

Material Imprimible

Curso Indemnizaciones laborales

Módulo Indemnizaciones en casos especiales

Contenidos:

- Despido por causa del matrimonio.
- Notificación fehaciente y conocimiento
- Base de cálculo
- Despido por embarazo
- Notificación y conocimiento del estado de embarazo
- El embarazo y las modalidades contractuales
- El despido de la mujer como violencia de género
- El derecho de la mujer y el embarazo en las normas internacionales
- Fórmula de cálculo de la indemnización especial

Nuestra legislación ha dispuesto la especial protección de los trabajadores respecto de la permanencia del vínculo laboral en diversas situaciones. El legislador lo hizo agravando la indemnización por el despido sin causa en ciertos supuestos. Uno de ellos es el **despido por causa de matrimonio**.

El artículo 180 de la Ley de Contrato de Trabajo dispone la nulidad y le quita todo valor a la convención, acto o reglamentación interna, -cualquiera que esta fuere-, que permita despedir a la trabajadora por el hecho de contraer matrimonio.

El artículo subsiguiente, es decir, el 181, indica que se considera que el despido responde a la causa mencionada (matrimonio) cuando el mismo fuese dispuesto sin invocación de causa por el empleador, o no fuese probada la que se invocare, y el despido se produjere dentro de los tres (3) meses anteriores o seis (6) meses posteriores al matrimonio y siempre que haya mediado notificación fehaciente del mismo a su empleador, no pudiendo esta notificación efectuarse con anterioridad o posteridad a los plazos señalados.

Más allá de lo mencionado precedentemente, la interpretación de este artículo de la Ley de Contrato de Trabajo, antiguamente, era objeto de discusión doctrinal si la protección alcanzaba también a los trabajadores varones, ya que el capítulo III sobre la protección contra el despido por causa de matrimonio, se encuentra dentro del Título VII, denominado Trabajo de mujeres.

Esta cuestión, en el ámbito Nacional, fue tratada a través del Acuerdo 272 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en el precedente “Drewes”, del 23/03/1990, en el que se estableció como doctrina plenaria que: “En caso de acreditarse que el despido del trabajador varón obedece a causas de matrimonio, es procedente la indemnización prevista en el artículo 182 de la Ley de Contrato de Trabajo”.

Resulta oportuno recordar que, si bien los fallos plenarios han dejado de tener vigencia como doctrina obligatoria en la actualidad, todavía mantienen un valor de referencia para la jurisprudencia.

El plenario no fijó posición sobre la aplicación de la presunción respecto al trabajador varón, es decir, cuando se produce dentro de los tres (3) meses anteriores o seis (6) meses

posteriores al matrimonio. Sobre este punto, en la actualidad, existen dos corrientes jurisprudenciales bien marcadas acerca de este debate.

Una de las corrientes es la postura restrictiva. A partir de la doctrina fijada por el plenario “Drewes”, se ha sostenido en forma reiterada que la presunción prevista por el artículo 181 de la Ley de Contrato de Trabajo no es aplicable al trabajador varón, ya que se concluye que, aun cuando el despido de este hubiera sido dispuesto sin invocación de causa, correspondía a dicho trabajador exponer y acreditar que se debía a su matrimonio para resultar acreedor de la indemnización prevista por el artículo 182 de la Ley de Contrato de Trabajo.

La segunda es la postura amplia, y podemos decir que diversos tribunales laborales provinciales y de la Nación, sostienen que la presunción prevista para las trabajadoras mujeres también debe aplicarse cuando se trata de un varón. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha entendido que la presunción del artículo 181 de la Ley de Contrato de Trabajo funciona respecto de los trabajadores mujeres y varones, sin que exista posibilidad de efectuar una discriminación sobre la base del sexo.

