditar que haya ingresado a trabajar para la demandada en la fecha que denuncia, y que la notificación de estado de embarazo a la que se hace referencia haya sido efectuada.

III.- Señalo que llega firme a esta Alzada que la trabajadora se encontraba al momento de la rescisión del vínculo laboral, en período de prueba, que no es un contrato en sí mismo, sino

la fase inicial de la facultad reconocida al empleador de extinguir dicho vínculo sin que tal decisión derive de la asunción de responsabilidad indemnizatoria. Sin embargo, lo que aquí interesa, es la comunicación del estado de gravidez ya que al comunicar la trabajadora el embarazo, adquiere "ex postfacto" una garantía especial, a raíz de su estado.

Considero que es dable mencionar que la jurisprudencia de esta Cámara, recogiendo distintos sectores de la doctrina, se ha expedido respecto de la vigencia de la protección de maternidad en el período de prueba, de distintas maneras, máxime reconociendo que la vinculación laboral durante el período de prueba es característicamente precaria y exige del magistrado judicial una apreciación estricta de la prueba que intenta brindar el litigante sobre la intencionalidad de la otra parte al disponer el cese por discriminación. Entiendo que en autos es fundamental determinar la validez de la comunicación del estado de embarazo, y de acuerdo al análisis de las probanzas del caso, señalo que la señora Petrillo concurrió a la empresa a adjuntar el certificado médico con los datos sobre su probable fecha de parto, y tal constancia no fue receptada. De ello da cuenta la declaración de la testigo Tetto, la que estimo concordante y precisa, y que a fs. 160 declaró que "...la actora llamó a la dicente un sábado que estaba descompuesta y si no la podía acompañar al trabajo porque tenía que llevar el certificado médico ya que la actora estaba embarazada y cuando llegaron entró la actora y vio a una CINTIA, que cree que era la jefa y...la actora le entregó el certificado y CINTIA no se lo quiso aceptar, le dijo que volviera a su caso y que después iba a tener novedades, luego de esto la actora y la dicente se retiraron...", dichos éstos que no fueran impugnados por la accionada y en consecuencia tendré por fehaciente la comunicación que la accionante efectuó. Con posterioridad a ello, la demandada rescindió el contrato (CD 75212043 de fecha 8.10.05), conducta que a mi entender evidencia mala fe por parte de la accionada. Y es que la mujer gestante goza del principio general de no

discriminación de raigambre constitucional, que se reforzó con la incorporación de Tratados y Pactos Internacionales a través de la reforma constitucional del año 1994, con presencia en nuestro derecho de fondo (artículos 17 y 81 de la L.C.T.), y los Convenios 3 y 103 de la OIT. La interpretación armónica de toda este plexo normativo, me lleva a concluir, y en coincidencia con lo sentado por jurisprudencia de esta Cámara, que el período de prueba, que busca promover cierto tipo de contrataciones, facilidad en la selección de personal, brindar al empleador la opción de valorar la idoneidad del dador de trabajo, etc, no puede constituirse en un "bill de indemnidad" a favor del empleador para canalizar prácticas discriminatorias o disvaliosas. (En este sentido Sala III en autos "Guisado de Jacobs c. K.B. Servicios S.A. s / Despido" del 5.3.98, y sentencia definitiva 34217 del 29.06.07 del registro de esta Sala VIII en autos "Jimenez Julieta c / Marcelo Pena S.A. s / Despido" de mi voto) Por el contrario, debe garantizarse la protección de la maternidad, la salud de la mujer y la de su hijo, a través de una política de promoción de la institución familiar.

IV.- En consecuencia considero que cuando el artículo 92 bis ap. 4) dispone que se puede extinguir la relación sin expresión de causa y sin derecho a indemnización alguna se refiere a aquellas reparaciones que tienen en cuenta el derecho a la estabilidad y no a las que a la vez que resarcen el daño que la cesantía injustificada producen al trabajador, persiguen desalentar prácticas discriminatorias. Siendo ello así, corresponderá se haga lugar a la demanda, en forma parcial, sólo en cuanto a la indemnización especial del artículo 178 de la L.C.T. se refiere.

V.- La base salarial a tener en cuenta será de \$ 659.- como remuneración mensual (recibos acompañados sobre fs. 3), y el monto de condena será de \$ 7.908.-

VI.- Respecto de los reclamos de la recurrente por preaviso, aguinaldo proporcional e integración, señalo que tal como lo expuse en el considerando V), esas reparaciones no prosperan durante el período de prueba porque se relacionan con el derecho a la estabilidad, por lo que corresponde sean desestimadas.

VII.- Se deberá dejar sin efecto la imposición de costas y regulación de honorarios atento lo normado en el artículo 279 del C.P.C.C.N.

VIII.- Por lo expuesto propongo en este voto se deje sin efecto la sentencia apelada y se haga lugar parcialmente a la demanda; se fije el capital de condena en \$ 7.908.-; se impongan las costas del proceso en el 70% a la demandada y 30% a la actora; se regulen los honorarios de la representación de la parte actora, de la demandada y del perito contador en \$ 1.500.-; \$ 1.300.- y \$ 700.-, por la totalidad de los trabajos realizados en ambas instancias.

La doctora Gabriela A. Vázquez dijo:

Me permito disentir con la opinión de mi distinguido colega el Dr. Catardo.

I.- Y digo ello porque en oportunidad de expedirme en un fallo de aristas similares, en el cual adherí al voto preopinante que fuera el del Dr. Juan Carlos E. Morando. En tal ocasión, se destacó que durante el período de prueba cualquiera de las partes está legitimada para denunciar la relación de trabajo sin responsabilidad indemnizatoria; a su término se consolida retroactivamente la vigencia de la relación de trabajo, y el trabajador comienza a gozar de la llamada "estabilidad relativa impropia", situación que lo hace acreedor a la indemnización por despido si no ha existido una justa causa. Antes rige plenamente la libertad de despido, sin responsabilidad indemnizatoria. El embarazo - preexistente o sobreviniente- de la trabajadora no posee virtualidad para alterar 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 etc.- excluyentes de la regla general aplicada a todos ellos(sentencia definitiva 34874 del 28 de marzo de 2008 en autos "Mendoza Julia Edith C/ Adecco Argentina S.A. y otros / Despido) .

II.- La regulación de honorarios del perito contador se exhibe razonable de acuerdo a la extensión y mérito de las tareas desarrolladas y pautas arancelarias vigentes.

III.- Por lo expuesto propongo se confirme la sentencia apelada en todo lo que fue materia de recurso y agravios; se impongan las costas de Alzada a la parte actora se regulen los honorarios de los profesionales intervinientes en el 25% de lo que fueran regulados en la instancia anterior.

El doctor Juan Carlos E. Morando:

Que por compartir los fundamentos de la Dra. Vázquez adhiero a su voto.

Por ello, el TRIBUNAL RESUELVE:

- 1) Confirmar la sentencia apelada en todo lo que fue materia de recurso y agravios;
- 2) Imponer las costas de Alzada a la parte actora;
- 3) Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en el 25% de lo que fueran regulados en la instancia anterior.- Luis A. Catardo.- Gabriela A. Vázquez.- Juan Carlos E. Morando.

2. Fallo: "Pérez. Cortez Estela M. del V. c/ Golman Christian Ezequiel s/ despido"

SD 41099 CAUSA 3.700/07 - "P. C., E. M. del V. c/Golman Christian Ezequiel s/ despido"
- CNTRAB - SALA VII - 25/07/2008 En la ciudad de Buenos Aires, a los 25 días del mes de julio de 2.008, para dictar sentencia en los autos: "P. C., E. M. DEL V. C/ GOLMAN CHRISTIAN EZEQUIEL S/ DESPIDO"; se procede a votar en el siguiente orden:

LA DOCTORA ESTELA MILAGROS FERREIRÓS DIJO:

I.- A fs. 7/10 e presenta la Sra. E. M. DEL V. P. C. e inicia demanda contra CHRISTIAN EZEQUIEL GOLMAN en procura del cobro de unas sumas y rubros a las que se considera acreedora con fundamento en las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo.//-

Manifiesta que ingresó a trabajar para el demandado -quien explota una agencia de viajes y turismo- el 1º de diciembre de 2006.-

Señala que se desempeñaba como recepcionista y cumplía un horario de lunes a viernes de 13 a 21 horas y los domingos de 7:30 a 21 horas.-

Sostiene que por su labor percibía una remuneración mensual de \$1200, la cual era abonada en su mayor parte sin recibo de sueldo, siendo compulsada a firmar documentación en blanco.-

Afirma que el 15 de enero de 2007, en tiempo oportuno, comunicó a su empleador (mediante telegrama N° 837262205, que obra en sobre de prueba)) que se encontraba embarazada de 6 semanas, con fecha aproximada de parto el 15 de septiembre de dicho año, poniendo certificado médico a su disposición (v. certificado de fecha 15/1/07 que obra en sobre de prueba).-

Aclara que a posteriori el demandado le negó tareas en forma injustificada, por lo que intimó a otorgarlas.-

Aduce que en respuesta, el accionado la despide con fecha 19 de enero de 2007, invocando para ello que la actora se encontraba en período de prueba conf. Art. 92 Bis LCT. Ante tal situación comienza un intercambio telegráfico entre las partes, el cual es acompañado a la causa.-

Viene a reclamar las indemnizaciones correspondientes al despido incausado, multas e incrementos previstos en el ordenamiento laboral.-

También solicita la entrega de los certificados de trabajo del art. 80 LCT y el pago de la indemnización agravada del art. 182 de la citada norma legal, toda vez que sostiene que el despido se produjo como consecuencia del estado de gravidez.-

A fs. 52/66 contesta la demanda CHRISTIAN EZEQUIEL GOLMAN quien niega todos y cada uno de los hechos expuestos en la demanda, fundamentalmente aclara que la actora no le entregó certificado médico alguno ni le comunicó su estado de embarazo. Hace un relato de lo ocurrido según su versión y señala que el despido de la actora fue en los términos del art. 92 bis de la LCT y que se produjo en fecha 16 de enero de 2007.-

Impugna la liquidación y solicita el rechazo de la acción.-

A fs. 223/226, obra la sentencia de primera instancia. En ella la "a quo", luego de analizar los elementos de juicio obrantes en la causa, decide hacer lugar a la demanda sólo en lo concerniente a la entrega de los certificados de trabajo y al reclamo de determinados rubros, (como ser: haberes del mes de enero de 2007 y el correspondiente SAC, vacaciones proporcionales, preaviso), rechazando todo lo demás peticionado, por considerar que la accionante no () logró acreditar los extremos fácticos sobre los que funda su reclamo.-

Los recursos a tratar son: de la parte actora (fs. 227/228) quien también apela la totalidad de los honorarios regulados a los profesionales por considerar exiguos los propios y elevados los de los demás, hay réplica de la accionada que obra a fs 239/241; y del perito contador (fs.230) -este último estima bajos los honorarios que le han sido regulados-.-

II.- Trataré en primer lugar el recurso interpuesto por la parte actora.-

Respecto al fondo de la cuestión varios son los planteos de la accionante:

A) Se agravia primeramente la actora por cuanto la "a quo" concluyó que el despido se produjo durante el período de prueba, mas omitió considerar que pese a ello, esta parte comunicó su estado de gravidez y por ende debía haber valorado la presunción prevista por el art. 178 LCT.-

En relación a este tema, el art. 92 bis estipula que: "El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el art. 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 arts. 231 y 232..."-.

Ahora bien, como he tenido oportunidad de señalar en varias ocasiones al abordar un trabajo sobre las modalidades del negocio jurídico y el contrato de trabajo, considero que: "...El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, a excepción del contrato de trabajo caracterizado en el art. 96 de la LCT, se entiende celebrado a prueba durante los primeros tres meses, pudiendo los convenios colectivos de trabajo elevar dicho plazo hasta seis meses, y sigue con un supuesto especial para las pequeñas y medianas empresas.-

La norma nos ubica en una modificación sustancial de los que siempre hemos conocido como el contrato sin carencias, uno de cuyos principales efectos es el nacimiento en cabeza del trabajador de la estabilidad que le confiere permanencia en el empleo.-

Fernández Madrid explica, en reiteradas obras, la protección contra el despido arbitrario y en su reciente tratado cita al miembro informante Bravo, cuando expresa que esta provisión tuvo dos objetivos precisos: asegurar al empleado los salarios necesarios para su subsistencia y facilitarle la adquisición de su jubilación. Y precisó que la protección "consiste en el amparo jurídico que se asegura con el fin de otorgar permanencia en el empleo" y, en última instancia, para asegurar la estabilidad en el contrato laboral.-

Por el contrario, el art. 92 bis establece, para el contrato por tiempo indeterminado, un período de prueba que, según entienden algunos autores, cumple la finalidad de permitir al empleador apreciar las aptitudes y destrezas que ostenta el trabajador para cumplir el puesto de trabajo vacante, y al dependiente la posibilidad de experimentar si el empleo obtenido resulta de su conveniencia.-

Resulta obvio que este período de prueba posee una duración determinada que marca la ley, con lo cual estamos en presencia de un plazo determinado y cierto porque sabemos cuándo va a ocurrir su vencimiento. Pero, además, es un plazo durante el cual queda suspendido el derecho del trabajador a la estabilidad.-

Se trata, entonces, de un plazo que no limita la eficacia del negocio jurídico que se encuentra firme, sino que se refiere a su ejecución y regula el tiempo de la prestación; no es una modalidad del negocio todo, sino de uno de sus efectos, que es la estabilidad y que queda suspendida. Hay una limitación en la eficacia del negocio jurídico, es decir, del contrato de trabajo.-

Y es interesante añadir que, en el curso de ese plazo de suspensión, queda encerrada una condición, es decir que hay una modalidad dentro de otra modalidad. Se trata de una condición potestativa; es decir que el trabajador que no tiene el efecto de la estabilidad por el plazo además puede ser despedido sin expresión de causa y sin obligación de preavisar.-

En suma, la permanencia precaria del dependiente en el puesto de trabajo está sujeta al hecho condicionante futuro e incierto de que el empleador considere satisfactorio su desempeño; en rigor de verdad, ni siquiera lo obliga la ley a invocar su insatisfacción.-

¿Qué clase de condición potestativa es la referida? ¿Se trata de una condición simplemente potestativa? ¿O es meramente potestativa? En el primer caso, debe existir por lo menos un hecho que exteriorice un sacrificio para el obligado, y en el segundo se caería todo el andamiaje jurídico porque estaríamos frente a un capricho o al mero arbitrio del deudor (el empleador).-

El artículo 542 del Código Civil establece que "la obligación contraída bajo una condición que haga depender absolutamente la fuerza de ella de la voluntad del deudor, es de ningún efecto; pero si la condición hiciese depender la obligación de un hecho que puede o no puede ejecutar la persona obligada, la obligación es válida".-

¿Esto invalida la figura? Creo que no. Es más, considero que el período de prueba es un instituto que, si bien genera una carencia en el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, debe ser observado como posible factor fortalecedor de la continuidad del vínculo; no obstante, su aplicación e interpretación debe ser restrictiva y estricta.-

Me refiero a que debe tenerse presente que está suspendiendo un efecto del contrato de trabajo de raigambre constitucional y que, por tanto, si la conducta extintiva del empleador estuviera acompañada de presunciones de la existencia de otra causal, como puede ser la

discriminación, el acoso moral, el acoso sexual, etc., debe entenderse que el empleador debe producir prueba que destruya dichas presunciones.-

La excepcionalidad de la situación y la jerarquía del bien jurídico tutelado constitucionalmente, y suspendido temporalmente por una norma infraconstitucional, acompañados por la debilidad del tipo de condición, obligan a entender que si se sospecha que no se está frente a una decisión que tiene fundamento en la falta de aptitudes del trabajador, es el empleador quien debe asumir el "onus probandi" y desplegar el esfuerzo de la carga probatoria que demuestre que no existió el acto discriminatorio, o el acoso, etc.-

En suma, el período de prueba es un instituto útil, pero debe interpretarse y aplicarse con el cuidado que requiere tener en cuenta que la carencia de tan preciado bien, como es la estabilidad en el empleo, sólo puede ser tolerada a los fines de lograr una mejor y mayor perdurabilidad del contrato de trabajo y que no puede aceptarse la sospecha de su utilización con otros fines (ver trabajo completo; Estela Milagros Ferreirós, "Las modalidades del negocio jurídico y el contrato de trabajo" Doctrina Judicial, Nº 203, de Julio de 2002, T. XVI, Errepar, págs. 567/569). En este sentido también he votado en la causa "González Daiana Soledad c/ Gucla S.R.L. s/ Despido", S.D. 40.209 del 26/06/07).-

Ahora bien, cabe tener en cuenta que de acuerdo con lo expresado en el art. 178 de la Ley de Contrato de Trabajo, 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 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 como, en su caso, el del nacimiento..."-.

Entonces, durante el período de prueba, la mujer trabajadora, conserva la garantía de estabilidad por maternidad consagrada en la L.C.T.?

Entiendo que sí en el presente caso. La contemporaneidad entre la comunicación del estado de gravidez y la ruptura dispuesta por el empleador, brinda un indicio y, como señalé en el trabajo antes citado, es el mismo empleador quien debe producir la prueba de que el despido obedeció a la falta de aptitudes del trabajo u otra causa pero y no lo fue como consecuencia de un acto discriminatorio (en el caso el embarazo).-

Comparto lo resuelto en un precedente de esta Sala en cuanto allí se sostuvo que si se produce el despido sin causa de la trabajadora embarazada dentro del período de prueba, pero con posterioridad a la comunicación del empleador, no es necesario que la empleada acredite que se trató de una discriminación originada en su maternidad, ya que tiene una estabilidad temporalmente limitada cuya vulneración supone, per se, la configuración de un acto discriminatorio que no necesita ser especialmente demostrado porque fue presumido por el legislador, al instituir la referida garantía de estabilidad (ver, entre otros, "Buitrón, Patricia Noemí c/ Aqualine SA", sent. 35.350 del 11-07-01).-

En virtud de lo expresado precedentemente, se desprende que una vez que la actora hubiera acreditado que comunicó su embarazo al empleador, no existiría una mayor exigencia para su parte y cabría presumir el carácter discriminatorio de la decisión extintiva de la patronal.-

Sentado ello, corresponde verificar primeramente si el demandado conocía o no el estado de gravidez de la actora.-

En efecto, y luego del análisis de la prueba instrumental obrante en la causa, estimo que el accionado tenía pleno conocimiento de esta situación, no pudiendo eludir dicha

responsabilidad sobre la base de sostener que para la fecha de recepción del telegrama él se encontraba de fuera del país.-

Me explicaré:

Conforme surge del telegrama obrante en el sobre de prueba reservado y cuya copia se encuentra glosada a fs. 100, la actora comunicó su estado de gravidez y puso a disposición el pertinente certificado médico (el cual también obra en sobre de prueba reservado) el día 15 de enero de 2007, siendo recepcionado el mismo -conforme surge de la contestación de oficio del Correo Argentino de fs. 101- el día 16 de enero de 2007 a las 12:10 horas en el domicilio de la calle Esmeralda 715 piso 10° dto. A de la C.A.B.A., domicilio éste que ha sido denunciado por el propio demandado al contestar la acción como su domicilio real.-

También surge de la causa que ese mismo día 16 de enero de 2007, la apoderada del demandado envía a la actora un telegrama por el cual se daba por concluido el contrato de trabajo a partir del día de la fecha y dentro del período de prueba conf. Art. 92 bis de la LCT.-

Es importante aclarar que el demandado pretendió justificar su desconocimiento del estado de gravidez de la actora y del telegrama por ella enviado aduciendo que para la fecha denunciada se encontraba en Punta del Este, regresando el 16/1/07 a las 21:15 horas y para acreditar sus dichos acompaña pasajes de avión (v. fs. 43/44).-

Como puede verse, es claro que en el caso de autos hubo una contemporaneidad entre la comunicación de la trabajadora de su estado de gravidez al dador de trabajo y el inmediato despido dispuesto; por lo que cabe inferir sin más que la ruptura dispuesta tuvo directa vinculación con la comunicación del embarazo, lo que conlleva a ver en ello un acto discriminatorio.-

A mayor abundamiento, estimo que no existe en la causa prueba alguna aportada por el demandado que permita desvirtuar esta postura a la que he arribado, toda vez que el hecho de encontrarse de viaje fuera del país no es excusa para justificar el no haber recibido el telegrama de la actora; cuando en realidad según surge del informe del Correo Argentino, dicha misiva fue recepcionada por una persona en el domicilio correctamente denunciado. Si bien es cierto que "la efectividad del medio elegido corre por cuenta de quien lo utilizó...", no lo es menos que si en este caso no llegó a la esfera de conocimiento del demandado (si es que no llegó), no puede imputarse dicha situación a la actora, máxime si se tiene en cuenta que de las constancias acompañadas por el Correo Argentino a fs. 101 surge que "las copias de los envíos que se acompañaron, cotejadas con su archivo resultan ser auténticas en todas sus partes".-

En razón de todo lo expuesto, tengo para mí que la actora comunicó en forma fehaciente su estado de gravidez.

