



## **CUESTIONES DE GÉNERO**

### **PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN EL TRABAJO**

#### **NOTA A FALLO**

**Carrera: Abogacía**

**Nombre de la alumna: Agustina Blotta**

**Legajo: VABG96230**

**DNI: 35.925.907**

**Fecha de entrega: 04/07**

**Tutora: María Belén Gulli**

**Año 2021**

**Autos:** “Santino, Jorgelina Lourdes C/Flex Color Srl P/ Despido”

**Tribunal:** Excma. Cámara Cuarta del Trabajo de la Provincia de Mendoza

**Fecha de la sentencia:** 28 de diciembre de 2012.

**Sumario:** **I.** Introducción. **II.** Plataforma fáctica, historia procesal y decisión del Tribunal. **III.** La ratio decidendi de la sentencia. **IV.** Antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales. **V.** Postura de la autora. **VI.** Conclusión. **VII.** Referencias bibliográficas

## **I. Introducción**

La protección de la mujer trabajadora en el derecho laboral ha sufrido una transformación vertiginosa en el último siglo, como consecuencia de la mejor comprensión del valor del trabajo en sí mismo, así como de la identidad femenina y del reparto de las responsabilidades en la vida familiar. En los siglos XX y XXI tanto la OIT como la legislación de los países europeos y latinoamericanos, han optado por una política positiva en lugar de prohibitiva. De este modo se ha trazado una ruta para lograr la igualdad de oportunidades en el trabajo para hombres y mujeres, a fin de que puedan acceder a un empleo en las condiciones de libertad, igualdad y seguridad exigidas por la dignidad humana (Pacheco Zerga, 2012). Tal es así, que la legislación argentina dedica a la mujer a la mujer algunas normas de excepción en razón de su sexo y estado civil, y de la maternidad.

Asimismo, la Constitución Nacional ordena al congreso en su artículo 75 inc.23, legislar y promover medidas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, en particular respecto de las mujeres.

Sin embargo en la práctica, la legislación laboral, con la Ley de Contrato de Trabajo como su principal instrumento (en adelante LCT) y numerosos convenios colectivos de trabajo denotan que todavía existen varios factores que actúan como elementos de discriminación indirecta ya que limitan la igualdad de oportunidades y de trato en el mercado del trabajo.

En el fallo analizado, la señora Jorgelina Santino demanda a su empleadora, la empresa Flex Color SRL, por despido arbitrario durante el período de protección de la maternidad. A raíz de esto, es que el problema jurídico que se presenta es de relevancia

interpretativa vinculado a la premisa normativa, donde existen dudas sobre cómo han de entenderse las normas aplicables, en este caso respecto a los artículos 177. 183 y 186 de la LCT.

La interpretación equívoca del art 183 se da por parte de la empleadora demandada, que entendió que la actora, al faltar al trabajo luego de finalizada su licencia por maternidad, había hecho uso de la opción que brinda el artículo mencionado en su inciso b dando por rescindido al contrato.

En forma coincidente, hubo una mala interpretación por parte de la empleadora respecto a la actitud de la mujer una vez finalizada la licencia por maternidad. La interpretación del art. 186 LCT que dispone que la mujer que no se reincorpora a su trabajo luego de vencida la licencia ni comunicara al empleador dentro de las 48 horas antes del vencimiento de la misma que se acoge a los plazos de excedencia, se entiende que opta (tácitamente) por la rescisión del contrato, debe hacerse con cuidado, para evitar este tipo de errores que terminan resolviéndose judicialmente.

Otro conflicto interpretativo se dio respecto a si el hijo por nacer es considerado o no como carga de familia. Lo que es fundamental para determinar el plazo de licencia paga aplicable (3 o 6 meses) (art 177 LCT).

El análisis de este fallo resulta relevante ya que, a raíz de esta mala interpretación fáctica que invocan los actores, los jueces realizan un magnífico trabajo de análisis del caso, invocando las distintas pruebas aportadas por las partes y recurriendo a jurisprudencia, para llegar a una solución justa, a favor de la mujer embarazada cuyos derechos habían sido vulnerados de manera arbitraria.

## **II. Plataforma fáctica, historia procesal y decisión del Tribunal.**

El fallo analizado es un caso resuelto por la Cámara Cuarta de Trabajo de la Provincia de Mendoza, el día 28 de diciembre de 2021 por el Señor Conjuez Dr. Leandro Fretes Vindel Espeche, en autos N° 21.843, caratulados “SANTINO, JORGELINA LOURDES c/FLEX COLOR SRL P/ DESPIDO”.