Por ejemplo, en un no muy antiguo fallo de la justicia nacional del trabajo, en la causa “Bustamante, Damián Francisco c/Interbaires S.A. s/despido”, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, con fecha 22 de agosto de 2014, entendió que en el caso del trabajador varón no rige la presunción legal de despido por causa de matrimonio, y para que le sea reconocida la indemnización agravada, éste debe probar fehacientemente que el despido se produjo por causa del matrimonio, tal como emana de la doctrina plenaria sentada en “Drewes”.

Los magistrados mencionaron que, a su criterio, dicho plenario continuaba siendo obligatorio, ya que “la derogación de los artículos 302/303 por parte del artículo 12 de la ley 26.853 no resulta aún operativa a tenor de lo dispuesto por el artículo 15 de dicha ley, de manera que deberían considerarse ultractivos y, por ende, vigentes las doctrinas plenarias”.

En base a los lineamientos expuestos, la mencionada Sala decidió el rechazo de la indemnización prevista en el artículo 182 de la Ley de Contrato de Trabajo, debido a que el actor no aportó prueba alguna que demostrase que lo que motivó su despido fue que había contraído matrimonio.

En conclusión: la jurisprudencia mayoritaria parece inclinarse por considerar que la indemnización especial del artículo 182 de la Ley de contrato de trabajo, es extensiva al trabajador varón. Sin embargo, debemos indicar que no hay coincidencia en relación sobre si se aplica la presunción que obedece a causa de matrimonio el despido producido dentro de los términos legales o si bien, por el contrario, es el trabajador varón despedido el que debe probar que su despido obedeció sin dudas a su matrimonio.

Si el despido fue realizado dentro del periodo de sospecha que el artículo indica, y no existen circunstancias que la neutralicen, es válido aplicar la presunción contenida en la norma e inferir que la causa determinante del despido fue el enlace contraído por el trabajador.

No debemos olvidar que la operatividad de la protección también es de aplicación a los matrimonios celebrados por personas del mismo sexo.

Sobre este tópico, debemos recordar que, como bien indica el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el artículo 42 de la ley de matrimonio igualitario (ley 26.618): “Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos (2) personas del mismo sexo como al constituido por dos (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones.”

Efectivamente debemos considerar que en cierto modo, el plenario ha perdido vigencia por la equiparación de igualdad de los cónyuges contrayentes sin importar su sexo. Además de la reseña de los requisitos establecidos para la aplicación de la presunción y sus alcances, es útil señalar algunos aspectos que motivan interpretaciones diversas o sobre los que las decisiones judiciales acentúan la consideración particular de cada caso para aplicar o desplazar la presunción, del texto legal.

En cuanto a los requisitos para la aplicabilidad de la presunción, se han señalado los siguientes:

- La celebración del matrimonio

- La notificación al empleador del matrimonio y que la misma sea realizada dentro de los plazos indicados por la ley, que los fija en tres meses anteriores o seis meses posteriores al matrimonio.
- Que el despido sin causa se realice dentro de esos plazos.

Con relación al primer recaudo, existe criterio generalizado de que el mismo debe efectivizarse con los requisitos establecidos por la ley y el Código Civil y Comercial de la Nación, artículos 416 y siguientes y probarse, conforme artículo 423. No obstante, han existido algunos fallos judiciales en los que han indicado que la presunción protege la notificación del futuro matrimonio aunque el mismo no se celebre.

El fundamento radica en que la norma laboral protege el deseo y la voluntad certera de contraer matrimonio aunque este no se hubiera consumado, resultando procedente la indemnización especial.

También, se admite la operatividad de la presunción de la ley laboral, en los casos de despido indirecto, aunque el texto legal no la contemple expresamente, pues, de lo contrario, bastaría simplemente que el empleador incurra en un incumplimiento grave de sus obligaciones para provocar la declaración del despido por la trabajadora, y pretender obviar la aplicación de la presunción bajo el argumento de que él no la despidió.

Para un criterio jurisprudencial, corresponde admitir la exclusión de la presunción solamente y siempre y cuando, se invocare y probare la existencia de una justa causa de despido.