Luego, si el demandado no produjo ninguna prueba de que en realidad el despido (decidido ese mismo día) obedeció a que la trabajadora no cumplió con la expectativa tenida en cuenta al contratarla, cabe concluir que la ruptura del vínculo fue motivada en el embarazo, ya que el empleador hubiera podido cumplir la señalada condición y demostrar que el monto de la ruptura se debía a la falta de aptitud de la actora y no a su embarazo. Se trataba de una prueba sencilla, si el hecho era tal.-

Propongo entonces revocar el fallo de primera instancia sobre este aspecto y otorgar a la actora la indemnización agravada prevista por el art. 182 de la LCT para este supuesto; indemnización ésta que, partiendo de una remuneración mensual de \$ 354(conforme surge de los recibos de sueldo acompañados por la parte actora en su sobre de prueba y por la parte demandada a fs. 25) alcanza a la suma de \$4.602 (\$354 X 13).-

b) También cuestiona que la jueza de grado haya eximido a la demandada del pago de las sumas establecidas en el art. 2º de la Ley 25.323 con fundamento en que la misma puso a disposición de esta parte la liquidación final, hecho que no ha sido acreditado en autos.-

Sobre este punto considero que asiste razón a la apelante, toda vez que en el caso de autos se aprecian cumplidas las exigencias previstas en la norma citada: 1) el demandado fue oportunamente intimado a abonar las sumas correspondientes a indemnizaciones propias del distracto (ver telegramas acompañados en sobre de prueba) y 2) la trabajadora se vio obligada a litigar judicialmente para perseguir el cobro de las indemnizaciones referidas debido a la conducta del accionado (en similar sentido, esta Sala en autos "Aguilar, José María c/ Sistemas Temporarios S.A. s/ Despido", S.D. 36.116 DEL 25/4/02; "Florio, Mirta Ester c/ Brewda Construcciones S.A. s/ Despido", S.D. 37.090 del 29/10/03; y en "Braun, Ana María del Carmen c/ Laboratorios Lacefa S.A. s/ Despido", S.D. 37.535 del 17/05/04).-

Por otra parte, creo que esta norma tiende a reparar el daño que se produce al trabajador cuando no se cumple correctamente con lo debido, y a poner un marco diferencial entre el empleador que cumple con las indemnizaciones previstas en la Ley y aquél que no las cumple, aún sabiendo que debe pagar (ver de mi autoría: "Nuevo régimen de las indemnizaciones laborales establecidas por la Ley 25.323". Errepar - DEL N° 185. Enero/01 - T.XV).-

Por todo lo antedicho, propongo revocar lo dispuesto en el fallo de grado sobre este punto y otorgar a la actora la multa prevista por el art. 2º de la Ley 25.323, cuya suma asciende a la cantidad de \$ 191,75.-

c) Se agravia a su vez en cuanto el sentenciante desestimó el reclamo fundado en el art. 80 de la LCT, según texto de la Ley 25.345 (art.45) presumiendo que el demandado ha puesto a disposición de esta parte el certificado correspondiente, cuando en realidad el demandado omitió siempre acompañar el original no permitiendo que se pudiera tramitar el fondo de desempleo que otorga la ANSES.-

Sobre este tema, considero asiste razón a la apelante.-

En efecto, debo recordar que el art. 45 de la ley 25.345 agregó como último párrafo al 80 de la L.C.T. el siguiente texto: "...si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos... dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último...". A su vez el Decreto Reglamentario 146/2001 en su art. 3º dispuso que "...el trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que hace alusión el artículo que se reglamenta, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previstos.... dentro de los 30 (treinta) días corridos de extinguido, por cualquier causa el contrato de trabajo".-

Ahora bien, si bien esta Sala que integro ha resuelto en algunos casos del pasado que resulta insuficiente -por prematura- la intimación de entrega del certificado antes de cumplidos los 30 días que establece la reglamentación, un nuevo y detenido examen de la cuestión, me conduce a arribar a una solución diferente, sobre la base de considerar que la requisitoria que se impone al trabajador constituye un claro exceso reglamentario, en relación a la norma superior que reglamenta (art. 45 antes citado).-

Me explico: cabe tener en cuenta que las decisiones del Poder Ejecutivo se manifiestan jurídicamente por medio de "decretos" y en el derecho argentino se conocen cuatro clases principales de decretos del Poder Ejecutivo que son: 1) de ejecución o reglamentarios; 2) autónomos; 3) delegados y 4) de necesidad y urgencia.-

De acuerdo a esta clasificación que realiza el Dr. Néstor Pedro Sagúes (ver "Elementos de Derecho Constitucional" Tomo I, pág. 596 y sgtes.) en el caso en análisis estamos considerando un decreto que es reglamentario de una ley. Señala el jurista que los decretos de ejecución o reglamentarios son aquéllos que le dan nombre al Poder Ejecutivo, en tanto órgano estatal encargado de instrumentar y efectivizar las leyes. La Constitución Nacional en su art. 99, inc. 2 entre las competencias del presidente puntualiza que "expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias" (el destacado me pertenece). Queda claro entonces que el decreto reglamentario está jerárquicamente subordinado a la ley.-

Desde esta perspectiva un texto legal puede ser modificado por el decreto en cuanto a sus modalidades de expresión, siempre que no afecte su sustancia. Según señala la Corte, la sustancia de la ley atañe a su espíritu y a sus fines ("S.R.L. Narden Argentina" Fallos, 280:18 y "Gravano", Fallos, 283:98).-

Cabe tener en cuenta también -como señala el autor citado- que la colisión entre el decreto y la ley se da en estas hipótesis: a) invasión de áreas legislativas: ocurre, para el criterio de la Corte cuando el decreto, so pretexto de perfeccionar las normas existentes, legisla en asuntos que son competencia del Congreso y b) desnaturalización de la ley: cuando el decreto excede el ámbito de la interpretación posible u opinable de la ley, optando por una solución fuera de esta.-

Y bien, a mi modo de ver con el decreto 146/2001 estamos en la segunda hipótesis descripta, en tanto, como señalé al iniciar el presente considerando la requisitoria que el mismo impone al trabajador excede claramente lo que establece la norma superior que reglamenta (art. 45 antes citado).-

Aunque así no lo creo, suponiendo idéntica jerarquía de leyes, de igual manera en el caso de diferencia notoria como el presente, hubiera tenido que optarse por la norma más favorable (art. 14 bis CN).-

En razón de lo que he dejado expresado entiendo que cabe declarar la inconstitucionalidad del decreto 146/2001.-

No dejo de advertir que en el presente caso la actora no ha planteado la inconstitucionalidad de dicha norma en la demanda. Sin embargo, no veo obstáculo, en las particulares circunstancias señaladas, en tratar el tema de todos modos, como ya he expresado en un precedente en el que he votado integrando la Sala VI: "Herrero Carlos Alberto c/ ESSO S.A.", sent. 58.335 del 6/06/05, del registro de la Sala VI; ver también de esta Sala VII "Bretaña, Juan Antonio C/ Escuela Superior de Hotelería S.A. S/ Despido", sent. 38.760 del 13-09-05.-

Sostengo esto porque la función del juez que se enuncia con el adagio latino "iura novit curia", es suplir el derecho que las partes no le invocan o que le invocan mal. Es consecuencia de ello, que los hechos del proceso, deben ser invocados y probados por las partes, pero en lo atinente al derecho aplicable el juez debe fallar, conforme a lo que él considera y razona como conducente a la decisión del proceso. Lo dicho ha llevado a Bidart Campos a sostener que "el juez depende de las partes en lo que tiene que fallar, pero no en cómo debe fallar".-

Es que el control de constitucionalidad no depende de las partes porque la supremacía de la Constitución es de orden público.-

Por otra parte, no puede argüirse en contra de lo expuesto la posible violación del derecho de defensa o de una posible indefensión, ya que la doctrina mayoritaria, sostiene ya hace tiempo, que frente al "derecho aplicable" no se puede argumentar el derecho de defensa, ya que hay que prever la cuestión constitucional, dentro de ese derecho de defensa y no tenerlo en cuenta por las partes, sólo sería una imprevisión que puede atenderse y que sólo sería imputable a ellas.-

En tal sentido, no sólo Bidart Campos ha manifestado su adhesión a esta doctrina, sino otros autores de talla, como Hitters, Juan Carlos (ED 116-20) y Ramírez Bosco (DT XLIII B).-

Este último autor destaca asimismo la vinculación de la declaración de oficio de la inconstitucionalidad con el principio de irrenunciabilidad del Derecho del Trabajo y, a su vez, como derivación necesaria o derivada del principio protectorio.-

Asimismo es del caso recordar que el más Alto Tribunal de la República ha señalado hace algunos meses que "es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta y abstenerse de aplicarlas si se encuentran en oposición a ellas (Fallos 311:2478, entre muchos).-

Sobre la base de lo expresado tengo para mí que, la intimación cursada por la actora con fecha 19/1/07 v. telegrama inicialado con la letra G del sobre de prueba), al momento de disponer la disolución del vínculo por despido indirecto, resulta suficiente para tener por

cumplido el requisito formal contenido en el art. 45 de la ley 25.345, de modo que resulta acreedor de la indemnización prevista (tres veces la remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año), lo que, teniendo en cuenta la remuneración tomada en el fallo asciende a la suma de \$ 1.062 (\$ 354 x 3).-

d) Finalmente cuestiona el hecho de que la jueza de grado haya omitido tratar la procedencia del art. 16 de la Ley 25.561, siendo que aquél es procedente por tratarse de un despido sin causa.-

Sobre este tema, cabe señalar que, más allá de lo resuelto en diversas situaciones semejantes por esta Sala, en el presente caso, corresponde acotarse a lo que se ha reclamado en la demanda. Por el rubro art. 16 de ley 25.561, se reclamó únicamente la duplicación de la indemnización por antigüedad (ver liquidación de fs. 9 vta/10) y, toda vez que dicho rubro no ha tenido acogida en la sentencia de primera instancia de fs.223/226 y no habiendo apelación al respecto; corresponde desestimar el presente agravio.-

En virtud de las modificaciones efectuadas a la sentencia de primera instancia, el monto total de condena al cual es acreedora la actora se ve elevado a la suma total de \$ 6.607,15 (\$5.855,75 + \$751,40).-

III.- La solución expuesta impone dejar sin efecto todo lo dispuesto en primera instancia en materia de costas y honorarios del juicio, lo que torna de tratamiento abstracto los recursos interpuestos al respecto. En esa tesitura, propongo que las costas de primera instancia sean soportadas por la demandada (arts. 68 y 279 del C.P.C.C.N.).-

IV.- Asimismo, propicio se regulen honorarios por la actuación en la instancia anterior de las representaciones letradas de la actora, de la demandada y del perito contador en el 15%,

12% y 8% respectivamente sobre el nuevo monto de condena con inclusión de intereses (art. 38 L.O. y demás normas arancelarias).-

V.- Las costas de alzada también serán a cargo de la demandada vencida (art. 68 CPCCN) y se fijarán honorarios a favor de la representación letrada de la parte actora y de la demandada en el 25% para cada una de ellas de los determinados para la primera instancia (art. 14 de la ley 21.839 -modificada por ley 24.432-).-

El Doctor Nestor Rodriguez Brunengo dijo:

Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto de la Dra. Estela Milagros Ferreirós, y añado:

En lo que respecta a la aplicabilidad del decreto reglamentario 146/2001, acuden a mi memoria por una parte, el antiguo aforismo latino: "rara est in dominos iusta licencia", y por otra, la tesis general del clásico libro de Juan Carlos Rébora: "El Estado de Sitio y la Ley Histórica del Desborde Institucional", señalando lo difícil que le resulta a quien ejerce el poder una autolimitación que no traspase sus ceñidas facultades.-

La cuestión se ha planteado no solo en nuestro derecho, sino también en democracias más antiguas y consolidadas, como Francia. Georges Ripert nos informa así, que a partir de la Revolución, "Rousseau ne dit pas: les lois, il dit: la loi, et pour lui la loi est souveraine, car elle est l'expression de la volonté générale"... "Il n'y a plus qu'une seule autorité: l'assemblée chargée de faire les lois. Elle détient la puissance législative dans son absolutisme". El gobierno de Vichy, a comienzos de la década del 40, bajo la sombra de la ocupación alemana dictó decretos-leyes y modificó leyes anteriores directamente por decretos, actos que luego fueron anulados, como se ve en : M. Göny: "De l'inconstitutionnalité des lois et des autres actes de l'autorité publique et des sanctions qu'elle

comporte dans le droit nouveau de la Quatrième République (Jurisclasseur périodique, 1947, I, 613) y en M. Pelloux, "dont il suggère d'atteindre par le recours pour excès de pouvoir les actes administratifs qui seraient contraires à ces dispositions" en "Le Déclin du Droit", París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.-

Entre nosotros, como explica María Angélica Gelli: La Corte Suprema trazó, por primera vez, los límites de la competencia reglamentaria del Poder Ejecutivo en el caso "Delfino y Cía.". Con mención expresa del anterior art. 86, inc. 2º, el Tribunal sostuvo que "existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla". Ahora bien, encontrar la línea divisoria entre una y otra constituye una cuestión problemática y, al decir de la Corte Suprema, una cuestión de hecho. ("Delfino y Cía" Fallos: 148:430, año 1927).-

En el caso de autos, estimo que esa línea divisoria ha sido traspasada y se ha configurado una desviación de poder que fundamenta la declaración de inconstitucionalidad del decreto 146/2001, y así lo voto.-

En lo que concierne a la declaración de inconstitucionalidad de oficio, quiero poner de relieve que la Ley Címera constituye en arquitecra de nuestro sistema jurídico, desde adentro y no desde afuera del mismo, por lo que es obligación de los jueces -la primera- comparar la ley a aplicar en el caso concreto con lo imperado por aquélla, para asegurar la supremacía de los derechos fundamentales de los justiciables de manera eficaz, y hacer ceder la normativa que no se ajusta a la Constitución, para asegurar la prevalencia de ésta. Lo contrario sería hacer prevalecer la mera voluntad de las partes, de cuya expresión dependería la aplicabilidad de aquélla, como si se tratara de una ley extranjera.-

Así la inveterada máxima que se expresa en el brocárdio "Iura novit curia" sería objeto de un corte vertical: aplicable a las leyes comunes y otras normas inferiores a éstas, pero omitida respecto de la Constitución, salvo que alguna de las partes pidiera su aplicación.

Estas consideraciones me inclinan a pronunciarme por la declaración de inconstitucionalidad del ya mencionado decreto 146/2001 de oficio, y así doy mi voto.-

EL DOCTOR JUAN CARLOS EUGENIO MORANDO: No vota (art. 125 de la Ley 18.345 -modificado por Ley 24.635-).-

Por lo que resulta del acuerdo que precede, el Tribunal RESUELVE:

- 1) Modificar el fallo de primera instancia elevando el monto de condena a la suma total de \$6.607,15 (PESOS SEIS MIL SEISCIENTOS SIETE CON QUINCE CENTAVOS).
- 2) Dejar sin efecto todo lo dispuesto en primera instancia en materia de costas y honorarios.
- 3) Regular los honorarios de primera instancia para la representación letrada de la parte actora, de la demandada y del perito contador en el 15%,12% y 8% respectivamente e imponer las costas de primera instancia a la demandada vencida.
- 4) Imponer las costas de alzada a la parte demandada.
- 5) Se hace saber al obligado al pago del honorario de abogados y procuradores que, en caso de corresponder, deberá adicionar al monto de la regulación el de la contribución prevista en el inc. 2° del art. 62 de la ley 1.181 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Se hace saber también que el obligado a afrontar las costas del juicio deberá adicionar en ocasión de abonar la tasa de justicia, la contribución prevista en el inciso 3 del citado artículo 62, todo bajo apercibimiento de comunicar la situación a CASSABA (artículo 80

ley 1.181 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y punto II Acordada C.S.J.N. No. 6/05).-

Regístrese, notifíquese y devuélvase.//-

3. Fallo: “Jiménez, Julieta M. c. Marcelo H. Pena S.A s/ despido”

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII (C.N. Trab.)

Fecha: 29/06/2007

Publicado en: Exclusivo Doctrina Judicial Online

HECHOS:

El juez de grado hizo lugar a la acción laboral deducida por quien fue despedida durante el periodo de prueba tras comunicar a su empleador su estado de gravidez. El decisorio fue recurrido por ambas partes. La alzada revocó el fallo impugnado y rechazó la acción impetrada.

TEXTO COMPLETO:

2ª Instancia. Buenos Aires, junio 29 de 2007.

El doctor Catardo dijo:

“I. La sentencia de primera instancia que hizo lugar a la demanda, viene apelada por ambas partes y por el perito contador.

II. El recurso de la demandada no prosperará, toda vez que sus argumentos se exhiben endebles e insuficientes para revertir la decisión.

A mayor abundamiento, señalo que el período de prueba no es un contrato en sí mismo, sino que es la fase inicial de la facultad que se le reconoce al empleador de extinguir dicho vínculo sin que tal decisión derive de la asunción de responsabilidad indemnizatoria.

Empero, al comunicar el embarazo adquirió la trabajadora "ex postfacto" una garantía especial, ello en función de su estado. Y aun admitiendo, como lo hace buena parte de la doctrina y la jurisprudencia, que no regiría la presunción del art. 178 de la L.C.T. en el presente caso, hubo contemporaneidad entre la comunicación de la trabajadora sobre su estado al dador de trabajo y el inmediato despido dispuesto, por lo que cabe inferir que la ruptura dispuesta tuvo directa vinculación con la comunicación del embarazo, lo que conlleva a ver en ello, un acto discriminatorio.

Si bien no puedo dejar de reconocer que en principio la precariedad de la vinculación que siempre se da en el período de prueba genera la necesidad de apreciar con cierta estrictez la prueba que intente brindar el litigante que alegue acerca de la intencionalidad del otro de disponer el cese por discriminación, también no es menos cierto que aún desechada la presunción que dimana de la norma protectoria (art. 178 L.C.T.) aquí, en este caso concreto, las presunciones son serias, graves y concordantes, porque, verbigracia, el argumento que agita la demandada de que la noticia del embarazo fue recibida con posterioridad al distracto, es más brillante que sólida y resulta al menos inverosímil ya que, no parece razonable que luego de la ruptura y del farragoso intercambio epistolar, se presente la actora con el certificado y sin ninguna aclaración, su empleador lo firme, como constancia de recepción (ver fs. 12 y reconocimiento de fs. 59).