Otro criterio, más amplio, también la excluye cuando hubiera un motivo serio y razonable para despedir, aunque no desplazara la obligación de indemnizar, en tanto se demuestre que la decisión no está relacionada con el matrimonio anunciado o ya celebrado.

Respecto de la notificación, la ley requiere que ésta sea fehaciente, a través de telegrama laboral. En principio, debería entenderse que se refiere a la notificación por escrito, pero se ha postulado que para no frustrar la finalidad protectora de la norma, la omisión de la notificación fehaciente puede ser reemplazada por otros medios probatorios (por ejemplo, al haber firmado el empleador la licencia por matrimonio, haber participado el empleador de dicha ceremonia) y que el requisito de la actuación de buena fe obsta a

que el empleador, aún en defecto de la notificación, pueda hacer caso omiso del matrimonio, si lo conoce por otros medios, lo que dependerá de la apreciación de las pruebas producidas en cada caso.

La justicia en general, con fallos divididos, ha comenzado a aceptar el correo electrónico por Internet, las redes sociales, los llamados por vía del celular, las páginas web y otros medios telemáticos, como medios probatorios ciertos o como medios de acreditación de hechos, circunstancias y notificaciones.

La constatación notarial del intercambio de correos electrónicos, los registros informáticos en el server o en alguna memoria que asegure su autenticidad como los registros en la nube, las pericias informáticas, y en algún caso la prueba anticipada, son tendencias receptadas cada vez más frecuentemente en la justicia.

Por ejemplo, en el caso “Garbus” se utilizó el correo electrónico como uno de los medios probatorios, ya que el mismo es considerado como un principio de prueba por escrito.

Por su lado, en el caso “Villamil”, la trabajadora denunció que dio aviso del enlace a la patronal por correo electrónico a través del que se tuvo por comunicada la celebración del matrimonio como lo refiere la Ley de Contrato de Trabajo a los fines de ampararse en la protección del despido agravado.

En el fallo se dio por acreditado, a raíz de que la empleadora procedió a dar de baja las cuentas correspondientes al remitente y destinatario de los emails cuestionados y no puso a disposición del perito judicial ningún backup ni material alguno, siendo que tiene contratada la utilización del servicio de gestión provisto por un buscador informático, por lo que la misma reticencia lleva a propiciar la solución de dar por anoticiada a la compañía.

También, en numerosos casos se toma el celular y el correo como herramientas de trabajo, aun cuando se discute la naturaleza jurídica de estas prestaciones.

En lo que respecta al despido cuando sea causado por matrimonio del trabajador, la indemnización especial adeudada será el equivalente a un año de remuneraciones - conforme al sueldo vigente a la fecha de la desvinculación-, más el aguinaldo completo, es decir, 13 meses de remuneraciones, que se acumula a la indemnización del artículo 245, al preaviso y, en su caso, a la integración del mes de despido.

Casos de hostigamiento y discriminación laboral a la mujer en su etapa de maternidad

Como antecedente tengan en cuenta que en el proyecto de la ley bases y en lo atinente al embarazo, renglón seguido al cambio en las licencias, que ya mencionamos módulos atrás, también se eliminaba literalmente el "Despido por causa del embarazo", al igual que el párrafo que nombra el derecho a percibir una "indemnización duplicada" en caso de despidos durante esta licencia. Finalmente, ello no prosperó, quedando solamente el mencionado cambio del precitado 177 de la Ley de Contrato de Trabajo.

A pesar de la existencia de numerosas normas tanto nacionales como internacionales, resulta llamativo que aún sigan existiendo casos de hostigamiento y de discriminación a la mujer en su etapa de maternidad.

Nuestro sistema legal ampara el período de embarazo fijando una presunción "*Juris tantum*" de que el despido se produjo por maternidad o embarazo cuando fue decidido dentro de los siete meses y medio anteriores o posteriores a la fecha del parto, reprimiéndolo con el pago de una indemnización especial, aunque ocurre en los hechos, que algunos empleadores esperan que se superen los plazos legales para despedir a la mujer madre.

La "regulación protectoria de la maternidad" se encuentra descripta en los artículos 177 y 178 de la Ley de Contrato de Trabajo, que se activa siempre y cuando la trabajadora haya notificado tal situación a su empleador.

Desde el prisma constitucional, los preceptos emanados de los artículos 177 y 178 de la Ley de Contrato de Trabajo 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, y de la centralidad jurídica de la persona emanados de los diferentes tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

El artículo 177 de la Ley de Contrato de Trabajo establece la prohibición de trabajar durante la etapa final de la gravidez y la etapa inicial de amamantamiento (90 días en total), instituyendo además la conservación del empleo para ese período.

Por su parte, el artículo 178, adoptando una postura legislativa contraria a la descripta en el artículo precedente, 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.

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 artículo 177 de la Ley de Contrato de Trabajo, modificado conforme la ya comentada ley de bases, se garantiza “en calidad de derecho adquirido” la estabilidad de la mujer gestante, mientras que en el artículo 178 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 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.

Otra cuestión a tener en cuenta es que la protección de la mujer embarazada y en estado de excedencia se divide en varias instancias. En una primera instancia, la ley de contrato de trabajo obliga a la trabajadora a una licencia pre parto de 45 días y post parto de 45 días también.

Sin embargo, la mujer puede optar por que se le reduzca la licencia anterior al parto, que en tal caso no podrá ser inferior a diez (10) días; el resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto, conforme al cambio establecido por la ley 27742 al artículo 177 de la ley de contrato de trabajo.

A fin de que la madre pueda atender a su hijo recién nacido, la ley le concede un derecho especial. Para ello debe cumplir con tres requisitos:

- Tener vigente un contrato de trabajo,
- Residir en el país. Ser argentina nativa o naturalizada. Si es extranjera, una residencia mínima de 3 años en el país.

- No puede formalizar un nuevo contrato de trabajo con otro empleador encontrándose en estado de excedencia, es decir, colocarse a disposición de otro empleador. Si lo hiciese, queda privada de la posibilidad de reintegrarse a su trabajo.

Este derecho que indicamos anteriormente, consiste en optar por:

- Reiniciar las actividades una vez vencida la licencia por maternidad.
- Renunciar. La ley presume que la empleada ha optado por la renuncia si vencido el plazo de licencia por maternidad no se reincorpora al empleo y no comunicó dentro de las 48 horas anteriores que se acogería al goce de licencia.
- Disfrutar de una licencia sin goce de sueldo y que no se computa como tiempo de servicio, por un período no inferior a 3 meses ni superior a 6 meses. Vencido el mismo, debe reintegrarse a las tareas que desempeñaba en la empresa a la época del alumbramiento.

En una segunda instancia, se protege su lugar de trabajo y que una desvinculación no se deba a una discriminación por causa de su embarazo. Probada esta causal, la empleada percibe una indemnización especial.

Asimismo, con posterioridad al reintegro al empleo, la trabajadora tiene derecho a gozar hasta el plazo máximo de un año a partir del alumbramiento de dos descansos diarios de media hora para amamantar a su hijo. Este tiempo puede prolongarse si por razones médicas sea necesario que la madre amamante a su hijo por un lapso más extendido.

Además, para asegurar la debida atención a los niños durante las horas en que su madre presta servicios, si el número de mujeres trabajadores es conforme lo indicado por la reglamentación correspondiente, deberán habilitarse salas maternas y guarderías.

Se considera notificación fehaciente cuando se tiene constancia tanto de su contenido como de que el destinatario ha recibido la notificación, así como de la fecha de recepción por éste último. Las formas más usuales son el telegrama con acuse de recibo o el requerimiento notarial. Por tanto, no se considera notificación fehaciente una carta enviada por correo ordinario ni tampoco certificada, a no ser que el destinatario acuse recibo de forma expresa.