No hay que olvidar que, la mujer gestante goza del principio general de no discriminación que mienta el art. 16 de la Constitución Nacional y 17 y 81 de la Ley de Contrato de Trabajo y que la Ley 23.592 también sanciona todo acto discriminatorio por lo que una interpretación armónica de las normas en juego permiten concluir que a la luz del contrato a prueba no se deriva de él una suerte de "bill" de indemnidad a favor del empresario, ya que

el bien jurídico protegido, a no dudarlo, tanto una y otra normativa es promover nuevas contrataciones, facilitar la selección de personal etc. por un lado, y por el otro la protección de la maternidad, de la salud de la mujer y de su hijo, y en definitiva, una política de promoción de la institución familiar.

Por ello, considero que cuando el art. 92 bis, ap. 4° dispone que se puede extinguir la relación sin expresión de causa y sin derecho a indemnización alguna se refiere a aquellas reparaciones que tienen en cuenta el derecho a la estabilidad y no a aquellas otras que a la vez que resarcen el daño que la cesantía injustificada producen al trabajador, persiguen desalentar prácticas discriminatorias. Siendo que en esta causa, la maternidad fue el motivo determinante del despido dispuesto se configuró un acto de discriminación debiendo confirmarse lo decidido en origen al respecto.

III. La base salarial, que viene apelada por ambas partes, será confirmada.

El recurso de la demandada, que persigue la utilización del promedio de los salarios, se contrapone al Fallo Plenario, dictado en la causa "Brandi Roberto c. Lotería Nacional S.E., dictado por esta Cámara el 05/10/00.

Y, el recurso de la actora, que pretende la consideración de un valor salarial que incluya mayores comisiones, está indebidamente fundado en comisiones que fueron efectivizadas con posterioridad al despido, por lo que el pedido se opone a la prescripción legal contenida en el art. 245 L.C.T., que hace referencia a la mejor remuneración percibida durante el último año de trabajo.

IV. El reclamo por días de enfermedad se torna improcedente, toda vez que se superpone con la admisión del periodo protegido por razones de maternidad.

V. En cambio, corresponde acceder al agravio que reclama una base salarial para el cálculo de la indemnización especial, de conformidad con los datos que surgen de la pericia contable.

VI. Finalmente, también resultan improcedentes, las indemnizaciones reclamadas con fundamento en los arts. 233 L.C.T. y 2° de la Ley 25323. En el primer caso, porque al momento del despido, la relación contractual que existía entre las partes, se encontraba dentro del periodo de prueba, lo que implica la posibilidad de extinguirlo sin abonar indemnización alguna (art. 92 bis). Y, en el segundo porque la multa está referida a la falta de pago de otros conceptos, específicamente determinados, entre los que no se incluye la indemnización especial del art. 182 L.C.T.

VII. En virtud de lo dispuesto por el artículo 279 CPCCN corresponde dejar sin efecto lo resuelto en grado sobre costas y honorarios.

VIII. Por lo expuesto, propongo se la confirme en cuanto pronuncia condena y se fije el capital; se deje sin efecto lo resuelto sobre costas y honorarios; se impongan las costas del proceso a la demandada vencida en lo principal; y se regulen los honorarios de las representaciones letradas de las partes actora y demandada, por su total actuación, y del perito contador.

El doctor Morando dijo:

Durante el período de prueba cualquiera de las partes está legitimada para denunciar la relación de trabajo sin responsabilidad indemnizatoria utilizando la terminología en uso, cuya equivocidad he puesto de manifiesto en varias ocasiones, desde su agotamiento, al consolidarse retroactivamente la vigencia de la relación de trabajo, comienza el trabajador a gozar de la llamada "estabilidad relativa impropia", situación que lo hace acreedor a la indemnización por despido si no ha existido una justa causa. Antes, rige plenamente la

libertad de despido, sin responsabilidad indemnizatoria. El embarazo –preexistente o sobreviviente— de la trabajadora no posee virtualidad para alcanzar 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, etc.— excluyentes de la regla general aplicada a todos ellos.

Por lo expuesto, propongo se deje sin efecto la sentencia apelada y se rechace la demanda; se dejen sin efecto los pronunciamientos sobre costas y honorarios (artículo 279 C.P.C.C.N.); se impongan las costas del proceso a la actora (art. 68 C.P.C.C.N.) y se regulen los honorarios de las representaciones de las partes actora y demandada, por su total actuación y los del perito contador (arts. 6°, 7° y 14 de la ley 21.839 y 3° del decreto 16638/57).

EL doctor Lescano dijo:

Que, por compartir sus fundamentos, adhiero al voto del doctor Morando.

Por ello, el tribunal resuelve: 1) Dejar sin efecto la sentencia apelada y rechazar la demanda;

2) Imponer las costas del proceso a la parte actora; 3) Regular los honorarios de las representaciones de las partes actora y demandada, por su total actuación y los del perito contador.

Luis A. Catardo. Juan Carlos E. Morando. Roberto J. Lescano.

4. Fallo: “Mendoza, Julia Edith c. Adecco Argentina S.A. y Otro s/ Despido.”

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII (Cam. Nac. Trab.)

Fecha: 28/03/2008

Publicado en: IMP2008-11 (Junio), 990 - DT2008 (junio), 682 - LA LEY 29/07/2008, 29/07/2008, 7

Cita Online: AR/JUR/921/2008

Hechos:

Contra el decisorio que condenó a las demandadas al pago de la indemnización de los artículos 178 y 182 L.C.T. respecto de quien fue despedida durante el período de prueba de conformidad con lo previsto por el artículo 92 bis L.C.T., ambas partes apelaron el decisorio. La Alzada concluyó en la improcedencia de la indemnización en los términos del art. 178 y 182 de la LCT y confirmó la condena solidaria de las accionadas de hacer entrega de los certificados del art. 80 de la LCT.

Jurisprudencia Relacionada (*)

Texto Completo: 2ª Instancia. Buenos Aires, marzo 28 de 2008.

El doctor Juan Carlos E. Morando dijo:

I. Las partes y el perito contador, éste, disconforme con la regulación de sus honorarios, vienen en apelación contra la sentencia que hizo lugar, en lo sustancial, a la demanda. Razones de buen método aconsejan tratar primeramente los planteos de las demandadas.

II. Adecco Argentina S.A. cuestiona, con razón, la condena al pago de la indemnización de los artículos 178 y 182 L.C.T. porque dice que la actora fue despedida en el periodo de prueba de conformidad a lo previsto por el artículo 92 bis L.C.T.

He tenido oportunidad de pronunciarme en un caso que guarda sustancial analogía con el que se plantea al votar en la causa "Jiménez, Julieta María c. Marcelo H. Pena S.A. s. Despido", sentencia definitiva 34217 del 29.06.07, cuya cita efectúa la recurrente. Al igual que en aquella ocasión destaco que durante el período de prueba cualquiera de las partes está legitimada para denunciar la relación de trabajo sin responsabilidad indemnizatoria utilizando la terminología en uso, cuya equivocidad he puesto de manifiesto en varias ocasiones, desde su agotamiento, al consolidarse retroactivamente la vigencia de la relación de trabajo, comienza el trabajador a gozar de la llamada "estabilidad relativa impropia", situación que lo hace acreedor a la indemnización por despido si no ha existido una justa causa. Antes, rige plenamente la libertad de despido, sin responsabilidad indemnizatoria. El embarazo –preexistente o sobreviniente- de la trabajadora no posee virtualidad para alcanzar 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, etc.- excluyentes de la regla general aplicada a todos ellos.

El pronunciamiento sobre intereses se adecua a lo acordado por este Tribunal en Acta CNAT 2357/02. Estimo que debe ser mantenido por los fundamentos de esa decisión, a los que remito.

III. El recurso de General Mills Argentina S.A., en lo principal que discute, es insuficiente, pues no contiene la crítica concreta y razonada de los fundamentos centrales de la sentencia (artículo 116 del ordenamiento procesal aprobado por la Ley 18.345). La parte se limita a señalar la eventualidad de la relación de trabajo debido al "incremento de la demanda extraordinaria de trabajo" sin precisar en modo alguno como habría sido acreditada -remite a la prueba testimonial, que no específica, ni analiza-, que hizo necesaria y legítima la contratación de la actora en ese marco, lo que determina la exclusión de ese carácter. Rige, en consecuencia, la regla general del artículo 29 L.C.T, según la cual se debe entender que la relación quedó constituida directamente con la apelante. En definitiva, este aspecto del decisorio se encuentra al abrigo de revisión.

En relación a la condena al pago del sueldo anual complementario y de la compensación por vacaciones no gozadas, la quejosa no se hace cargo de que ningún comprobante de pago se arrió a la causa para demostrar su cancelación (artículo 138 L.C.T.).

La obligación que dispone el artículo 80 de la L.C.T. pesa sólo sobre Adecco Argentina S.A., que durante la relación de trabajo fue quien pagó las remuneraciones y retuvo los fondos destinados a los organismos de la seguridad social. General Mills Argentina S.A. se encuentra excluida, pues carece de los elementos necesarios para su confección. Este aspecto de la sentencia, a mi juicio, deberá ser revisado.

IV. El recurso de la actora es improcedente porque: (a) la remuneración del mes de septiembre de 2005, que pretende se considere para determinar el importe de los créditos

admitidos, se integra con un "premio especial", que, de la secuencia de remuneraciones agregada por el perito contador a fs. 215 y 277 vta. no revelan la liquidación regular de dicha partida de conformidad a lo dispuesto por el artículo 245 L.C.T.; (b) el artículo 2° de la Ley 25.323 agrava en un 50% de sus respectivos montos las indemnizaciones de los artículos 232, 233 y 245 L.C.T.. En el caso la situación contemplada en el artículo 92 bis L.C.T., obsta a la procedencia de tal agravación, toda vez que las disposiciones previstas en la norma alcanzan a las partidas indemnizatorias citadas, inexistentes en el modo que concluyó el contrato de trabajo; (c) el 45 de la Ley 25.345 sanciona al empleador -con una indemnización a favor del trabajador, equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o el tiempo de prestación de servicios, si éste fuera menor-, cuando, intimado fehacientemente respecto de la entrega de los certificados previstos en el artículo 80 de la L.C.T., no la cumpla. En el caso, la misma articulación de la parte sugiere que no intimó en los términos y plazos previstos por el artículo 3° del decreto 146/2001, que reglamenta el citado artículo 45, omisión que no puede ser cubierta por la mención de entregar el certificado de trabajo y certificado de servicios y remuneraciones entre los rubros enunciados en el acta de cierre del proceso conciliatorio, en cuanto éste tiene lugar como diligencia prejudicial, que supone la preexistencia de las obligaciones cuya satisfacción se demanda, ni con las intimaciones cursadas posteriormente al acta de cierre de dicho proceso; (d) el artículo 16 de la Ley 25.561 suspendió los despidos sin causa justificada. Estrictamente, se propuso desalentarlos mediante la intensificación de la carga indemnizatoria. El despido por imposibilidad de cumplimiento sobreviviente del contrato de trabajo debido a la normado por el artículo 92 bis L.C.T., no constituye un despido incausado. Tal como el despido por falta de trabajo, se trata de una denuncia con justa causa, que, a diferencia de la fundada en injuria del

trabajador (artículo 242 L.C.T.), no exime del pago de una "indemnización", íntegra o reducida. Por ello, no son aplicables los recargos previstos por el artículo 16 de la citada ley.

V. Por estas razones y, en lo pertinente, los argumentos propios de la sentencia apelada, propongo se la confirme en cuanto pronuncia condena, se fije el capital nominal en \$ 2031,82; se deje sin efecto la condena a la entrega de los certificados del artículo 80 L.C.T. a General Mills Argentina S.A.; y los pronunciamientos sobre costas y honorarios. En un supuesto de vencimientos parciales y mutuos, evaluados con criterio conceptual, no aritmético, la actora afrontará el 70% de las costas y las demandadas, el 30%. Estimo los honorarios de las representaciones letradas de la actora, de la demandada Adecco Argentina S.A., de la demandada General Mills Argentina S.A., por la totalidad de los trabajos cumplidos, y los del perito contador, en \$ 1.500, \$ 2.200, \$ 2.200 y \$ 1.000, respectivamente (artículos 68, 71 y 279 C.P.C.C.N.; 6º, 7º, 14 de la Ley 21.839; 13 de la Ley 24.432 y 3º del D.L. 16638/57).

La doctora Gabriela A. Vázquez dijo:

No asiste razón a la demandada General Mills Argentina S.A. que se queja por la condena a la entrega de los certificados previstos en el artículo 80 L.C.T. Me permito señalar al respecto que una nueva lectura y análisis de la cuestión, me lleva a concluir que corresponde la condena solidaria también en lo que hace a la entrega de certificaciones del artículo 80 de la L.C.T., pues el hecho de que la accionante pueda haber estado registrada como empleada de una de las coaccionadas no es óbice a la responsabilidad que en virtud del artículo 29 de la L.C.T. le cabe a la otra -que la ley sindicaliza como empleadora- respecto del cumplimiento de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral ("Planas

Cristian Ciro c. Sistemas Temporarios S.A. y otros. Despido", sentencia 34629 del 27.11.07).

Por ello, sugiero se proceda, en lo demás, como lo indica el voto del doctor Morando.

El doctor Luis Alberto Catardo dijo:

Que por compartir los fundamentos de la Dra. Vázquez, adhiere a su voto.

Por ello, el tribunal resuelve:

- 1) Confirmar la sentencia apelada en lo principal que decide incluso en lo que respecta a la condena solidaria a las demandadas de hacer entrega de los certificados contemplados en el artículo 80 L.C.T. y fijar el capital nominal en \$ 2.031,82;
- 2) Dejar sin efecto los pronunciamientos sobre costas y honorarios.
- 3) Imponer a la actora el 70% de las costas y a las demandadas, el 30%.
- 4) Regular los honorarios de las representaciones letradas de la actora, de la demandada Adecco Argentina S.A., de la demandada General Mills Argentina S.A., por la totalidad de los trabajos cumplidos, y los del perito contador, en \$ 1.500, \$ 2.200, \$ 2.200 y \$ 1.000, respectivamente.
- 5) Recordar a los obligados el cumplimiento del artículo 62, incisos 2 y 3, de la Ley 1181 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Acordada C.S.J.N. 06/05). —Juan Carlos E. Morando. —Gabriela A. Vázquez. —Luis A. Catardo.

5. Fallo: “J., M. A. c. Diffupar S.A. s/ Despido.”

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI

Fecha: 24/10/2008

Publicado en: DT 2009 (junio) 649.

Cita Online: AR/JUR/11726/2008

Hechos:

Apeló la demandada la sentencia de grado por la que se hizo lugar a la pretensión de la trabajadora embarazada que fue despedida durante el periodo de prueba, declarando nulo el despido fundado en el art. 92 bis de la LCT y la procedencia del recargo indemnizatorio previsto en la ley 25.561. La Cámara confirmó la nulidad dispuesta y revocó lo decidido en relación al recargo indemnizatorio aplicado en grado.

Texto Completo: 2ª Instancia. — Buenos Aires, octubre 24 de 2008.

La doctora Beatriz Inés Fontana dijo:

I. Apela la parte demandada la sentencia dictada en la instancia anterior a tenor de los argumentos que esgrime en el memorial de fs. 177/178, cuya réplica luce a fs. 180/182.

II. Se agravia a la demandada porque la Sra. Juez "a quo" hizo lugar a la pretensión de la parte actora, decretando nulo el despido dispuesto en los términos del art. 92 bis durante la vigencia del período de prueba. Asimismo, esgrime su queja frente a la procedencia de las indemnizaciones establecidas en los art. 178 y 182 de la LCT, del recargo establecido por la ley 25561 y de la multa dispuesta en el art. 80 LCT.

Corresponde señalar que se encuentra acreditado en autos que la actora, con fecha 28/09/06, remitió telegrama notificando a la demandada que se encontraba en estado de gravidez con fecha presunta de parto para el día 05/05/07 (fs. 5), así como que el mismo fue

recepcionado por la accionada con fecha 29/09/06 a las 11.45 horas. Así también resulta corroborado que la demandada procedió a remitir ese mismo día carta documento notificando a la trabajadora su decisión de rescindir el vínculo laboral en los términos del art. 92bis de la LCT. Las circunstancias temporales en las que tuvo lugar el intercambio telegráfico se encuentran ratificadas por el informe del Correo Argentino de fs. 126, el que no mereció crítica alguna de las partes.

Otro elemento probatorio que estimo relevante lo constituye el certificado médico emitido por la Clínica Adventista Belgrano (fs. 5), el cual documenta el estado de gravidez de la actora y la fecha probable de parto. La autenticidad del mismo se encuentra acreditada a través de la información brindada por dicho centro de salud conforme oficio que luce a fs. 53. Asimismo, y a mayor abundamiento, a fs. 92/98 se encuentra glosada la historia clínica de la actora donde consta que la misma se encontraba en estado de gravidez, el que fue interrumpido por problemas de salud que llevaron a la pérdida del embarazo.

Los términos en los que fue extendido el certificado en cuestión permiten inferir que el mismo fue solicitado para ser presentado en el lugar de trabajo, en tanto se advierte una coincidencia de su contenido con los requisitos exigidos por el art. 177, 2do. párrafo de la LCT.

Conforme lo manifestado, considero procedente tener por acreditado que la actora se encontraba en situación de gravidez y que la misma era de conocimiento de la accionada al momento de decidir la rescisión del vínculo laboral.

Ahora corresponde adentrarnos en el análisis de las razones que motivaron el despido de la actora, y en ello observamos que la accionada, sin perjuicio de haber invocado el art. 92 bis como fundamento de su decisión rupturista, omitió brindar las razones que conllevaron a la

decisión tomada. En ese sentido, la demandada se privó de justificar la decisión adoptada en base al desempeño laboral de la actora, sobre el cual no ha brindado detalle alguno.

El periodo de prueba le brinda al empleador la posibilidad de evaluar la calidad y mérito de las tareas prestadas por el dependiente, permitiéndole resolver el vínculo laboral en forma unilateral y sin expresión de la causa que motivara el mismo.

Ahora bien, en el caso en análisis, conocido el estado de gravidez en que se encontraba la actora, la demandada debió poner de manifiesto las razones objetivas que motivaron su despido, en cumplimiento de su deber de buena fe contractual y procesal, lo que no veo plasmado en autos.

En contraposición a ello, la actora acompañó copia de un mail de fecha 26/09/06, remitido por la Sra. Ivone Vitry en su calidad de supervisora de la demandada, donde se le notificaba que debía presentarse el día 03/10/06 con el fin de realizarse los exámenes preocupacionales. El envío del mencionado mail fue ratificado por la mencionada supervisora a fs. 160.

Analizado el marco fáctico del presente caso, estimo necesario señalar que se encuentra en juego una garantía de rango constitucional, como lo es la tutela de la mujer embarazada según lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y lo que surge de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VII), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10), y fundamentalmente de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, además de lo dispuesto en el art. 75, inc. 23, Constitución Nacional.

Frente a un derecho de tal rango y nivel de garantía, la demandada se ha limitado en este caso a esgrimir que la actora se encontraba en periodo de prueba y que habría sido

despedida en el curso del mismo, sin dar razón objetiva alguna que avale tal decisión. A ello se añade que la accionada había citado a la actora a un centro médico al que debía concurrir el día 03/10/06 a los fines realizar exámenes clínicos, fecha posterior a aquella en la que terminó decidiendo su despido, lo que demuestra que su voluntad al día 26/09/06 era continuar el vínculo laboral habido entre las partes.

Ha quedado demostrada la existencia y autenticidad del certificado médico, como asimismo que la accionada tenía conocimiento del estado de gravidez de la actora.