A su vez, es necesario acreditarlo por medio de un certificado médico con la fecha probable de parto. En caso de que no se presente, el empleador tiene la facultad de comprobar su estado por un médico.

No obstante, jurisprudencialmente se dispuso que si bien el artículo 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.

Más allá de lo indicado, cabría interrogarse qué ocurre si se despide a una trabajadora embarazada bajo la modalidad de contrato a prueba y ello máxime el cambio efectuado a dicho período por la ley de bases.

Durante el período de prueba, el trabajador carece de derecho a la indemnización por antigüedad en el empleo, así como tampoco el preaviso es exigible durante ese período, pero ello no supone que ambas partes queden en la más absoluta libertad para hacer cesar el contrato a su exclusivo arbitrio.

Asimismo, no se puede dejar a un lado la finalidad del período de prueba si el trabajador tiene la necesaria aptitud e idoneidad para desempeñarse en la actividad de que se trate, lo que implica que la opción como derecho otorgado a favor del empleador, en cuanto a idoneidad o no del trabajador, no puede depender únicamente del arbitrio del principal, sino que tiene que ser susceptible de prueba objetiva.

Sin perjuicio de que el nuevo artículo 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, nada menciona al respecto, no hay que olvidar el criterio expuesto anteriormente en cuanto a que debe existir una prueba objetiva de que el trabajador no ha cubierto las expectativas laborales, ya que, de otra manera, es factible que se pueda configurar un uso abusivo de este instituto.

Lo único que se menciona al final del articulado es que “El trabajador tiene derecho, durante el período de prueba, a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo. También por accidente o enfermedad inculpable, que perdurará 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”.

Algunos autores sostienen que es indudable que el período de prueba constituye una válvula de seguridad para obviar las consecuencias que pueden derivarse de una admisión definitiva, del prestador del servicio.

Sin embargo, en virtud de la naturaleza del período de prueba, cuyo objetivo es comprobar el desenvolvimiento de las partes durante la relación, y específicamente el del

trabajador, será necesario comprobar si este período probatorio ha cumplido su finalidad, y si se ha acreditado o no la aptitud del dependiente, salvo que se pretenda que este tipo de contratación ha sido instaurada para beneficiar al empleador al momento de disolver el vínculo, sin obligación de cumplimentar un deber específico a cambio, como sería el demostrar objetivamente el resultado negativo de la prueba.

Ahora bien, en este caso, ¿Qué ocurriría entonces si durante este plazo de prueba, la trabajadora notifica el embarazo? ¿Existe o no presunción?

La antigua redacción de la ley 25.250 respecto del artículo 92 bis, establecía que cualquiera de las partes podía extinguir la relación “sin derecho indemnizatorio alguno”, texto que fue modificado por la ley 25.877, indicando al respecto que la extinción de la relación se producía “Sin derecho indemnizatorio con motivo de la relación”. Esta redacción no introduce diferencia alguna al respecto, continuando, por ende, la duda si corresponde el pago de la indemnización agravada o no.

Una parte de la doctrina sostiene que las presunciones no son admisibles en este caso, porque la propia ley lo eximió al empleador de expresar la causa de su voluntad de extinguir la relación, es decir, que en tal período cualquiera de las partes puede extinguir la relación sin expresar causa al respecto, sin otra consecuencia legal que la cesación del período de prueba en trámite, ya que la conducta del empleador es legítima. Al contrario, otro sector de la doctrina, admite que la garantía de estabilidad tiene operatividad también en el período de prueba.

Es importante notar que el referenciado artículo 92 bis habla de extinción sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo a la extinción, mientras que el artículo 178 prevé una presunción frente a la notificación del embarazo en forma fehaciente.

Si bien no puede desnaturalizarse por el período de prueba, debe tornar más exigente su disolución, en cuyo caso, habrá de requerirse, aunque la ley no lo exprese, que el empleador determine en forma objetiva en que consistió el incumplimiento en la prueba para que no opere la presunción.

El problema es determinar cuándo la rescisión obedece a un resultado no satisfactorio de la prueba, en cuyo caso el despido dispuesto por el empleador constituye el ejercicio regular de un derecho, y cuándo la facultad rescisoria otorgada al empleador está animada de una intención discriminatoria, desviándose así la finalidad del instituto legal.

La jurisprudencia parecería haber brindado solución expresando que aun tratándose de un contrato a prueba, rige la protección legal, siendo función del juzgador interpretar las normas de modo 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, con lo que las normas que contemplan el contrato a prueba no pueden entenderse como consagratorias de un “*bill de indemnidad*” a favor del empresario, sino como favorecedoras de prácticas discriminatorias, socialmente disvaliosas.

No puede omitirse tampoco que el legislador se hizo cargo de la dificultad que significa la acreditación de que el despido reconoce como causa un motivo discriminatorio el caso del embarazo de la mujer trabajadora, y para que no se frustrara su objetivo, consagró la presunción prevista en el artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo tratándose de un contrato a prueba.

La trabajadora afectada debe 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. Por su lado, el empresario deberá demostrar que no discriminó, o que ha mediado una razón objetiva no discriminatoria para extinguir el vínculo.

Por su parte, se ha indicado 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. Tal es el caso del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, y de diversas disposiciones de tratados internacionales, que en virtud de lo previsto por el artículo 75 inciso 22 han adquirido jerarquía constitucional, así como ante las previsiones de los artículos 178 y 182 de la Ley de Contrato de Trabajo.

No obstante, téngase en cuenta, además, 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 hemos puesto de manifiesto en varias ocasiones.

Desde su agotamiento, al consolidarse retroactivamente la vigencia de la relación de trabajo, 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 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, como edad, sexo, nacionalidad, religión, opiniones políticas, actuación gremial, estado de salud, etc., excluyentes de la regla general aplicada a todos ellos, por lo que debe ser rechazada.

Todo lo expuesto respecto al derecho de la trabajadora está condicionado a que se acredite que el empleador tenía conocimiento del estado de embarazo de la trabajadora al momento de notificarle la extinción del período de prueba.

Sin embargo, algunos autores indican como la legislación vigente, que para despedir a la trabajadora durante este período de prueba no se requiere contemplar su situación de embarazo, ya que la norma nada indica. 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.

Por lo dicho, al momento de tener que tomar una resolución de parte de la empresa o frente a la resolución del contrato dentro del periodo de prueba de una mujer embarazada es conveniente tener en cuenta la diferencia de criterios jurisprudenciales y doctrinales, para tomar ciertos recaudos, a saber.

En primer término es aconsejable poder acreditar fehacientemente que el despido no obedeció a razones de embarazo, debiendo poder confirmar la existencia de otras causales y que al momento de cursar la notificación del distracto, no se tenía conocimiento del estado de gravidez de la trabajadora, o no había remitido la trabajadora notificación alguna a la empresa.

Otro inconveniente se plantea cuando la trabajadora fue contratada para una eventualidad a través de un contrato esporádico o a plazo fijo, por un lapso determinado y/o la realización de una tarea determinada, desconociendo al momento del ingreso el empleador el estado de gravidez de la trabajadora, en cuyo caso se debería entender que siempre que no haya un fraude a la ley laboral, la utilización de esta modalidad contractual, al no tener el contrato de trabajo expectativa de continuidad, no correspondería la aplicación automática de la presunción.

Pero... ¿por qué decimos esto? Porque una vez finalizada la tarea o la eventualidad por la que fue contratada no se demostraría que la causal de la desvinculación fue exclusivamente el hecho de su embarazo, sino el cumplimiento del objetivo o tarea por la que fue contratada.

La “Ley de Protección Integral a las Mujeres” (Ley 26.485), consagra dentro de los derechos protegidos, en su artículo 3 inciso “e”, el de la mujer a decidir sobre su vida reproductiva, número de embarazos, y cuándo tenerlos.