Por todo ello, considero que en el caso en examen existen hechos reales y probados que por su número, precisión, gravedad y concordancia, producen convicción de conformidad con las reglas de la sana crítica (conf. art. 163 CPCCN) acerca de que la demandada tenía conocimiento de la situación de embarazo de la actora con anterioridad a la notificación del despido, por lo que la decisión rupturista resulta alcanzada por la presunción del art. 178 LCT, sin que la misma haya sido desvirtuada por prueba en contrario.

En consecuencia, de prosperar mi voto, los dos primeros agravios deben ser desestimados.

El apelante se agravia porque la Sentenciante aplicó la multa dispuesta en la ley 25561 sobre la indemnización establecida en art. 178 de la LCT.

Estimo que le asiste razón, en tanto que al producirse el despido de la actora se encontraba vigente la ley 25.472, cuyo art. 4° establecía expresamente que, a los fines de la determinación de la indemnización prevista en el art. 16 de la ley 25561, sólo corresponde computar la indemnización establecida en el art. 245 LCT.

Ahora bien, tanto por la vigencia del periodo de prueba regulado por el art. 92 bis LCT, como conforme a la doctrina plenaria de esta Cámara en la causa Sawady, Manfredo c/Sadaic s/cobro de pesos (Plenario N° 218 del 30.03.1979), no puede proceder el reclamo

de indemnización por antigüedad fundado en el art. 245 LCT. Por ello, no existiendo rubro alguno sobre el cual aplicar el recargo establecido por la ley 25561, de prosperar mi voto corresponde dejar sin efecto la condena correspondiente a la ley de emergencia.

Asimismo, considero que debe prosperar el recurso en lo que se refiere a la multa establecida en el art. 80 LCT. En efecto, de las constancias de autos se desprende que el despido de la actora se produjo con fecha 29/09/06, y según la documental de fs. 34/35, el certificado de servicios cuenta con fecha cierta emanada de la certificación de firma del 04/10/06, es decir menos de una semana del despido. Siendo ello así, y en tanto la actora no produjo prueba que demuestre que la entrega de dicha certificación le fue negada por la demandada, considero que no corresponde la aplicación de la multa del art. 80 LCT, por lo que propicio se haga lugar en este aspecto al recurso, revocándose parcialmente la sentencia de grado.

Por lo hasta aquí expuesto, y de prosperar mi voto, correspondería revocar parcialmente la sentencia recurrida, dejando sin efecto la procedencia del recargo correspondiente a la ley 25561 y multa dispuesta por el art. 80 LCT; fijando como nuevo monto nominal de condena la suma de \$ 20257.81 sobre el cual deberán calcularse los intereses establecidos en la sentencia apelada.

III. En cuanto a los honorarios apelados por el experto contable a fs.173, teniendo en cuenta el resultado del litigio, su importancia económica y el mérito, extensión y complejidad de las labores efectuadas (conf. Art. 38 ley 21839 y dec. Ley 16638/57), a mi criterio corresponde elevar a regulación de honorarios del perito contador al 6% del monto de condena –capital más intereses y confirmar la de la representación letrada de la parte actora.

Teniendo en cuenta las cuestiones debatidas y conclusiones arribadas, propongo imponer las costas de alzada en el orden causado (conf. arts. 68 y 71 CPCCN). A ese efecto, se regulan los honorarios de los letrados intervinientes en el 25% de los que deben percibir por su labor en la etapa anterior (conf. art. 14 Ley 21.839).

Por lo expuesto, y de prosperar mi voto, propongo: 1) Revocar parcialmente la sentencia apelada y fijar como nuevo monto nominal de condena la suma de \$ 20257,81 (pesos veinte mil doscientos cincuenta y siete con 81 centavos), sobre el cual deberán calcularse los intereses fijados en primera instancia. 2) Elevar la regulación de honorarios del experto contable al 6% del monto total de condena más intereses. 3) Confirmar la sentencia en todo lo demás que decida y fuera materia de recurso. 4) Imponer las costas de alzada en el orden causado. 5) Regular los honorarios de los letrados intervinientes en el 25% de los que deben percibir por su labor en la etapa anterior.

El doctor Juan Carlos Fernández Madrid dijo:

Que adhiere al voto que antecede.

En atención al resultado del presente acuerdo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 125, 2° párrafo, ley 18.345, el TRIBUNAL RESUELVE: I) Revocar parcialmente la sentencia apelada y fijar como nuevo monto nominal de condena la suma de \$ 20257,81 (pesos veinte mil doscientos cincuenta y siete con 81 centavos), sobre el cual deberán calcularse los intereses fijados en primera instancia. II) Elevar la regulación de honorarios del experto contable al 6% del monto total de condena más intereses. III) Confirmar la sentencia en todo lo demás que decida y fuera materia de recurso. IV) Imponer las costas de alzada en el orden causado. V) Regular los honorarios de los letrados intervinientes en el 25% de los que deben percibir por su labor en la etapa anterior.

Regístrese, notifíquese y vuelvan. —Beatriz Inés Fontana. —Juan Carlos Fernández Madrid.

6. Fallo: “Melgarejo, Érica Yanina c. Esso Petrolera Argentina S.R.L. y/o quien resulte responsable s/despido.”

Tribunal: Cámara de Apelaciones del Trabajo de Resistencia, sala II.

Fecha: 18/02/2013

Publicado en: La Ley Online;

Cita Online: AR/JUR/1231/2013

Hechos:

La trabajadora en estado de gravidez, despedida durante la vigencia del periodo de prueba, interpuso reclamo indemnizatorio por despido discriminatorio. El “a quo” acogió parcialmente la demanda. Apeló la laborante, disconforme por la valoración de la prueba confesional realizada por el sentenciante, como así también por entenderse acreedora a la indemnización especial del art. 182 de la Ley 20.744. La Alzada confirma el fallo recurrido.

Texto Completo: 2ª Instancia. Resistencia, febrero 18 de 2012.

La sentencia de fs. 483/489, ¿debe ser confirmada, modificada, revocada o anulada?

El doctor Verón dijo:

1. Contra el pronunciamiento obrante a fs. 483/489 se alza la actora, en cuanto a su punto III) rechaza las pretensiones de indemnización por despido, sustitutiva de preaviso, ley 25.561 art. 182 L.C.T. y art. 80 L.C.T. (incorporado por ley 25.345, art. 45).

2. En primer término, se agravia porque se rechazan las indemnizaciones por despido, por preaviso omitido y L. 25.561, por considerar que la relación se extinguió estando en curso el período de prueba lo cual la releva a la demandada de responsabilidad en tal sentido.

Cuestiona que la sentenciante haya tomado en cuenta la confesional de su parte, particularmente en orden a la primera posición contenida en el pliego obrante a fs. 300, para tener por acreditado que la demandada dispuso de su despido, estando en curso de período de prueba, conforme fuera alegado en el responde.

2.1. Repárese, de momento: a) que el contrato de trabajo por tiempo indeterminado se inicia por un período de prueba, instituto este introducido en nuestra legislación por la L. 24.465 (B.O. 28/03/95), modificada por las leyes 25.013 (B.O. 24/09/98); 25.250 (B.O., 02/06/2000) y, por último, por la ley 25.877 (B.O., 19/03/2004), que actualmente rige la redacción del artículo 42 bis, L.C.T., b) que la modificación de la ley 22.250, era la que estaba vigente durante el curso de la relación laboral habida entre las partes, y c) que la convención colectiva 322/99, aplicable al caso, en su art. 63, establece un período de prueba de seis meses.

2.2. Volviendo al agravio en sí, no me resulta ocioso destacar que según lo enseña la doctrina y lo aplica la jurisprudencia, la confesión constituye la prueba más importante y eficaz que existe en el proceso ("probatio probatissima"), por cuanto es la declaración que hace una parte respecto de la verdad de hechos pasados, personales, desfavorable para ella y favorable para la otra parte.

Al caso viene esta digresión conceptual, para dejar sentado que la confesión judicial de la actora, constituye sin hesitación plena prueba, para tener por acreditado que su despido se produjo estando en curso el período de prueba, lo que no constituye una modalidad

contractual, sino el primer tramo de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado, durante el cual las partes quedan relevadas de responsabilidades indemnizatorias, en caso que decidan unilateralmente extinguir al vínculo sin invocar causa.

Es que la actora luego de contestar afirmativamente la primera posición contenida en el pliego obrante a fs. 300, en el sentido de que fue contratada a prueba por la demandada, aclaró "...fui contratada a prueba durante seis meses y me despidieron antes que cumpla los seis meses" (ver. fs. 302).

2.3. No empece a esta conclusión, la objeción que formula la apelante, aduciendo que por ley, la confesión está excluida respecto de hechos que constituyen el objeto del juicio, o que inciden sobre derechos que el confesante no puede renunciar o transigir válidamente, por ser irrenunciables.

Ello así, por una parte, porque a despecho de lo que entiende la apelante, los efectos de la confesión expresa en cuestión, no enmarcan dentro de la excepción prevista en el art. 401 del C.P.C.C.Chaco, de aplicación supletoria, en cuyo inciso primero, se pretende fundamentar el agravio en trato, ya que este medio de prueba no está excluido por ley acerca de los hechos que constituyen el litigio.

Por otra parte, tampoco la confesión expresa que nos ocupa enmarca en la excepción prevista en el art. 1º, inc, 1 del C.P.C.C.Chaco, por cuanto no traduce, en rigor, una disponibilidad objetiva de un derecho irrenunciable, sino más bien refiere a una especie de disponibilidad subjetiva en orden al derecho que de los hechos confesados emana.

Al respecto, y a mayor abundamiento, no me resulta ocioso destacar que el período de prueba correspondiente al trabajo de la actora que comenzó el día 20/12/2003, estaba regulado en ese entonces por la Ley 22.250, en cuyo artículo 1º establecía que era de tres

meses y que podía ser extendido por convención colectiva a seis meses, conforme da cuenta el art. 63 de la Convención Colectiva N° 322/99, aplicable al caso.

2.4. Desestimo, por ende, el agravio en trato.

3. En segundo término, se agravia la apelante por haberse rechazado la indemnización especial del art. 182 L.C.T. 3.1.

Para una mejor comprensión de esta parte del voto, que refiere al período de prueba y su extinción, cuando la trabajadora comunica en forma simultánea que está embarazada, preciso es tener en cuenta que: a) en principio, por privar la atribución de despedir sin causa y sin indemnización alguna, de ningún tipo, estando vigente el período de prueba, no es procedente la indemnización por maternidad; b) sin embargo, jurisprudencialmente (C.N.Trab., Sala III, marzo 05-1998, "Guisado de Jakobs Paula c/K.B. Servicios S.A. s/despido, ed., p. 179; pg. 629/637) se ha establecido que las normas que contemplan el período de prueba, no pueden entenderse como un "bill de indemnidad" a favor del empresario, ni como favorecedora de prácticas discriminatorias, socialmente disvaliosas; así que cuando el art. 92 "bis", ap. 4° de la L.C.T., dispone que se puede extinguir la relación sin expresión de causa y sin derechos a indemnización alguna con motivo de la extinción, solo se refiere a aquellas reparaciones que tienen en cuenta el derecho a la estabilidad y no aquellas otras que a la vez que resarcen el daño que la cesantía injustificada produce al trabajador, persiguen desalentar prácticas discriminatorias, c) la sent. 25.305 del 16/09/97, de la C.N.Trab. Sala VIII, en autos "Ledesma Carlos c/Veiba Producciones S.A. s/despido", en cuanto informa en tal sentido claramente los lineamientos que habré de seguir para dar fundamento a mi opinión desfavorable al agravio; a saber: "...la comunicación del estado de embarazo con contemporaneidad a la ruptura, sólo brinda un indicio, porque no es posible olvidar que en el período de prueba, cualquiera de las partes

tiene plenas facultades rescisorias, sin consecuencias indemnizatorias, tan es así que el instituto jurídico ha llegado a ser caracterizado como un pacto complejo en el que se combinan condición y término, ya que la relación laboral está sujeta a término final, salvo que, subordinada la condición suspensiva de que no medie rescisión al fin de período de prueba, se consolide como relación definitiva, todo lo cual deviene a la premisa sobre la que se erige este período tan particular en que la precariedad de la vinculación queda claramente definida cuando se reconoce a ambos contratantes el derecho de rescindir "ad libitum" y es en ese entonces que en ese marco solo se puede apreciar con estrictez la prueba que intenta brindar uno de ellos acerca de la intencionalidad del otro de decidir el cese por una causa que, a su vez, configura discriminación").

3.2. Ahora bien, surge de lo actuado en orden a esta cuestión propuesta por el agravio, que según se invoca en la demanda, la actora fue despedida el 08/06/04, "al momento de realizar la entrega de certificado médico acreditando su embarazo y cuya recepción le fue negada"; que los testigos Néstor Adrián Romero (ver. fs. 118) y Miguel Angel Morales (ver fs. 356), declaran que al tiempo del despido, la actora estaba embarazada de cuatro meses; que a fs. 114 obra informe de consulta completa expedido por el médico tocoginecólogo Dr. J. A. S., donde deja constancia que en fecha 08/06/04, la actora fue objeto de "control obstétrico", con diagnóstico "primigesta de quince semanas"; que a fs. 1 del sobre de prueba documental de la actora corre glosada la constancia extendida por el citado facultativo en fecha 08/06/04, de donde surge que la actora fue a la consulta precedentemente aludida y que a fs. 13 también del sobre de prueba documental de la actora, corre glosada acta de nacimiento de Lucía Jazmín Colman, acaecido el 14/11/04.

3.3. Anoto, desde ya, que la situación especial contemplada en la jurisprudencia precedentemente aludida, no se configura en el "sub discussio", por cuanto la noticia del

embarazo de la actora pretensamente contemporánea a su despido, no fue tal, en tanto refiere a la constancia que extendida por el Dr. J. S. en fecha 08/06/04, surge que la actora fue a la consulta aludida en el párrafo anterior.

Esto de por sí, torna inatendible el agravio en trato. 3.4. No obstante, y aunque más no sea en homenaje a la jurisdicción, señalo que aún cuando hipotéticamente me colocara en la situación alegada por la recurrente, en el sentido que haya anoticiado su embarazo a la empleadora, en la misma fecha que fue despedida (08/06/04), tampoco me encontraría autorizado para sostener que la intención de la demandada haya sido la de extinguir la relación laboral en el período de prueba, por esa causa, amparándose en el derecho de no decirlo, menos aún que haya importado una conducta discriminatoria de su parte.

En todo caso y como quiera que sea, en tal supuesto conjetural, la comunicación del embarazo solo constituiría un indicio, de conformidad a lo referido "supra" en el apartado c) del punto 3.1.

Y si bien, asimismo, existirían otros indicios, todos ellos serían decididamente insuficientes para configurar presunciones, que solo si son graves, precisas y concordantes, constituyen prueba (conf. inc. 5º, art. 163, C.P.C.C.Chaco). Va dicho con esto, entonces, que siquiera en el supuesto conjetural precedente, no cabría inferir que la ruptura contractual dispuesta por la demandada haya tenido por causa el embarazo de la actora.

3.5. En suma, este agravio resulta improcedente 4. Por último se agravia porque se rechaza la indemnización del art. 80 L.C.T. Aduce que la juez a quo fundamenta este decisorio en formalidades extremas, haciendo por tal motivo prevalecer la verdad formal sobre la real.

Como es sabido, para que proceda el pago de la indemnización prevista por el párrafo agregado en el art. 80 por la ley 25.343, debe darse cumplimiento con la carga de intimar al

empleador su entrega, respetando los plazos que surge del texto legal y del decreto 146/01. El art. 80 L.C.T. (texto según ley 25.345), establece que la intimación debe ser cursada en forma fehaciente, requiriendo su entrega dentro del plazo de dos días hábiles, pero solo puede cursarse una vez que el empleador se encuentre en mora respecto de su obligación de entregar las certificaciones, lo que según la reglamentación del decreto 146/01 (B.O., 13/02/01), ocurre a los 30 días de extinguido por cualquier causa el contrato de trabajo. Tampoco resulta atendible este denominado agravio.

Es que según se ha visto, para que pueda producir sus efectos el requerimiento respectivo, es necesario cumplir con la formalidad legalmente impuesta, por el mismo art. 80 L.C.T. y por el decreto 146/01, no siendo dable admitir discusión alguna acerca de su interpretación y aplicación, si tal como lo acontece en la especie, no se hubo formulado, tacha alguna de inconstitucionalidad.

De ahí que no quepa otra alternativa que considerar que no puede ser admitida como válida la expresión de voluntad que traduce su reclamo, ante la inobservancia de incumplimiento de recaudo formal al que su procedencia está condicionada.

5. En virtud de todo lo expuesto, propicio el acuerdo que la sentencia obrante a fs. 483/489, sea confirmada en cuanto en su punto III) fuera materia de agravio.

Con eximición de costas de alzada, por darse en la especie las especiales circunstancias que autorizan su procedencia; esto es, haber litigado de buena fe y con razonable convicción acerca del derecho defendido (art. 229, párrafo 3º, ley 2383 "de facto").

La regulación de honorario de alzada se diferirá para la oportunidad en que la de primera instancia sea debidamente cuantificada (conf. arg. art. 11, L. 2011 T.O. y modif.). Así voto.

La doctora Rodríguez de Dib dijo:

Disiento con el voto del Sr. Juez que me precede, en cuanto decide en orden al rechazo de las indemnizaciones por la extinción de la relación laborativa, en atención a los siguientes fundamentos: I.a. De comienzo, corresponde establecer que en la solución debo guiarme de acuerdo al siguiente menú normativo: Art. 75 inc. 23 C.N.: Corresponde al Congreso.... " Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de la lactancia" Convención de Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer, que coloca como obligación de los Estados-parte, en todos sus poderes, y el judicial es uno de ellos, tomar las medidas necesarias para proteger a la mujer trabajadora embarazada.

Así lo dispone en el art. 11 inc.: "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 licencia por maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;..." Constitución de la Provincia del Chaco: Art. 35 Familia: "Garantízase la protección de la maternidad..." Convenio y recomendaciones de la O.I.T. tales como Convenio N° 3 y recomendación N° 181. Art.178 y 177 L.C.T. I.b.

Así planteada la base normativa, y de acuerdo a la postura asumida por las partes, y el tenor de los agravios, considero conveniente dejar aclarado que el "período de prueba" sólo representa el ciclo inicial de la vinculación laborativa por tiempo indeterminado, como que de ninguna manera puede prevalecer la finalidad del mismo sobre el objetivo de los arts. 177 y 178 de la L.C.T. que entronca con las normas convencionales y constitucionales — cuya finalidad es proteger a la mujer gestante y al niño o niña por nacer— bienes jurídicos superiores que merecen especial consideración y respeto. Por tanto, los derechos de las

trabajadoras vinculados con toda la estructura tuitiva para la embarazada —que poseen jerarquía convencional y constitucional— no admiten límites ni cortapisa de ninguna naturaleza, motivo por el cual no es correcto aducir que el período de prueba impida la protección del art. 177 o la aplicación de la presunción del art. 178, pues de ser así se vulneraría la C.N., los Pactos y Tratados Internacionales y la Constitución Provincial. I.c. A partir de tal piso de marcha, y teniendo presente el ostensible y conocido estado de gestación de la actora (aspecto que trataré posteriormente), se consolidó una garantía especial de estabilidad según el art. 177 L.C.T. en virtud de la cual se garantiza a toda mujer durante el período de 7 meses y medio anteriores y posteriores al parto el derecho a la estabilidad en el empleo y tal garantía no resulta afectada por el art. 92 bis en tanto, reitero, el beneficio es a toda mujer trabajadora.

Y si bien bajo la normativa del art. 92 bis las partes pueden extinguir la relación sin expresión de causa, esto no debe proyectarse a la vinculación laborativa de la trabajadora gestante, toda vez que el art. 177 y sgtes. de la L.C.T. la protege expresamente haciendo operativo los derechos y garantías que tanto la C.N. como los consagrados instrumentos internacionales de derechos humanos.

Es más, a mi ver, la norma finca en la necesaria protección de la familia, a la cual también refiere el art. 14 bis de la C.N., teniendo en cuenta el supremo interés del niño por nacer y la eliminación de toda forma de discriminación de la mujer.

Síguese de tan noble finalidad, la incorporación de la presunción legal: el despido obedece a dicha causal, si se produjera durante el período de sospecha (siete meses y medio anteriores o posteriores de la fecha de parto) salvo prueba en contrario por parte del empleador.

I.d. En el marco señalado, analizo la prueba colectada consistente en la instrumental (telegramas que se cursaran las partes), Acta de Nacimiento de fecha 14-11-04 de la hija de la actora, informe de consulta completa expedido por el médico tocoginecológico Dr. S. de fs. 144 donde deja constancia que en fecha 08-06-2004 la actora fue objeto de control obstétrico con diagnóstico de embarazo de 15 semanas; constancia expedida por el citado facultativo, obrante a fs. 1 del Sobre de pruebas documental de la actora, del cual surge que esta concurrió el 08-06-04 a la consulta precedentemente aludida; testificales de Romero (fs. 118 y vta.); Morales (fs. 356/vta). Valorando el material probatorio, de conjunto, y de acuerdo con las reglas de la sana crítica (lógica y experiencia), conectando unas pruebas con otras, no me cabe duda que el embarazo de la trabajadora ha tenido decisiva influencia en la especie, en la extinción de la relación laboral y como quedó acreditado que la desvinculación se produce durante el período de sospecho (siete meses y medio anteriores al parto) por tanto resulta aplicable el art. 178 de la L.C.T. que presume que el despido ha sido por el embarazo. Me detengo para señalar que la presunción legal, en todo caso, tiene el valor de relevar el obstáculo y la imposible carga de probar el ánimo íntimo del empleador que para el colega preopinante sería decisivo como se desprende de la jurisprudencia que cita y otras consideraciones que formula en 3.4. Acreditar y exigir "intencionalidad del otro de decidir el cese por una causa que a su vez configure discriminación" (confr. jurisprudencia citada en voto anterior) y apreciar la prueba con "estrictéz" parece imposible. Una trabajadora no puede acarrear con tal pesada carga probatoria dada su situación de marcada desigualdad.

Señalo, la llamada hiposuficiencia del trabajador es una expresión que indica la desigualdad en que se encuentran los trabajadores frente a los empleadores, y se verifica no sólo en la celebración, ejecución o extinción del contrato, pues se extiende también a las controversias

que se dan en el marco de un proceso en el cual desde la lógica procesal tradicional afronta el empleado una desigualdad estructural para acreditar extremos favorables a su pretensión, tal el caso del sub-lite en el cual se exige acreditar o probar la intencionalidad como lo propone el colega preopinante.

De allí que rescato el proceso laboral como razonable tentativa de acceso a la verdad material y no como un juego ritual que conduce a que se exijan pruebas de difícil aportación o que la falta de pruebas sobre elementos controvertidos de la causa sea soportada únicamente por un hiposuficiente, cuando que también debe valorarse la conducta omisiva de aquella parte que pudo traer al proceso prueba con mayor facilidad y certeza.

Parapetada en tal técnica probatoria, al servicio de la sana crítica, que reitero, no es mas que lógica y experiencia, la solución en el sub-lite pasa por considerar primeramente la prueba incorporada al proceso según se enunció precedentemente, destacando que los testigos claramente informan que el embarazo era notorio a la época del despido y de conocimiento de todos. En tal sentido, el testigo de fs. 356 y vta. (Sr. Morales), a la sexta pregunta contesta: "Era porque estaba embarazada todo el mundo sabía que estaba embarazada y la echaron igual " también refirió este testigo, en su respuesta dada a la tercera pregunta " al principio estaba como playera, después como estaba embarazada la pusieron en el shop"; y el testigo de fs. 118 y vta. (Romero) asevera que conoce a la actora desde fines de diciembre de 2003 cuando fue a realizar los trámites de afiliación a la Obra Social de Estaciones de Servicios, donde se desempeña como empleado el declarante, obra social ubicada en Pueyrredón N° 318 de Resistencia, que además es cliente de la estación de servicios y que la obra social está a tres cuadras de la empresa demandada.

Expresa el testigo que la despidieron cuando tenía cuatro meses de embarazo, que le consta porque ella presentó los papeles para la cobertura del Plan Materno de la obra social donde se desempeña y concretamente dice: "a ella ya se le notaba la panza".

Ahora bien a lo expuesto la a quo opone la falta de comunicación formal del embarazo. Sin embargo, en el marco de lo que vengo exponiendo, cobra relevancia, también traer a colación, que siendo la demandada una empresa de poco personal, y como la situación de embarazo era un hecho externo ostensible, no puede invocarse la falta de comunicación formal para sustraerse a los efectos de la presunción del art. 178 (confr. MARTÍNEZ VIVOT "Los menores y las mujeres" p. 352), porque la finalidad de la carga informativa ha sido cumplida por otros medios, ámbito en el cual las declaraciones testificales son buena prueba de la notoriedad del embarazo que se correlacionan con lo manifestado por el Dr. S. a través del informe de fs. 144, es decir, la expedición de un certificado, el mismo día en que la trabajadora fue despedida y cuando cursaba, según el facultativo, 15 semanas de gestación.

Se ha expresado que la finalidad es proteger la maternidad por tanto se deben abonar las indemnizaciones previstas. También expresa que: " Si bien el art. 178 exige como requisito para que proceda la indemnización especial allí establecida que exista comunicación fehaciente del embarazo, por parte de la trabajadora, cabe admitir como excepción el caso en que el estado de gravidez es tan notorio que pueda reconocerse a simple vista, en términos de elemental sentido común (confrontar Sala VII, 30/4/1992 "Medina de Lafuente, Lorenza v. Club Atlético San Lorenzo de Almagro s/despido" Abeledo Perrot N° 93100100 o N°2/226). Desde otro cuadrante, y retomando incluso el razonamiento formulado precedentemente en orden a la posibilidad probatoria de quien está en mejores condiciones de aportar prueba al proceso, el empleador no demostró una razón válida ni distinta que

explique su decisión de no continuar con el contrato iniciado a prueba y esta vertiente, aplicada con prudencia y razonabilidad, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, corrobora lo hasta aquí expuesto en el sentido que el embarazo es la causa de extinción; más cuando hay una contemporaneidad entre el despido decidido por la patronal y la fecha del certificado que según la actora la demandada negose a recibir y que después transcribe la trabajadora en el T.C.L. del 30/06/2004.

Finalmente, hago notar que el derecho laboral se basa en la protección del hiposuficiente, empleando diversas técnicas y en el caso la extrema vulnerabilidad de la trabajadora embarazada de una empresa pequeña, es un dato de la realidad que cabe computar para evaluar siquiera que los indicios graves, precisos y concordantes que constituyen prueba según el art. 163 inc. 5° C.P.C.C., no pueden ser obviados en la consideración de esta causa, donde queda fuera de toda duda la notoriedad del embarazo y que el despido se produce en el período de sospecha. Es de lógica y experiencia que a una embarazada se le note un embarazo de cuatro meses y medio, y este es un hecho indiscutible que opera como realidad fáctica vinculante en el proceso y autoriza a la aplicación presuncional del art. 178 de la L.C.T. que, cabe tener presente, es una dispensa de prueba para quienes en su favor se ha establecido. Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar a la queja en trato y en consecuencia, deberá condenar al pago de lo reclamado en el punto 5 en orden a las indemnizaciones por la extinción del vínculo: Indemnización por antigüedad: \$ 749; Indemnización art. 182 L.C.T. \$ 9685; Indemnización sustitutiva de preaviso: \$ 749; todos con mas intereses a la tasa Activa establecidas por el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuentos calculadas en forma lineal, hasta su efectivo pago, teniendo en cuenta la fecha de ingreso —21/12/2003— y la fecha de egreso, como que el período de prueba se había extendido por Convenio Colectivo (art. 63).

En suma, como este agravio prospera, se deberá recalcular el monto de condena, en función de las sumas antes establecidas. En lo demás, adhiero al voto del colega preopinante.

En virtud de todo lo expuesto, propicio al acuerdo: a) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación incoado por la actora, y en consecuencia, dejar establecido, que el nuevo monto de condena asciende a la suma de pesos once mil ciento ochenta y tres (\$11183) con mas intereses a la tasa activa de conformidad a lo indicado en los considerandos. b) Costas y Honorarios: Atento al resultado del recurso, que prospera parcialmente, se imponen en un 70% a la demandada y en un 30% a la actora (confr. Criterio S.T.J. en autos: "Ramírez Elsa c. Juana Dip s/Dif. Haberes" Sent. N° 173, de fecha 25/06/92 Expte. N° 353/92"), difiriendo la regulación de honorarios de Alzada para su oportunidad (art. 11 Ley 2011). Así voto.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente llámase a integrar la sala segunda con la dra. Marta Alicia De La Vega.

La doctora De La Vega dijo:

I. Que, en virtud de la integración dispuesta en autos, he sido llamada a dirimir la disidencia que se informa a fs. 574, respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte accionante contra la sentencia obrante a fs. 483/489 que desestima los siguientes rubros: Indemnización por antigüedad, Indemnización sustitutiva de preaviso, Indemnización art. 182 LCT, e indemnización art. 80 LCT (ley 25.345, art. 45). Ello así, mientras en el Primer Voto se propicia por confirmar la resolución atacada, en el Segundo Voto se emite opinión favorable a la revocación de la misma, en cuanto a que corresponde la admisión de los rubros Indemnización por despido, Indemnización sustitutiva de preaviso, Indemnización especial art. 182 LCT, con excepción a su adhesión al voto preopinante en lo referente al art. 80 LCT (ley 25.345, art. 45). II. Bajo éstos lineamientos, me inclino por los

fundamentos expuestos por el Sr. Juez Osvaldo Verón, en el entendimiento que la sentenciante inferior ha fallado en base a argumentos de hecho y derecho, toda vez que al sentenciar ha tenido presente el encuadramiento jurídico aplicable y analizado exhaustivamente las pruebas aportadas y rendidas en autos, en virtud del principio de la sana crítica racional y de la averiguación de la verdad real. A todo evento, señalo que el art. 178 de la LCT al tratar el despido por causa de embarazo expresa: "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 como, el del nacimiento.

En tales condiciones dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el art. 182 de esta ley". Media, entonces, una presunción iuris tantum de que el despido obedece a la causal referenciada en el artículo mencionado precedentemente, si se produjere dentro de los plazos en él establecidos, pero a condición de que dicha circunstancia (embarazo) esté en conocimiento del empleador (arts. 177 y 178, LCT).

II. Dicha presunción legal tiende a relevar el obstáculo evidente que supondría para la trabajadora demostrar el ánimo íntimo del empleador, pero no es más que una técnica probatoria al servicio de la sana crítica racional. Ahora bien, con relación al tema que nos ocupa, es dable señalar que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, con criterio que comparto, dispuso que "Cuando se trata de un contrato de trabajo a prueba no rige la presunción prevista por el art. 178, LCT, y, en consecuencia, la trabajadora afectada deberá probar que la cesantía constituye una práctica discriminatoria, que fue la maternidad el motivo determinante del despido dispuesto por el empresario, sin dejar dudas

acerca de que se configuró un acto de discriminación (C. Nac. Trab., sala 3ª, 29/2/2000, "Smorzeńuk, Graciela v. Olea, José María y otros").

En igual sentido, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, ha dicho que en el período de prueba no se activa la presunción legal contenida en el régimen general respecto de la causa de la ruptura e incumbe a la trabajadora demostrar que su cese configuraba un acto de discriminación por razón de la maternidad y, por lo tanto, tal comportamiento de su principal habilitaba la posibilidad de obtener la reparación específica que prevé el art. 178, RCT (C. Nac. Trab., sala 2ª, 16/4/2004, "Alvarenga, Cinthia S. v. Sistemas Temporarios SA y otro") (Jurisprudencia citada por Mariano H. Mark; Ley de Contrato de Trabajo; Segunda Edición- mayo/2011; Abeledo Perrot; pág. 159/160).

III. Por otra parte, y como ya lo adelantara, adhiero totalmente en lo que refiere al valor probatorio de la prueba de absolución de posiciones, y a los fundamentos expuestos por el Dr. Verón, en lo que refiere a que el período de pruebas aún no había finalizado entre las partes, a los cuales me remito en honor a la brevedad.

En cuanto a lo argumentado respecto al evidente estado de embarazo de la Sra. Melgarejo, comparto con el colega citado precedentemente, toda vez que de las pruebas colectadas no surge acreditado de modo alguno que la actora haya presentado a la patronal el certificado médico que acompaña y arguye fuera rechazado por la misma, el día que la misma actora confesó fuera anunciada de la rescisión de la relación laboral del período de prueba (8/6/2004). Más aún convence a la suscripta el hecho que recién en fecha 30/6/2004 la recurrente remitió TO (fs. 11 sobre actora y fs. 3 sobre demandada), reclamando la negativa de recepción de dicho certificado, y siendo que en fecha 8/6/2004, la actora recibió nota de rescisión, la que fue acompañada por la misma en demanda, y que obra a fs. 12 (sobre de documentales actora).

Adunado a ello se advierte que de las testimoniales no surge diáfananamente que la recurrente haya presentado un estado notorio de embarazo, en primer lugar porque como lo expresó el médico tratante (Dr. S.) en la informativa de fs. 144/145, surge que no había alcanzado los cuatro meses de embarazo (15 semanas) y que la consulta la efectuó el mismo día 8/6/2004, fecha de expedición del Certificado que dio cuenta del estado de gravidez de Melgarejo.

Que si bien el testigo Romero a fs. 118 y vta., expresó que la despidieron por embarazo refirió sus dichos por comentarios.

Asimismo respecto a la presentación de papeles para cobertura de la Obra Social por plan materno argüida por dicho testigo, no significa que la patronal haya estado en conocimiento de tal circunstancia. Por su parte, el Sr. Gómez (fs. 120 y vta.), dijo que por comentarios de empleados de la estación de servicios se enteró que la despidieron porque estaba embarazada, y que en los últimos tiempos la vió un poquito gorda con panza, pero no estaba anoticiado del embarazo de la recurrente. La deposición de Ricardo Raúl Colman (fs. 123 y vta.), no puede ser tenida como relevante, toda vez que el mismo es el padre de la hija de la Sra. Melgarejo, pues los datos de identidad que constan en el acta de su testimonial son coincidentes con el Acta de Nacimiento de la menor Lucía Jazmín Colman, obrante a fs. 13 del Sobre de la Actora. Por último, también debe descartarse el testimonio del Sr. Morales (fs. 356 y vta.), quien dijo que la actora al principio era playera y después cuando estaba embarazada la pusieron en el shop, contradiciéndose con lo afirmado por la actora en su escrito postulatorio (fs. 2) quien manifestó que desde el inicio al fin de la relación cumplió labores de operaria de playa sin aludir a ningún cambio de tareas.

Tampoco coinciden sus dichos con la fecha del fin de la relación laboral, ya que según la actora y los elementos de prueba fue el 8/6/2004 y el testigo alude a noviembre de 2003 o

2004. Tampoco supo del embarazo de la actora por conocimiento personal sino por comentarios de la misma y de la gente.

Siendo los dichos de este testigo endeble y desacertado, sana crítica racional al efecto de su análisis, considero no pueden ser valorados. Al efecto es dable tener presente la testimonial de la Sra. Cinthia E. Quiroga (fs. 324/325), quien expresó que la actora no invocó ni presentó documental que acredite su embarazo, y que lo sabe porque ella es administrativa en la empresa, cuya oficina funciona en el mismo edificio de la estación de servicios, que no sabían que estaba embarazada, ni se le notó su estado.

Del resultado de la Pericial Contable (fs. 196/197) tampoco surge la comunicación del estado de gravidez de Melgarejo, y sí consta que el fin de la relación se dio dentro del período de pruebas. Dicho dictamen no fue cuestionado por las partes.

IV. De acuerdo a lo expuesto, comparto las conclusiones arribadas por el Dr. Osvaldo Verón, en el sentido de que cabe desestimar el recurso de la parte actora en todas sus partes y confirmar el fallo primigenio. Así voto.

Por el resultado de la votación que antecede, la Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones del Trabajo, resuelve: I. Confirmar la sentencia obrante a fs. 483/489, en cuanto en su punto III), fuera materia de agravios. II. Imponer Las costas de alzada, en el orden causado. III. Diferir la regulación de honorarios de alzada, para su oportunidad. Regístrese, notifíquese y devuélvase. — Osvaldo Verón — Martha C. Rodríguez de Dib. — Marta A. De La Vega.

7. Fallo: “Vega, Natalia María del Huerto c. Tevanet S.A.s/ Despido.”

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII

Fecha: 28/02/2011

Publicado en: DT 2011 (julio) 1762.

Cita Online: AR/JUR/2967/2011

Hechos:

Una trabajadora que fue despedida inició demanda contra su empleador, a fin de obtener indemnización especial, por cuanto alegó que el despido fue discriminatorio por causa de embarazo. También reclamó el pago de la multa prevista en el art. 80 de la LCT. El juez de primera instancia admitió parcialmente la acción. La sentencia fue apelada y la Cámara la confirmó.

Texto Completo: 2ª Instancia.— Buenos Aires, febrero 28 de 2011.

La doctora Ferreirós dijo:

I- En estos autos se presenta la actora y entabla demanda contra Tevanet S.A. y contra Antonio Leandro Martín, para quienes dice haberse desempeñado en relación de dependencia en las condiciones y las características que explica.

Señala que ingresó a trabajar el 26 de octubre de 2006, realizando tareas múltiples en el área administrativa de la fábrica de muebles de madera.

Denuncia que el C.C.T. aplicable era el 335/75, pero que la empleadora la incorporó a otro, lo que devenga a su favor una diferencia salarial por incorrecta registración.

Detalla que el 27 de abril de 2008 en la Clínica Privada Fátima fue evaluada y se le recomendó 72 hs. de reposo debido a su estado de embarazo.

Cuestión que notificó al contador de la empresa, Sr. Meccia mediante un llamado a su celular el 28 de abril, ese mismo día recibió el telegrama de despido por causa de "reestructuración".

Describe el intercambio telegráfico habido entre las partes y reclama indemnización por despido injustificado con el agravante indicado en el art. 182 de la L.C.T., y demás rubros establecidos en la normativa vigente.

A fs. 60/63 la demandada contesta, niega todos y cada uno de los hechos invocados en el escrito de inicio, salvo los expresamente reconocidos.

Da su versión de los mismos y sostiene que la actora fue despedida debido a una política de reducción de gastos.

A fs. 65 se presenta el codemandado Antonio Leandro Martín, opondrá falta de legitimación pasiva y adhiere a la contestación en los términos de la contestación de demandada interpuesta por Tevanet S.A.

En la sentencia de primera instancia que obra a fs. 206/209, tras el análisis de los elementos de juicio aportados a la causa, el a quo decide en sentido desfavorable a las principales pretensiones de la actora.

Hay apelación de la parte actora (fs. 213/220).

II- Se agravia el apelante por la conclusión a la que arribó el sentenciante en cuanto no consideró operativa la presunción establecida en el art. 178 de la L.C.T., y aduce que se encuentra acreditado que el empleador tenía cabal conocimiento del estado de embarazo de la trabajadora.