Este derecho, en cierta medida, se encuentra condicionado en empresas en las que se impone la falsa idea de visualizar el embarazo y la maternidad de la trabajadora como un perjuicio para el empleador.

Además, en el artículo 6 inciso “c” de la ley 26.485, se define a la “violencia laboral contra las mujeres” como, “aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo...”

En tal orden de ideas, el despido por razones de embarazo o maternidad, implica un acto de violencia contra la mujer. Pero además, y principalmente, como surge de los Tratados Internacionales -que seguidamente mencionaremos-, se deja ver en la misma Ley de Contrato de Trabajo, que involucra un cabal acto discriminatorio, contrario al artículo 16 de la Constitución Nacional y las diversas normativas citadas a lo largo del presente apartado.

Finalmente, resulta oportuno indicar que la ley 27.234 sobre “Violencia de Género”, en su artículo 2 indica que: “A los fines de esta ley se entiende por violencia contra las mujeres

toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal de acuerdo a lo establecido en el artículo 4° de la ley 26.485”.

Eventualmente, y vinculando lo dispuesto en la norma transcripta, con las disposiciones de los artículos 4, 6 “C” y concordantes de la Ley 26.485, el despido de la mujer embarazada podría entenderse como un acto de violencia de género.

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 de la maternidad y que exceden largamente el contenido del siempre citado artículo 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, así como lo preceptuado en el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de jerarquía constitucional, o lo que establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969), en su artículo 17: titulado: “Protección a la Familia”.

Según este: “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.”

Entre los convenios de la Organización Internacional del Trabajo antes indicados, debemos mencionar al primero de ellos, el número 3 de 1909, referido al empleo de las mujeres antes y después del parto, el que fuera incorporado a nuestro derecho interno por aprobación legislativa, a través de la ley 11.726.

Este acuerdo, estipula en su artículo 4to lo siguiente: “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”.

El convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo de fecha 23 de mayo de 1953, refiere sobre igualdad de remuneración que responde a las mujeres trabajadoras que son discriminadas por el solo hecho de ser mujeres. Este acuerdo 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 aumentar la productividad y reducir la rotación de personal.

La remuneración del trabajador puede incluir horas extraordinarias, bonos en efectivo, materiales de trabajo, como uniformes, herramientas, utensilios, complementos familiares por concepto de jefe de familia, cotizaciones a la seguridad social, vales, becas de estudio, complementos o incentivos, como 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 muchas veces es 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 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, psíquico y, finalmente, las condiciones de trabajo físicas, como ruido, polvo, temperatura, riesgos a la salud, psicológicas, como 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.

El convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo sobre discriminación en el empleo y ocupación, fue adoptado el 25 de junio de 1958, en la 42ava Reunión de este organismo. 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 consideran discriminatorias las distinciones que se fundan en requisitos esenciales para el desempeño de un empleo y también medidas de acción afirmativas 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. Asimismo, el Convenio se aplica también al acceso a la formación profesional y a la admisión en el empleo, así como a las condiciones de trabajo.

Por su lado, el Convenio 183 fue aprobado el 15 de junio del 2000, en la 88va reunión de la Organización Internacional de Trabajo, y básicamente 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. Por dicho motivo, el Convenio fue creado para proteger los derechos de las trabajadoras antes, durante y después del nacimiento de su hijo/a.

Resulta oportuno adicionar que el acuerdo 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 Organización Internacional del Trabajo: 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.

En el supuesto de despido, si el empleador no demuestra que existió una causa justificada, debe abonar, además de las indemnizaciones por cesantía sin justa causa - también, como el caso del despido por matrimonio- una indemnización equivalente a 13 salarios mensuales, ya que se adiciona el SAC.

Para su cómputo se debe considerar la remuneración habitual y no el módulo previsto en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo o del artículo 7 de la 25.013, y tampoco resulta de aplicación el tope establecido en los citados artículos.