Adelanto que su pretensión de que sea admitida su demanda en este aspecto, no ha de tener favorable acogida.

En primer término deseo recordar lo establecido en el art. 178 de la L.C.T. "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 7 y medio 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 como, en su caso, el de nacimiento...".

En efecto, cabe indicar que el juego armonioso de los arts. 177 y 178 de la L.C.T. exigen una comunicación que garantice el conocimiento por parte del empleador del estado de gravidez de la trabajadora, para así, aplicar la presunción establecida en las normas antes citadas, cuestión que no ocurrió en el presente caso.

Me explico: si bien es cierto que no resulta prudente —según mi ver— caer en un exceso de rigorismo formal al exigir una comunicación fehaciente e inequívoca de la notificación del embarazo, no es menos cierto que las probanzas arrimadas a la causa, no permiten siquiera indiciariamente, concluir que el empleador fue notificado del embarazo de la trabajadora, o que la demandada haya tenido conocimiento del mismo por resultar este notorio ya que ninguno de los testigos, ni ningún otro medio probatorio, permite deducir el hecho. Veamos:

La testigo Zapata (fs. 132), menciona que el contador le comentó que la trabajadora había llamado para avisar que debido a una contractura cervical no podía asistir a prestar tareas. Estos dichos, son los que indica el apelante como prueba que la trabajadora cumplió con la

obligación de notificar su embarazo a su empleador. Ahora bien, me pregunto como puede deducirse que de una contractura cervical, se concluya en un embarazo.

Resulta oportuno destacar que el resto de los testigos, no hacen referencia alguna al estado de salud de la trabajadora al momento de ser despedida, lo cual no aporta datos relevantes para dilucidar la suerte del pleito en este punto (ver Scarano fs. 136, Spoton fs. 138); por lo tanto, lo antes analizado no permite inferir siquiera indiciariamente, lo reitero, que la trabajadora haya cumplido con el requisito establecido en el art. 178 de la L.C.T. de dar aviso a su empleador de su estado de gravidez (art. 90 L.O. y 386 del C.P.C.C.N.).

Agrego finalmente, en cuanto a las restantes consideraciones vertidas en el escrito sobre esta cuestión, que —tal como la Corte Suprema de justicia de la Nación ha sentado criterio— el juzgador no está obligado a ponderar una por una y exhaustivamente todas las argumentaciones y pruebas agregadas a la causa, sino sólo aquellas que estimare conducentes para fundar sus conclusiones, ni a analizar todas las cuestiones y argumentos utilizados que -a su juicio- no sean decisivos (conf. CSJN, 29.4.70, LA LEY, 139-617; 27.8.71, LA LEY, 144-611 y citas jurisprudenciales en "Código Procesal..." Morello, Tº II-C, Pág. 68 punto 2, Editorial Abeledo - Perrot; art. 386, última parte, del Código Procesal; y de esta Sala, ver autos: "Bazaras, Noemí c/Kolynos"; S.D. 32.313 del 29.6.99).

En efecto al no lograr acreditar la parte actora que el empleador conocía el estado de embarazo de la trabajadora al momento en que fue despedida, mal puede deducirse que ha existido un daño moral o un despido discriminatorio relacionado a este punto.

III- En el extenso desarrollo argumental realizado por el apelante puede distinguirse, que éste cuestiona la decisión del sentenciante en cuanto rechazó sus pretensiones en relación a la invocada deuda por "diferencia salarial".

Adelanto que estas aspiraciones no tendrán favorable acogida, ya que la sola inclusión del rubro en la liquidación o en la enunciación de una cantidad correspondiente a un concepto de los rubros invocados carece de sentido si no tiene sustento en un relato circunstanciado de los antecedentes fácticos del reclamo.

En efecto en el escrito de inicio no solo no se ha justificado de modo alguno dicha pretensión, sino que al enunciar su reclamo en la liquidación se limita a fijar una cuantía, pero no distingue a que periodos se refiere en su reclamo.

Concluyo entonces que la parte actora incumplió con lo prescripto por los inc. 3 y 4 del art. 65 de la L.O., los que exigen que la demanda contenga la cosa demandada designada con precisión y los hechos en que se funda, explicados claramente, pues no cumple dicha carga procesal la sola mención de la cantidad correspondiente a tal concepto al practicarse la liquidación ni la mera enunciación de sumas globales puede considerarse que cumple el requisito enunciado en último término (esta Sala "Di Grande, José c/Fono Center S.A." S.D. 37.443 del 16/04/04).

A mayor abundamiento cabe señalar que sus manifestaciones no pasan de ser meras alegaciones de partes carentes sustento fáctico y jurídico, ello más allá que no indica siquiera estimativamente la cuantía que pretende, es decir no manifiesta la medida de su interés.

En este punto deseo resaltar que, el apelante en su dilatado memorial, introdujo una serie de consideraciones que no fueron expresadas en el escrito de inicio, por lo cual, considero que corresponde que los mismos no tenga favorable acogida (tal como la liquidación de los rubros de acuerdo al C.C.T. de Comercio).

Ello porque, más allá del acierto o desacierto de sus manifestaciones, el planteo esgrimido por la parte actora resulta extemporáneo ya que el mismo no fue interpuesto en el momento procesal oportuno. Por lo tanto en atención al principio de congruencia no corresponde atender el reclamo de la parte (cfme. arts. 163 inc. 6 y 277 del C.P.C.C.N), ya que de acceder a su tratamiento conllevaría la violación del derecho de defensa de la contraparte (art. 18 de la C.N.).

Por los argumentos expuestos, propicio la confirmación del fallo en este punto.

IV- En cuanto a la multa establecida en el art. 45 de la ley 25.345, advierto que le asiste razón al pretender que la misma tenga favorable acogida.

La demandada en su contestación de demanda sostiene que ha puesto a disposición de la trabajadora la liquidación final y los certificados establecidos en el art. 80 de la L.C.T., y que por ello esta pretensión no debe tener favorable andamiaje.

En este punto Esta Sala tiene dicho que: "... La obligación de cumplimentar lo normado en el art. 80 LCT y en el art. 12 inc. g) de la ley 24.241 consiste en acompañar a las actuaciones el certificado de trabajo y de servicios prestados, remuneraciones percibidas y constancia de la concreta y efectiva realización de aportes y contribuciones. Esta carga legal viene a conjurar los eventuales efectos perniciosos de la omisión patronal ante los organismos de la seguridad social. Tal obligación impuesta judicialmente no puede considerarse cumplida si los certificados no reúnen los recaudos exigidos al no contener constancia de aportes y contribuciones a los organismos de la seguridad social.." (CNAT SALA VII, S.D. 37.516, del 12/5/04 "Gauto, Mariela c/Italcosmética SA s/despido).

Sentado ello, cabe indicar que, la circunstancia de que la demandada hubiese puesto a disposición de la actora los referidos instrumentos, no alcanza para eximirla del pago de la

indemnización (art. 45 de la ley 25.345); es decir, no resulta suficiente, pues, para tener por cumplida la obligación, los tendría que haber confeccionado y luego consignado, lo que no aconteció en el caso (art. 756 C.C.).

Por último, resalto que la entrega de los instrumentos mencionados es una obligación que debe ser cumplida en oportunidad de la extinción de la relación laboral, de forma inmediata a la desvinculación, esto es en el tiempo que razonablemente puede demorar su confección, cuestión que tampoco sucedió en este pleito.

Por los argumentos expuestos, corresponde hacer lugar, también, en relación a la pretensión de la multa establecida en el art. 45 de la ley 25.345, ya que se han dado las condiciones necesarias y la trabajadora cumplió con los requisitos establecidos en la normativa vigente al intimar a su empleador a la entrega de los documentos referidos.

En cuanto a este punto debo recordar que el artículo 45 de la ley 25.345 agregó como último párrafo de dicho artículo el siguiente texto: "...si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previsto... dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último...". A su vez el Decreto Reglamentario 146/2001 en su art. 3º dispuso que "...el trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que hace alusión el artículo que se reglamenta, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previsto...dentro de los 30 (treinta) días corridos de extinguido, por cualquier causa el contrato de trabajo".

Ahora, si bien esta Sala que integro ha resuelto en algunos casos del pasado que resulta insuficiente —por prematura— la intimación de entrega del certificado antes de cumplidos

los 30 días que establece la reglamentación, un nuevo y detenido examen de la cuestión, me conduce a arribar a una solución diferente, sobre la base de considerar que la requisitoria que se impone al trabajador constituye un claro exceso reglamentario, en relación a la norma superior que reglamenta (art. 45 antes citado).

Me explico: cabe tener en cuenta que las decisiones del Poder Ejecutivo se manifiestan jurídicamente por medio de "decretos" y en el derecho argentino se conocen cuatro clases principales de decretos del Poder Ejecutivo que son: 1) de ejecución o reglamentarios; 2) autónomos; 3) delegados, y 4) de necesidad y urgencia.

De acuerdo a esta clasificación que realiza el Dr. Néstor Pedro Sagiús (ver "Elementos de Derecho Constitucional" Tomo I, pág. 596 y sgtes.) en el caso en análisis estamos considerando un decreto que es reglamentario de una ley. Señala el jurista que los decretos de ejecución o reglamentarios son aquéllos que le dan nombre al Poder Ejecutivo, en tanto órgano estatal encargado de instrumentar y efectivizar las leyes. La Constitución Nacional en su art. 99, inc. 2 entre las competencias del presidente puntualiza que "expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias" (el destacado me pertenece). Queda claro entonces que el decreto reglamentario está jerárquicamente subordinado a la ley.

Desde esta perspectiva un texto legal puede ser modificado por el decreto en cuanto a sus modalidades de expresión, siempre que no afecte su sustancia. Según señala la Corte, la sustancia de la ley atañe a su espíritu y a sus fines ("S.R.L. Narden Argentina" Fallos, 280:18 y "Gravano", Fallos, 283:98).

Cabe tener en cuenta también —como señala el autor citado— que la colisión entre el decreto y la ley se da en estas hipótesis: a) invasión de áreas legislativas: ocurre, para el criterio de la Corte cuando el decreto, so pretexto de perfeccionar las normas existentes, legisla en asuntos que son competencia del Congreso y b) desnaturalización de la ley: cuando el decreto excede el ámbito de la interpretación posible u opinable de la ley, optando por una solución fuera de esta.

Y bien, a mi modo de ver con el art. 3° del decreto 146/2001 estamos en la segunda hipótesis descripta, en tanto, como señalé al iniciar el presente considerando la requisitoria que el mismo impone al trabajador excede claramente lo que establece la norma superior que reglamenta (art. 45 antes citado).

Aunque así no lo creo, suponiendo idéntica jerarquía de leyes, de igual manera en el caso de diferencia notoria como el presente, hubiera tenido que optarse por la norma más favorable (art. 14 bis CN).

En razón de lo que he dejado expresado entiendo que cabe declarar la inconstitucionalidad del art. 3° del decreto 146/2001.

No dejo de advertir que en el presente caso la actora no ha planteado la inconstitucionalidad de dicha norma en la demanda, como he señalado con anterioridad. Sin embargo, no veo obstáculo, en las particulares circunstancias señaladas, en tratar el tema de todos modos, como ya he expresado en un precedente en el que he votado integrando la Sala VI: "Herrero Carlos Alberto c/ESSO S.A.", Sent. 58.335 del 6/06/05, del registro de la Sala VI; ver también de esta Sala VII "Bourel, Martín Federico c/Vicus S.R.L. S/Despido", Sent. 39.188 del 08-05-06.

Sostengo esto porque la función del juez que se enuncia con el adagio latino "iura novit curia", es suplir el derecho que las partes no le invocan o que le invocan mal. Es consecuencia de ello, que los hechos del proceso, deben ser invocados y probados por las partes, pero en lo atinente al derecho aplicable el juez debe fallar, conforme a lo que él considera y razona como conducente a la decisión del proceso. Lo dicho ha llevado a Bidart Campos a sostener que "el juez depende de las partes en lo que tiene que fallar, pero no en cómo debe fallar".

Es que el control de constitucionalidad no depende de las partes porque la supremacía de la Constitución es de orden público.

Por otra parte, no puede argüirse en contra de lo expuesto la posible violación del derecho de defensa o de una posible indefensión, ya que la doctrina mayoritaria, sostiene ya hace tiempo, que frente al "derecho aplicable" no se puede argumentar el derecho de defensa, ya que hay que prever la cuestión constitucional, dentro de ese derecho de defensa y no tenerlo en cuenta por las partes, sólo sería una imprevisión que puede atenderse y que sólo sería imputable a ellas.

En tal sentido, no sólo Bidart Campos ha manifestado su adhesión a esta doctrina, sino otros autores de talla, como Hitters, Juan Carlos (ED 116-20) y Ramírez Bosco (DT XLIII-B).

Este último autor destaca asimismo la vinculación de la declaración de oficio de la inconstitucionalidad con el principio de irrenunciabilidad del Derecho del Trabajo y, a su vez, como derivación necesaria o derivada del principio protectorio.

Asimismo es del caso recordar que el más Alto Tribunal de la República ha señalado hace algunos meses que "es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que

tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta y abstenerse de aplicarlas si se encuentran en oposición a ella (Fallos 311:2478, entre muchos).

Sobre la base de lo expresado tengo para mí que, la intimación cursada por la actora con fecha 5 de mayo de 2008 (al momento de considerarse despedido), resulta suficiente para tener por cumplido el requisito formal contenido en el art. 45 de la ley 25.345, de modo que resulta acreedor de la indemnización prevista (tres veces la remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año), por lo que voto por la revocar el fallo en este tema y elevar la condena a la suma de \$ 8.607,90 (\$ 3.672 + \$ 4.935,9), suma que devengara intereses según se han establecido en la etapa anterior.

V- Denuncia hecho nuevo adjuntando fotocopias de supuestos recibos de haberes de un trabajador actualmente vinculado a la empresa, donde constaría la inscripción de la empleadora al CCT 335/75.

Deseo recordar, en primer lugar, que para que un hecho nuevo sea admitido debe tener vinculación directa y esencial con el objeto del pleito (art. 78 L.O.).

En este punto resulta oportuno indicar que su instrucción requiere un tratamiento riguroso y estricto puesto que de otra forma podría incurrirse en violación del precepto del art. 277 del C.P.C.C.N.

Habida cuenta cabe señalar que en las particulares circunstancias del caso "los recibos de haberes de algún trabajador" no son susceptibles de ser calificados como hecho nuevo en los términos de los arts. 78 y 121 de la L.O.; por no ser un hecho inherente a las partes, toda

vez que aquellos serían de una persona distinta al actor, y por lo tanto no guarda relación con las ventiladas en la presente contienda.

Por ende su valor acreditatorio evidentemente se revela inidóneo para revertir lo resuelto en grado (art. 386 C.P.C.C.N.).

VI- Atento lo normado en el art. 279 propicio mantener las sumas escogidas por el Sr. Juez a los efectos de justipreciar los emolumentos correspondientes a la etapa anterior de los profesionales actuantes en autos, pero sugiero se modifique la base regulatoria, tomando como tal el nuevo monto de condena que dejo propuesto en el apartado anterior y confirmar el fallo en lo demás que decide.

VII- En caso de ser compartido mi voto, propicio que las costas de alzada resulten en el orden causado y se regulen honorarios a la representación letrada de la actora y demandada en el 25%, para cada una de ellas, de los determinados para la instancia anterior (art. 14 de la ley 21.839).

El doctor Rodríguez Brunengo dijo:

Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto de la Dra. Estela Milagros Ferreirós, y añado:

En lo que respecta a la aplicabilidad del decreto reglamentario 146/2001, acuden a mi memoria por una parte, el antiguo aforismo latino: "rara est in dominos iusta licentia", y por otra, la tesis general del clásico libro de Juan Carlos Rébora: "El Estado de Sitio y la Ley Histórica del Desborde Institucional", señalando lo difícil que le resulta a quien ejerce el poder una autolimitación que no traspase sus ceñidas facultades.

La cuestión se ha planteado no solo en nuestro derecho, sino también en democracias más antiguas y consolidadas, como Francia. Georges Ripert nos informa así, que a partir de la Revolución, "Rousseau ne dit pas: les lois, il dit: la loi, et pour lui la loi est souveraine, car elle est l'expression de la volonté générale"... "Il n'y a plus qu'une seule autorité: l'assemblée chargée de faire les lois. Elle détient la puissance législative dans son absolutisme". El gobierno de Vichy, a comienzos de la década del 40, bajo la sombra de la ocupación alemana dictó decretos-leyes y modificó leyes anteriores directamente por decretos, actos que luego fueron anulados, como se ve en: M. Gèny: "De l'inconstitutionnalité des lois et des autres actes de l'autorité publique et des sanctions qu'elle comporte dans le droit nouveau de la Quatrième République (Jurisclasseur périodique, 1947, I, 613) y en M. Pelloux, "dont il suggère d'atteindre par le recours pour excès de pouvoir les actes administratifs qui seraient contraires a ces dispositions" en "Le Déclin du Droit", París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

Entre nosotros, como explica María Angélica Gelli: " La Corte Suprema trazó, por primera vez, los límites de la competencia reglamentaria del Poder Ejecutivo en el caso "Delfino y Cía.". Con mención expresa del anterior art. 86, inc. 2º, el Tribunal sostuvo que "existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla". Ahora bien, encontrar la línea divisoria entre una y otra constituye una cuestión problemática y, al decir de la Corte Suprema, una cuestión de hecho ("Delfino y Cía." Fallos: 148:430, año 1927).

En el caso de autos, estimo que esa línea divisoria ha sido traspasada y se ha configurado una desviación de poder que fundamenta la declaración de inconstitucionalidad del decreto 146/2001, y así lo voto.

En lo que concierne a la declaración de inconstitucionalidad de oficio, quiero poner de relieve que la Ley Címera constituye el arquitrabe de nuestro sistema jurídico, desde adentro y no desde afuera del mismo, por lo que es obligación de los jueces —la primera— comparar la ley a aplicar en el caso concreto con lo imperado por aquélla, para asegurar la supremacía de los derechos fundamentales de los justiciables de manera eficaz, y hacer ceder la normativa que no se ajusta a la Constitución, para asegurar la prevalencia de ésta. Lo contrario sería hacer prevalecer la mera voluntad de las partes, de cuya expresión dependería la aplicabilidad de aquella, como si se tratara de una ley extranjera.

Así la inveterada máxima que se expresa en el brocardico "Iura novit curia" sería objeto de un corte vertical: aplicable a las leyes comunes y otras normas inferiores a éstas, pero omitida respecto de la Constitución, lo que es inadmisibles, salvo que alguna de las partes pidiera su aplicación. Estas consideraciones me inclinan a pronunciarme por la declaración de inconstitucionalidad del ya mencionado decreto 146/2001 de oficio, y así doy mi voto.

Hace años que nuestra Corte ha superado el criterio restrictivo en lo que se refiere a la admisibilidad del control de constitucionalidad de oficio, y lo ha hecho en forma rotunda a partir del fallo dictado el 19/8/2004 en la causa "Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación BCRA) s/Quiebra", como lo destaca Mario Masciotra en su reciente obra "El Principio de Congruencia en los Procesos Civiles, Patrimoniales y de Familia, Laborales y Colectivos Ambientales", páginas 122 y ss., Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2010.

El mismo Autor comenta: "La Corte federal, en su carácter de intérprete final de la ley fundamental ha asumido un real poder del estado, pues no debe dejarse en manos del planteo de los litigantes, la instancia del control de constitucionalidad del ordenamiento jurídico".

Y añade: "Sostenemos que la imposibilidad del juez de censurar en un caso concreto la aplicación de ciertas normas ante una manifiesta e inconciliable contradicción con las disposiciones constitucionales , por no haber mediado previa petición de parte en tal sentido, constituye una reprochable abdicación de la potestad jurisdiccional" (Mario Maciotra, op. cit., pág. 128).

Es pertinente acotar, asimismo, que no resulta compatible con la restringida "disponibilidad" de las partes propia del Derecho Laboral, admitir que la Constitución no predomine sobre normas incompatibles con ella, salvo pedido expreso de los litigantes.

La doctora Beatriz Inés Fontana: No vota (art. 125 ley 18.345).

Por lo que resulta del precedente acuerdo, el Tribunal resuelve: 1) Modificar el fallo y elevar la condena a la suma de \$ 8.607,90 (ocho mil seiscientos siete pesos con noventa centavos) I más los intereses según se han fijado en la instancia anterior. 2) Mantener las sumas escogidas por el Sr. Juez a los efectos de justipreciar los emolumentos correspondientes a la etapa anterior de los profesionales actuantes en autos, pero tomando como base regulatoria el nuevo monto de condena. 3) Confirmar el fallo en lo demás que decide. 4) Declarar las costas de alzada en el orden causado. 5) Regular honorarios a la representación letrada de la actora y demandada en el 25% (veinticinco por ciento), para cada una de ellas, de los determinados para la instancia anterior. Estela M. Ferreirós. Néstor M. Rodríguez Brunengo.

8. Fallo: “Myler, Valeria Romina c/ Organización Lógica S.R.L. s/ Despido”

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII.

Fecha: 30/05/2012

Publicado en: IMP2012-10, 266 - DJ14/11/2012, 59. La Ley Online.

Cita Online: AR/JUR/25532/2012

Hechos:

La empleadora, estando vigente el periodo de prueba, dispuso la rescisión de la relación laboral habida con una trabajadora luego que le comunicara su estado de gravidez, lo que motivó el inicio de reclamo indemnizatorio por parte de ésta. El a quo rechaza la demanda. Apela la actora, fundando su disenso en que la decisión rupturista tuvo característica discriminatoria. La Alzada modifica el fallo recurrido.-

Texto Completo: 2ª Instancia. — Buenos Aires, mayo 30 de 2012

El doctor Catardo dijo:

I. La sentencia de primera instancia que rechazó la demanda, viene apelada por ambas partes y por la perito contadora, que estima reducida la regulación de sus honorarios.

II. Se agravia la parte actora, por el rechazo de sus reclamos, decisión a la que arribó el " a quo" luego de la ponderación de las pruebas colectadas en la causa, por lo que concluyó que "no se encuentra suficientemente demostrado que la desvinculación de la actora se fundara en una actitud discriminatoria por su embarazo...".

III. Señalo que llega firme a esta Alzada que la trabajadora se encontraba al momento de la rescisión del vínculo laboral, en período de prueba, que es la fase inicial del contrato

de trabajo por tiempo indeterminado durante el cual se reconoce al empleador la facultad de extinguir dicho vínculo, sin que, de tal decisión derive de la asunción de responsabilidad indemnizatoria. También, que la demandada se encontraba notificada de su estado de gravidez, momento en que la trabajadora, adquiere "ex postfacto" una garantía especial, a raíz de su estado.

Esta Cámara, se ha expedido reiteradamente, respecto de la vigencia de la protección de maternidad en el período de prueba, de distintas maneras, máxime reconociendo que la vinculación laboral durante el período de prueba es característicamente precaria y exige del magistrado judicial una apreciación estricta de la prueba que intenta brindar el litigante sobre la intencionalidad de la otra parte al disponer el cese por discriminación. Entiendo que en autos es fundamental determinar si la decisión de la demandada de poner fin a la relación laboral que los unía obedeció a que la actora no reunía las condiciones para el puesto para el que se la había contratado, sino a su estado de gravidez, y de acuerdo al análisis de las probanzas del caso, señalo que la señora Myler comunicó su embarazo a la empresa mediante TCL, el 27/10/08.

Con posterioridad a ello, la demandada rescindió el contrato (CD 99479958 1 de fecha 7.11.08), conducta que a mi entender evidencia mala fe por parte de la accionada. Y es que la mujer gestante goza del principio general de no discriminación de raigambre constitucional, que se reforzó con la incorporación de Tratados y Pactos Internacionales a través de la reforma constitucional del año 1994, con presencia en nuestro derecho de fondo (artículos 17 y 81 de la L.C.T.), y los Convenios 3 y 103 de la OIT. La interpretación armónica de todo este plexo normativo, me lleva a concluir, y en coincidencia con lo sentado por jurisprudencia de esta Cámara, que el período de prueba, que busca promover cierto tipo de contrataciones, facilidad en la selección de personal, brindar al empleador la

opción de valorar la idoneidad del dador de trabajo, etc, no puede constituirse en un "bill de indemnidad" a favor del empleador para canalizar prácticas discriminatorias o disvaliosas. (En este sentido Sala III en autos "Guisado de Jacobs c. K.B. Servicios S.A. s / Despido" del 5.3.98, y sentencia definitiva 34217 del 29.06.07 del registro de esta Sala VIII en autos "Jimenez Julieta c / Marcelo Pena S.A. s / Despido" de mi voto) Por el contrario, debe garantizarse la protección de la maternidad, la salud de la mujer y la de su hijo, a través de una política de promoción de la institución familiar.

En nada empece, el hecho de que ACE SEGUROS S.A., a principios de noviembre de 2008, haya decidido finalizar el contrato comercial que las vinculaba, que supuestamente obligó a la demandada a finalizar el contrato, porque tales circunstancias son propias del riesgo empresario. Tampoco que la demandada haya desvinculado no sólo a la actora sino a otros empleados también, ni las declaraciones de los testigos Unales (fs. 225/226) y Palavecino (fs. 223/224) –ambos propuestos por la demandada-, en ese sentido.

IV. En consecuencia considero que cuando el artículo 92 bis ap. 4) dispone que se puede extinguir la relación sin expresión de causa y sin derecho a indemnización alguna se refiere a aquellas reparaciones que tienen en cuenta el derecho a la estabilidad y no a las que a la vez, que resarcen el daño que la cesantía injustificada produce al trabajador, persiguen desalentar prácticas discriminatorias. Siendo ello así, corresponderá se haga lugar a la demanda.

V. Diferente situación es la relativa a la partida "Daño Moral". La carencia de fundamentación del reclamo constituye un óbice insalvable para su procedencia (artículo 65 incisos 3, 4 y 6 de la Ley 18.345).

VI. El recurso de la demandada ha sido mal concedido porque la suma que se intenta cuestionar es inferior al monto previsto por el artículo 106 de la Ley 18.345 reformada por la Ley 24.635.

Respecto a la queja a hacer entrega de los certificados que contempla el art. 80 LCT, es improcedente.

Cabe decir que, según la redacción impuesta por la Ley 25.345, establece, en lo que interesa a esta litis que "La obligación de ingresar los fondos de seguridad social por parte del empleador y los sindicales a su cargo, ya sea como obligado directo o como agente de retención, configurará asimismo una obligación contractual. El empleador, por su parte, deberá dar al trabajador, cuando éste lo requiriese a la época de la extinción de la relación, constancia documentada de ello.

"Cuando el contrato de trabajo se extinguiere por cualquier causa, el empleador estará obligado a entregar al trabajador un certificado de trabajo, conteniendo las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de éstos, constancia de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social.

"Si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos respectivamente en los apartados 2 y 3 de este artículo dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formule el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último que será equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuere menor".

La norma es por demás clara: es obligación del empleador entregar al momento de extinguirse la relación laboral, dos certificados (el destacado es mío). Uno, conteniendo constancia documentada del ingreso de los fondos de la seguridad social (apartado segundo). Otro, con las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de éstos, constancia de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social (apartado tercero).

La accionada a fs. 47/48 agregó el extendido en formulario de la ANSES, identificado como PS 6.2.

En este último instrumento, puede comprobarse que, se han indicado algunos de los datos requeridos por la norma: el tiempo de prestación de servicios, la naturaleza de éstos y los sueldos percibidos. Sin embargo, no aparecen en él, los aportes y contribuciones con destino a los organismos de la seguridad social.

La certificación de servicios y remuneraciones, formulario PS 6.2. de la ANSES, puede ser suficiente para el organismo oficial; sin embargo, en mi criterio, no cumple con el requerimiento legal que es claro y contundente: debe entregarse al trabajador una constancia de los aportes y contribuciones con destino a los organismos de la seguridad social.

Es obvio que, el empleador ha cumplido con una parte de su obligación al poner a disposición el certificado de trabajo, pero no lo hizo al pretender entregar el aludido formulario de la ANSES. La circunstancia que el trabajador, puede presentarse con el mismo ante el organismo al momento de solicitar el otorgamiento de algún beneficio no desplaza la obligación del demandado, que el legislador -indudablemente en conocimiento

de los criterios de la ANSES-, ha decidido mantener, cual es la de entregar la constancia del ingreso de los aportes y contribuciones.

Cabe destacarse que la Ley de Contrato de Trabajo impone al empleador una obligación de hacer: la entrega de dos documentos que deben contener necesariamente los datos que la norma determina. Si el legislador hubiese entendido que resultaba suficiente la información que pudiese tener en sus registros la ANSES, así lo habría señalado, eliminando de los certificados en cuestión, el requisito de que deben contener la constancia de ingreso de los aportes y contribuciones con destino a los organismos de la seguridad social, cosa que no hizo.

No interesa que la ANSES pueda poseer la información de esos aportes y contribuciones, ni que el trabajador tenga la posibilidad de concurrir a ese organismo, a efectuar la averiguación correspondiente. Lo primero, porque ello no excluye la obligación del empleador de entregar la constancia, que, como expresara, es una imposición legal. Lo segundo, porque implicaría poner en cabeza del empleado una obligación adicional que, no está prevista en norma legal alguna. El tema no tiene nada que ver con la posibilidad de que se cause o no un daño al trabajador, el que, no obstante, podría existir en el futuro. La razón por la cual el empleador está obligado a entregar la constancia de los aportes y contribuciones, es la de simplificar todos los trámites que el empleado tenga que realizar en su momento ante el ANSES, aportando al organismo la información que permita efectuar las verificaciones correspondientes, porque lo cierto es que, si bien la ANSES puede entregar información de los aportes y contribuciones, nada garantiza ni que la misma sea veraz, ni que no exista la posibilidad de que, dicha información, se pierda o pueda ser cuestionada administrativamente.

Resulta importante y hasta necesario que el trabajador tenga en su poder, una constancia documentada del ingreso de los mentados aportes y contribuciones, para poder acreditar ese extremo, en caso de serle requerido.

Si el legislador hubiese considerado que el formulario PS 6.2. -que ya existía cuando se modificó el artículo 80 de la L.C.T. por la ley 25.345- era suficiente, no hubiese redactado la norma como lo hizo. El solo hecho de la inclusión de la obligación bajo análisis, demuestra lo importante que resultaba para él, que el empleador entregase las constancias de aportes y contribuciones.

La constancia documentada del ingreso de los aportes y contribuciones, no puede ser incluida en el formulario PS 6.2. de la ANSES, porque el mismo no contiene espacio alguno destinado al efecto. Por lo tanto, la obligación del empleador, debe resumirse en la entrega al trabajador de un documento en el que conste el ingreso de los aportes y contribuciones con destino al sistema de seguridad social. Ciertamente que el empleador debe conservar los originales en su poder, por lo que le bastará con entregar copia certificada de los pagos mensuales realizados.

En la especie, la apelante no ha acompañado el certificado previsto en el apartado tercero.

Por ello, corresponde considerar incumplida la obligación prevista en la norma legal aludida y condenar a la demandada a la entrega de los certificados previstos en el artículo 80 L.C.T., bajo apercibimiento de astreintes

VII. La liquidación estará integrada por los siguientes items, conceptualmente tratados en este pronunciamiento y/o que llegaron firmes a esta alzada: a) preaviso omitido: \$ 756,07; b) S.A.C. sobre rubro a): \$63; d) "salario días de noviembre de 2008": \$ 423,39;

e) "aguinaldo proporcional 2008: \$315, 03; f) "vacaciones proporcionales 2008 con más S.A.C.: \$ 262,10; g) indemnización artículo 182 LCT: \$19.657,82; y, h) multa artículo 80 de la L.C.T.: \$ 4.536,42. El capital de condena asciende a \$ 24.514,83 (26.013,83 menos 1.499.- –reconocido como percibido como liquidación final-).

VIII. Se deberá dejar sin efecto la imposición de costas y regulación de honorarios atento lo normado en el artículo 279 del C.P.C.C.N.

IX. Por lo expuesto propongo en este voto se confirme la sentencia apelada en cuanto pronuncie condena; se fije el capital nominal en \$ 24.514,83.-, al que accederán los intereses fijados en grado. Asimismo, se la condene a la entrega, dentro del plazo de cinco días, de la totalidad de los certificados previstos en el artículo 80 de la L.C.T., bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias; se impongan las costas del proceso a la demandada; se regulen los honorarios de la representación de la parte actora, de la demandada y de la perito contadora en el 18 %, 14% y 7%, respectivamente, por la totalidad de los trabajos realizados en ambas instancias.

El doctor Pesino dijo:

Que, por compartir sus fundamentos, adhiere al voto que antecede.

Por ello, el tribunal resuelve:

Confirmar la sentencia apelada en cuanto pronuncia condena;

Fijar el capital de condena en \$ 24.514,83.-, al que accederán los intereses fijados en grado;

Condenar a la entrega, dentro del plazo de cinco días, de la totalidad de los certificados previstos en el artículo 80 de la L.C.T., bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias;

Imponer las costas del proceso a la demandada;

Regular los honorarios de la representación de la parte actora, de la demandada y de la perito contadora en el 18 %, 14% y 7%, respectivamente, por la totalidad de los trabajos realizados en ambas instancias.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvanse. — Luis Alberto Catardo. — Víctor Arturo Pesino.

¹ Dr. Juan Carlos E. Morando, Dra. Gabriela Vázquez, Dr. Lescano (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala VIII), Dr. Osvaldo Verón (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala II)

² Dr. Luis A. Catardo (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala VIII), Dra. Marta A. De la Vega (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala II), Dr. Rodríguez Brunengo, Dra. Estela Ferreiros (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala VII)

³ Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala VII. Fecha: 25 de julio de 2008. Partes: "Pérez Cortez., Estela. M. del V. c/ Golman Christian Ezequiel s/ despido." Publicado en: La Ley Online.

⁴ Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VIII. Fecha: 29 de junio de 2006. Partes: "Jiménez, Julieta M. c. Marcelo H. Pena S.A. s/ despido." Publicado en: La Ley Online.

⁵ Ley 23592. Penalización de Actos Discriminatorios.

Buenos Aires, 3 de Agosto de 1988

Boletín Oficial, 05 de Septiembre de 1988

EL SENADO Y CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN ARGENTINA REUNIDOS EN CONGRESO, ETC. SANCIONAN CON FUERZA DE LEY:

ARTICULO 1.- Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja 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.

ARTICULO 2.- Elevase en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o Leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En ningún caso se podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate.

ARTICULO 3.- Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas.

*ARTICULO 4.- Se declara la obligatoriedad de exhibir en el ingreso a los locales bailables, de recreación, salas de espectáculos, bares, restaurantes u otros de acceso público, en forma clara y visible el texto del artículo 16 de la Constitución Nacional, junto con el de la ley.

Modificado por: Ley 24.782 Art.1Incorporado. (B.O. 03-04-97).

*ARTICULO 5.- El texto señalado en el artículo anterior, tendrá una dimensión, como mínimo de treinta centímetros (30) de ancho, por cuarenta (40) de alto y estará dispuesto verticalmente. En el mismo al pie, deberá incluirse un recuadro destacado con la siguiente leyenda: "Frente a cualquier acto discriminatorio, usted puede recurrir a la autoridad policial y/o juzgado civil de turno, quienes tienen la obligación de tomar su denuncia.

ARTICULO 6.- Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.

FIRMANTES: PUGLIESE - MARTINEZ - BRAVO - MACRIS

⁶ **Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII.** Fecha: 28/03/2008. Partes: “Mendoza, Julia Edith c. Adecco Argentina S.A. y Otro s/ Despido.” Publicado en: IMP2008-11 (Junio), 990 - DT2008 (junio), 682 - LA LEY 29/07/2008, 29/07/2008.

⁷ **Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VIII.** Fecha: 29 de junio de 2006. Partes: “Jiménez, Julieta M. c. Marcelo H. Pena S.A. s/ despido.” Publicado en: La Ley Online.

⁸ C. Nac. Trab., Sala I, Sentencia del 10/9/2013, “Pastrana, Daiana S. v. Comcell S.A s/ Despido”; C. Laboral Rosario, sala 2, Sentencia del 21/12/2012, “Almada, Vanesa v. Consultores de Empresas S.R.L s/ Cobro de pesos”; Pasten de Ishihara, Gloria M., y Pinotti Monica M.I., “Regimen de Contrato de Trabajo Comentado”, t. II, Maza, Miguel A. (dir), La Ley, Buenos Aires, p. 909.

⁹ Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII. Fecha: 30/05/2012
Partes: Myler, Valeria Romina c/ Organización Lógica S.R.L. s/ Despido
Publicado en: IMP2012-10, 266 - DJ14/11/2012, 59
Cita On line: AR/JUR/25532/2012.

¹⁰ Toq. 1191. Ruiz Diaz. Rodriguez Brunengo. Expte. 8998/2004. Altamirano, Nilda Vanesa c/ Organización Fiel S.A. s/ despido”. 5/12/05 SD. 38916. Camara Nacional de Apelaciones del trabajo. Sala VII.

¹¹ Alejandro, Sergio J., “Despido indirecto por causa de embarazo. Fallo que transgrede el artículo 178 de la L.C.T.”, publicado en: Práctica Profesional 2006-34, 105.

¹² Maza, Miguel Ángel (Director), Ley de Contrato de Trabajo, Ed. La Ley, versión digital, www.laleyonline.com.ar, comentario al art. 177 LCT.

¹³ Raguza, A. comentando el art. 177, obra colectiva Ley de Contrato de Trabajo, Comentada, anotada y concordada, J. Rodriguez Mancini, Director, Ed. La Ley, Bs. 2007, pág. 612.

¹⁴ Livellara, Carlos. Despido sin causa en situaciones especialmente protegidas, Revista de Derecho Laboral 2000-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 136.

¹⁵ CNTrab., sala III, 30/04/98 -“Bobe, Julieta c. De Andreis, José s/despido”

¹⁶ Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala laboral 19/9/2006 Caro, Paulina del C. c. Racor S.R.L. La Ley Online; AR/JUR/7287/2006.

¹⁷ **DECRETO NACIONAL 254/98**
PLAN PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE VARONES Y MUJERES EN EL MUNDO LABORAL
VISTO

El Artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional y las Leyes 23.451 y 24.632, y

CONSIDERANDO

Que el inciso 22 del Artículo 75 de la Constitución Nacional ha otorgado jerarquía constitucional a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Que por el Artículo 11 de dicha Convención se reconoce la necesidad de que el Estado tome las medidas apropiadas para la eliminación de la discriminación contra las mujeres en la esfera del empleo, incluyendo en el mismo el acceso a la formación profesional y el derecho a las mismas oportunidades de ascenso.

Que la Ley N. 23.451 aprobó el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares.

Que mediante la Ley N. 24.632 se aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en la cual se insta a los Estados a adoptar medidas específicas para fomentar el logro y la observancia del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, incluyendo la erradicación de las prácticas de acoso sexual en los lugares de trabajo, entendiéndose que la misma configura una violación a los derechos humanos.

Que la Ley N. 24.576 garantiza como derecho fundamental de todos los trabajadores y trabajadoras la promoción profesional y la formación en el trabajo en condiciones igualitarias de acceso y trato.

Que nuestro país, por la Ley N. 14.467, ratificó el Decreto-Ley 11.595/56, aprobatorio del Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre igualdad de remuneración por trabajo de igual valor.

Que los compromisos asumidos por el Estado Argentino en la Declaración y en la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, requieren su traducción a instrumentos programáticos que permitan la adopción de medidas tendientes a facilitar el acceso de las mujeres, en condiciones de igualdad, a los recursos y al empleo.

Que como resultado del informe presentado por nuestro país ante el CEDAW (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer) éste realizó una serie de recomendaciones entre las que se señala "...el deber de mantener y reforzar los planes de igualdad...", "...intensificar los programas dedicados a promover el empleo de mujeres y en particular de las mujeres jóvenes...", y la "...penalización del acoso sexual cuando tiene lugar en las relaciones laborales del sector privado...".

Que en virtud de lo expuesto corresponde la implementación de políticas nacionales que aseguren a las mujeres el acceso equitativo al empleo y a los recursos productivos, y velen por la igualdad de oportunidades y de trato en materia de condiciones laborales y de remuneraciones, como también sus posibilidades de desarrollo en el campo laboral.

Que la presente medida se dicta en uso de las facultades conferidas por el Artículo 99, inciso 1 de la CONSTITUCION NACIONAL.

Por ello,

EL PRESIDENTE DE LA NACION ARGENTINA

DECRETA:

Artículo 1º.- Apruébase el "Plan para la Igualdad de Oportunidades entre Varones y Mujeres en el Mundo Laboral", que como Anexo I, forma parte integrante del presente Decreto.

Artículo 2º.- El CONSEJO NACIONAL DE LA MUJER, organismo dependiente de la SECRETARIA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACION, tendrá a su cargo las tareas de coordinación del Plan que se aprueba por el Artículo 1.

Artículo 3º.- Los organismos de la Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada, deberán en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, adoptar todas las medidas que fuere menester a fin de dar cumplimiento a los objetivos enunciados en el Plan para la Igualdad de Oportunidades entre Varones y Mujeres en el Mundo Laboral.

Artículo 4º.- Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

ANEXO A: PLAN PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE VARONES Y MUJERES EN EL MUNDO LABORAL

Artículo 1º:

1. ACORDAR ENTRE EL CONSEJO NACIONAL DE LA MUJER Y EL MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL PROPUESTAS A FIN DE PROMOVER LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y DE TRATO ENTRE MUJERES Y VARONES EN EL AMBITO DEL TRABAJO.

1.1. Diseñar e implementar políticas, planes y programas operativos que promuevan la incorporación de la mujer al trabajo en igualdad de oportunidades y de trato con los varones.

1.1.1. Capacitar a quienes se encarguen del diseño, formulación y ejecución de programas y proyectos, para facilitar la equiparación de oportunidades de acceso y participación de las mujeres en el empleo y la formación profesional.

1.1.2. Asistir técnicamente a organismos gubernamentales y no gubernamentales para el diseño y formulación de proyectos de generación de puestos de trabajo, que contemplen las necesidades e intereses de las mujeres.

1.1.3. Diseñar y ejecutar un programa de orientación laboral para mujeres a nivel provincial y municipal para facilitar la búsqueda de empleo y la diversificación de opciones ocupacionales.

1.1.4. Impulsar la representación equitativa de las mujeres en los programas de empleo, incluidos los dirigidos a actividades no tradicionales.

1.1.5. Impulsar la incorporación de políticas de igualdad de oportunidades entre mujeres y varones en los acuerdos de integración regional.

1.2. Promover la formación profesional y técnica de las mujeres para la diversificación de sus opciones profesionales para que amplíen sus posibilidades de inserción laboral.

1.2.1. Garantizar la participación equitativa de las mujeres en los programas de capacitación o entrenamiento continuo.

1.2.2. Diseñar módulos que incorporen temas relacionados con el desarrollo personal y social de las mujeres, fortalecimiento grupal y organizacional y nuevas opciones profesionales.

- 1.2.3. Facilitar la incorporación de las mujeres, especialmente las más jóvenes, en todos los cursos de formación, incluidos los referidos a ocupaciones no tradicionales y a nuevas tecnologías.
- 1.3. Promover la participación de las mujeres en la producción, estimulando su actividad emprendedora.
- 1.3.1. Desarrollar materiales y metodologías de inducción y acompañamiento para mujeres que quieran generar su propio empleo en forma individual o asociada.
- 1.3.2. Estimular la operatoria de líneas de financiación favorables para el desarrollo de microemprendimientos productivos liderados por mujeres.
- 1.3.3. Capacitar a las mujeres para la gestión y administración de su propio microemprendimiento, con el fin de optimizar su competitividad para una mejor inserción en el mercado, en el medio urbano así como en el rural.
- 1.4. Difundir los derechos de las mujeres trabajadoras y estimular su ejercicio.
- 1.4.1. Difundir entre las mujeres trabajadoras y los empleadores, los derechos y obligaciones derivados de la relación laboral, con el fin de evitar y eliminar discriminaciones y aplicar el principio de igualdad de oportunidades.
- 1.4.2. Articular con las organizaciones sindicales y empresarias a efectos de definir estrategias con el fin de propiciar la aplicación del derecho a una remuneración igual por trabajo de igual valor, para varones y mujeres.
- 1.4.3. Propiciar la sanción de una normativa que penalice el acoso sexual en las relaciones de trabajo del sector privado.
- 1.4.4. Promover la regularización del empleo doméstico mediante la revisión de la legislación vigente, con el fin de favorecer los mecanismos de inserción laboral, disminuir los riesgos de marginalidad social y transparentar la relación laboral.
- 1.5. Generar instancias administrativas que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato de las mujeres en las relaciones laborales.
- 1.5.1. Reforzar los órganos de control existentes en materia laboral para que vigilen el efectivo cumplimiento del principio de no discriminación de las mujeres en el ámbito laboral.
- 1.5.2. Capacitar a las personas destinadas a estas instancias sobre la legislación vigente en el país que garantiza la no discriminación de las mujeres en el trabajo.
- 1.6. Promover la conciliación de la vida familiar y laboral.
- 1.6.1. Elaborar propuestas de normativas que recojan las disposiciones de la Ley N. 23.451, que ratifica el Convenio 156 de la OIT sobre trabajadores con responsabilidades familiares.
- 1.6.2. Elaborar propuestas tendientes a compatibilizar la legislación vigente a fin de incrementar la oferta de servicios y atención a la infancia, con horarios amplios y flexibles, utilizando recursos existentes y opciones disponibles.
- 1.6.3. Impulsar en el ámbito de la Administración Pública Nacional el cumplimiento del Decreto 1363/97.
- 1.7. Analizar y difundir la situación y el aporte de las mujeres trabajadoras.
- 1.7.1. Interesar a los organismos encargados de la producción de información sobre la necesidad de desagregar ampliamente por sexo los datos referentes al mercado de trabajo.
- 1.7.2. Diseñar indicadores que permitan transparentar la situación de las mujeres en el mercado de trabajo y la seguridad social.
- 1.7.3. Realizar estudios de diagnóstico sobre cantidad de mujeres en puestos jerárquicos, con poder de decisión y en actividades no tradicionales. Difundir los resultados.
- 1.7.4. Realizar estudios con el fin de ampliar el conocimiento de la situación de las mujeres en relación con el trabajo, identificando los obstáculos que se les presentan.
- 1.7.5. Realizar un relevamiento sobre la existencia y el funcionamiento de jardines maternales y guarderías.
- 1.7.6. Difundir los resultados de los estudios, análisis e investigaciones realizadas.
- 1.8. Efectuar el monitoreo y la evaluación de las intervenciones planificadas.
- 1.8.1. Elaborar indicadores específicos e instrumentos de evaluación para dimensionar y visualizar el grado de alcance de los objetivos propuestos, así como la eficacia y la eficiencia de la implementación del Plan, para efectuar las correcciones necesarias.
- 1.8.2. Realizar un análisis comparativo de los resultados obtenidos y los objetivos propuestos, con el fin de transferirlas buenas prácticas identificadas a las Áreas Mujer provinciales.

¹⁸ Montoro Gil, Gonzalo Vicente. Zona gris en la protección legal de la mujer embarazada. Publicado en: Sup. Act 23/07/2009. Cita online: AR/DOC/2615/2009).

¹⁹ Art. 8.1, Convenio N° 183 Organización Internacional del Trabajo.

- ²⁰ C.N.A.T., Sala III in re “Guisado de Jakobs, Paula c. KB Servicios S.A.”, 5/03/98 y “Smorzeňuk, Graciela M. C. Olea, José M. y Otros”, 29/02/00.
- ²¹ C.N.A.T., Sala III in re “Guisado de Jakobs, Paula c. KB Servicios S.A.”, 5/03/98 y “Smorzeňuk, Graciela M. C. Olea, José M. y Otros”, 29/02/00.
- ²² C.N.A.T., Sala IV in re “Fernandez, Marcela N. C. Bas S.A.”, 24/04/98.
- ²³ C.N.A.T., Sala VI in re “Benitez, Cristina I. c. Maylinco S.A.”, 26/11/99.
- ²⁴ C.N.A.T., Sala VII, in re “Buitron, Patricia Noemí c. Aqualine S.A. s/despido”, 11/07/01.
- ²⁵ Piroló, M. Angel, “La estabilidad por maternidad y matrimonio garantizada a la mujer en distintas modalidades contractuales y en los regímenes especiales”, pub.en Rev.Derecho del Trabajo 2000-B págs. 2265/2270.
- ²⁶ Ragusa, A. Beatriz, “El período de prueba y algunas instituciones que tutelan la estabilidad del trabajador en el empleo”, pub. en Rev. Derecho del Trabajo 2001-A, págs.42/52.
- ²⁷ Gonzalez, Ricardo Oscar (h) “Despido de la trabajadora embarazada, durante el período de prueba” pub. en Revista de Derecho Laboral, 2000 – 2 “Extinción del contrato de trabajo”, tomo II, pag. 341/353.
- ²⁸ Caubet, Amanda “La estabilidad especialmente protegida en los casos de discriminación: el despido nulo de la mujer embarazada y de representantes sindicales”, pub. en Rev. Doctrina Laboral –Errepar, noviembre 1996, pág.941/950.
- ²⁹ Pasten de Ishihara “La protección a la maternidad y el período de prueba” pub. en Revista Doctrina Laboral – Errepar de junio/1997 pág. 614/625.
- ³⁰ Elffman, Mario “Acotaciones sobre el período de prueba” pub. en Revista Doctrina Laboral – Errepar julio/1997, pág.701/711.
- ³¹ Martinez Vivot, Julio J. “Despido de una trabajadora embarazada durante el período de prueba”, pub. en Trabajo y Seguridad Social, 1998, pág. 1043/1046.
- ³² Abdelnur, M. Ángel “Informe preliminar sobre la nueva ley de reforma laboral (25.013)” pub. en Trabajo y Seguridad Social 1999 – pág. 3 sges.
- ³³ Gerez, Oscar R. “Problemática del período de prueba” pub. en Derecho del Trabajo 1998 – A pág. 244 y sges.
- ³⁴ Carcavallo, Hugo R. “La reforma laboral (Crónica de la ley 24.465), pub. en Trabajo y Seguridad Social, 1995 – 329 y sges.
- ³⁵ Art. 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.”
- ³⁶ Kemelmajer de Carlucci, Aída. Las acciones positivas, publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, Abril 2001.

³⁷ Ob. Citada.

Bibliografía:

a) General:

Bidart Campos, Germán, “Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio pro homine”, en “El Derecho Constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas” (obra colectiva), 2000, Ed. Ediar.

Constitución Nacional Argentina.

Grisolia, Julio Armando. Derecho del Trabajo y la seguridad Social. 8va. Edición.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. Las acciones positivas, publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, Abril 2001.

Ley de Contrato de Trabajo, 20744.

Maza, Miguel Ángel (Director), Ley de Contrato de Trabajo, Ed. La Ley, versión digital, www.laleyonline.com.ar, comentario al art. 177 LCT.

a) Especial:

Abdelnur, M. Ángel “Informe preliminar sobre la nueva ley de reforma laboral (25.013)” pub. en Trabajo y Seguridad Social 1999.

Albanese, Susana, “Los valores en el sistema de derechos humanos”, en “Los valores en la Constitución argentina”, 1999, Ed. Ediar.

Alejandro, Sergio J., “Despido indirecto por causa de embarazo”, publicado en: Práctica Profesional 2006-34, 105.

Alice, Beatriz, “Los principios generales del Derecho Constitucional argentino”, en “Los valores en la Constitución argentina”, 1999, Ed. Ediar.

Carcavallo, Hugo R. “La reforma laboral (Crónica de la ley 24.465), pub. en Trabajo y Seguridad Social, 1995 – 329 y sgtes.

Caubet, Amanda “La estabilidad especialmente protegida en los casos de discriminación: el despido nulo de la mujer embarazada y de representantes sindicales”, pub. en Rev. Doctrina Laboral –Errerpar, noviembre 1996.

Elffman, Mario “Acotaciones sobre el período de prueba” pub. en Revista Doctrina Laboral, Errepar julio/1997.

Gerez, Oscar R. “Problemática del período de prueba” pub. en Derecho del Trabajo 1998.

Garcia Martinez, Roberto, “Los derechos humanos en la reforma constitucional de 1994 y el Derecho del Trabajo”, DT 1995-B-233, y TOSCA, Diego, “El Derecho Internacional como fuente del Derecho del Trabajo. Consideración de la jurisprudencia nacional”, DT 2002-A-901 y ss.

Gonzalez, Graciela, “Los convenios de OIT. Relativos a los derechos fundamentales del trabajo y su aplicación en el Derecho Laboral argentino. La internacionalización del Derecho del Trabajo”, DT 2004-A-588 y ss., y ETALA, Carlos A., “Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y su interpretación”, DT 2002-A-677 y ss.

Gonzalez, Ricardo Oscar (h) “Despido de la trabajadora embarazada, durante el período de prueba” pub. en Revista de Derecho Laboral, 2000 – 2 “Extinción del contrato de trabajo”, tomo II.

Livellara, Carlos. Despido sin causa en situaciones especialmente protegidas, Revista de Derecho Laboral 2000-2, Ed. Rubinzal-Culzoni.

Martinez Vivot, Julio J. “Despido de una trabajadora embarazada durante el período de prueba”, pub. en Trabajo y Seguridad Social, 1998.

Montoro Gil, Gonzalo Vicente. Zona gris en la protección legal de la mujer embarazada. Publicado en: Sup. Act 23/07/2009. Cita online: AR/DOC/2615/2009).

Pasten de Ishihara “La protección a la maternidad y el período de prueba” pub. en Revista Doctrina Laboral – Errepar de junio/1997.

Pinto, Mónica, “Temas de derecho humanos”, 1997, Ed. del Puerto.

Pirollo, M. Angel, “La estabilidad por maternidad y matrimonio garantizada a la mujer en distintas modalidades contractuales y en los regímenes especiales”, pub. en Rev.Derecho del Trabajo 2000-B.

Ragusa, A. Beatriz, “El período de prueba y algunas instituciones que tutelan la estabilidad del trabajador en el empleo”, pub. en Rev. Derecho del Trabajo 2001-A.

Raguza, A. Beatriz. Comentando el art. 177, obra colectiva Ley de Contrato de Trabajo, Comentada, anotada y concordada, J. Rodriguez Mancini, Director, Ed. La Ley, Bs. 2007.

Salomon, Marcelo J. El Derecho del Trabajo y el principio protectorio a la luz del constitucionalismo humanitario. Reflexiones sobre la realidad laboral argentina. RDLSS 2006-17-1527, Lexis Nexis N° 0003/401267.

Índice:

1-Resumen-----	3
2-Estado del Arte-----	4
3-Marco Teórico-----	7
4-Introducción-----	11

Capítulo I

“El período de prueba. Los contratos por tiempo indeterminado y el período de prueba. Las modalidades contractuales y el período de prueba.”

1-Introducción -----	15
2-Nociones preliminares-----	15
3-Breve Reseña Histórica-----	16
4-Período de Prueba-----	16
4.1Sus Reglas-----	17
5. Contrato por tiempo indeterminado-----	18
5.1. Características del Período de Prueba-----	18
6. Modalidades contractuales -----	19
7. Conclusión-----	20

Capítulo II

“Las principales características de la protección a la trabajadora embarazada, otorgada por la Ley de Contrato de Trabajo, la Constitución Nacional y la Organización Internacional del Trabajo.”

1. Introducción.-----	22
2. Análisis y tratamiento de los artículos 177 y 178 de la Ley de Contrato de Trabajo--	22
3. La presunción del despido por causa del embarazo del artículo 178 Ley de Contrato de Trabajo.-----	23
3.1 Contradicción entre los arts. 177 y 178 LCT. -----	24
4. Garantías introducidas por nuestra Constitución Nacional sobre los derechos de la mujer embarazada en el ámbito del trabajo. -----	27
4.1 Constitución Nacional art. 75 inc. 23.-----	29
4.2 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer art. 11.-----	29
4.3 Decreto Nacional 254/98 Plan para la Igualdad de Oportunidades para Varones y Mujeres en el Mundo Laboral.-----	29
4.4 Convenio N° 3 de la Organización Internacional del Trabajo. -----	29
5. La Organización Internacional del Trabajo: lo que expresa sobre la protección y la no discriminación de la mujer. -----	31
5.1. Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Igualdad de Remuneración.-----	32
5.2. Convenio N° 111 de la Organización internacional del Trabajo, sobre Discriminación en el Empleo y Ocupación. -----	34

5.3. Convenio N° 183 de la Organización internacional del Trabajo, sobre Protección de la Maternidad. -----	35
5.3 a. Los Principales artículos del Convenio -----	36
6. Conclusiones.-----	40

Capítulo III

‘La contradicción o contraposición que se produce entre los diferentes artículos de la misma Ley de Contrato de Trabajo sobre el despido de la trabajadora embarazada en el período de prueba y la estabilidad por maternidad de la que goza.’

1. Introducción.-----	42
2. Disidencias doctrinaria y jurisprudenciales sobre la garantía de estabilidad de la mujer por maternidad durante el período de prueba. -----	42
2.1. Reseña de jurisprudencia.-----	44
2.2. Reseña de doctrina.-----	46
3. La estabilidad de la mujer embarazada y su interpretación protectoria a la luz de la Constitución Nacional.-----	50
4. Conclusiones.-----	55

Capítulo IV

“Análisis de fallos jurisprudenciales sobre el despido de la trabajadora embarazada durante el período de prueba.”

1. Introducción. -----	59
2. Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VIII, “Petrillo, Paola Natalia c/. Nas Argentina S.A. s/ despido.” -----	59
3. Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII, ‘Pérez Cortez., Estela. M. del V. c/ Golman Christian Ezequiel s/ despido”. -----	60
4. Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VIII, “Jiménez, Julieta M. c. Marcelo H. Pena S.A. s/ despido” -----	62
5. Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII, “Mendoza, Julia Edith c. Adecco Argentina S.A. y Otro s/ despido.” -----	65
6. Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, “J., M. A. c/. Diffupar S.A. s/Despido.” -----	67
7. Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Resistencia, sala II, “Melgarejo, Erica Yanina c/ Esso Petrolera Argentina S.R.L. y/o quien resulte responsable s/despido.” -----	69
8. Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII, “Vega, Natalia María del Huerto c/ Tevanet S.A. s/ Despido.” -----	70
9. Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII, “Myler, Valeria Romina c/ Organización Lógica S.R.L. s/despido” -----	71

10. Conclusiones.-----	73
------------------------	----

Capítulo V

“Conclusiones Finales”

1. Introducción.-----	76
2. Conclusiones finales -----	76
3. Propuesta -----	81

Anexo:

Anexo-----	82
Bibliografía-----	171