En estos autos se presenta la Sra. Jorgelina Lourdes Santino, por intermedio de su apoderado, y establece una demanda en contra de su empleadora “Flex Color SRL”, empresa en la que se desempeñaba como maestranza, por el cobro de una indemnización

por haber sido, según su postura, despedida sin causa durante su embarazo y licencia por maternidad. Reclama, asimismo, que el despido fue arbitrario y que se produjo dentro del período de protección de la maternidad. Plantea la inconstitucionalidad de la ley 7198. Consideró que el vínculo laboral se extinguió por la voluntad exclusiva de la demandada al incurrir en una equívoca interpretación de la extensión de la licencia por enfermedad inculpable, atendiendo a las cargas de familia generadas en cabeza de la actora antes y durante la mencionada licencia. También rechazó la causal que intentó hacer valer la empresa sobre el uso de la opción del art. 183.inc b de la LCT.

Por su parte, la parte demandada comparece mediante apoderado y rechaza la demanda. Formula negativa general. Manifiesta que el único hecho controvertido resulta ser si a la accionante le correspondían 3 o 6 meses de licencia, los que fueron otorgados y pagados íntegramente. Que concluido el período por enfermedad se le notificó que comenzaba el período de reserva del puesto de trabajo. Que vencido el plazo se le consultó fehacientemente a la actora que opción iba a adoptar conforme al art. 183 LCT, lo que nunca fue respondido y que una vez vencida la licencia por maternidad, la empleada no se reincorporó a trabajar. Esto llevó a la empleadora a presumir que la empleada había optado por la opción de rescindir su contrato. Consecuentemente se le comunicó la finalización de la relación laboral en estos términos y se procedió a abonarle todos y cada uno de los importes que por ley correspondían. Expresa que el estado de embarazo no constituye una carga de familia a tenor del art. 177 LCT. Que por ello le correspondían 3 meses de licencia paga a la trabajadora y no 6 meses como ésta interpretó. Que el niño por nacer no implica ni genera ningún tipo de erogación que justifique la duplicación del plazo de licencia.

A su turno, Tribunal resuelve el caso haciendo lugar parcialmente a la demanda. Condena a la empleadora al pago de una indemnización agravada (un año de remuneraciones equivalente a trece sueldos), con más los intereses legales desde la fecha del cese de la relación laboral hasta el momento del efectivo pago, y las costas a la parte vencida.

Decimos parcialmente, porque, por otra parte, se rechaza la demanda en cuanto al rubro art. 2 ley 25.323, alegando que la empleadora no fue emplazada por la actora con el dispositivo legal correcto. Y por último, declara la inconstitucionalidad de la ley 7.198.

### **III. La ratio decidendi de la sentencia.**

Como se afirmó en el punto anterior, el tribunal resolvió en forma definitiva el caso, haciendo lugar parcialmente a la demanda.

Lo primero que hace el juez es dar por acreditado que la extinción del vínculo por el empleador es arbitraria e incausada, que se produjo durante el período de protección de la mujer embarazada y, por lo tanto, es procedente la indemnización agravada. Esto en virtud del art. 178 de la LCT, que presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer embarazada obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete meses y medio anteriores o posteriores a la fecha del parto

Para justificar esta decisión, el juez da por sentado que las enfermedades inculpables no suspenden ni interrumpen el comienzo o el curso de la licencia por maternidad sino que solo suspenden, por una causa diferente, la exigibilidad de la reincorporación de la reciente madre una vez vencido el plazo de la licencia posparto y la operatividad de la opción prevista en el artículo 183 de la ley de contrato de trabajo.

Luego, era necesario analizar si la persona por nacer es considerada como una carga de familia (personas que dependen económicamente de quien trabaja) a los efectos de la licencia del art. 208 LCT. El juez entendió que la persona por nacer sí lo es, por lo que se justifica la ampliación del plazo de licencia remunerada, y en este sentido resolvió.

### **IV. Antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales.**

Cuando hablamos de los derechos laborales de las mujeres, no se puede dejar de lado la palabra “discriminación”. La desigualdad histórica que existe en este sentido respecto a las mujeres es ratificada a diario por las tomas de decisiones del primer responsable: “el Estado”, quien actúa en contradicción con las normas vigentes, nacionales e internacionales. El ejercicio del poder del Estado deja como saldo la violación lisa y llana de la Constitución Nacional en aquello que respecta a la discriminación que sufre la mujer en este caso en el acceso al empleo cuando se encuentra en las mismas condiciones que el hombre (Pacheco Zerga, 2012).

Específicamente respecto a la maternidad, que es el tema que nos ocupa, la legislación argentina presenta un abanico de protecciones, entre ellas: la prohibición del

trabajo de la mujer durante 90 días pre y posparto, período durante el cual su salario es reemplazado por una asignación familiar de igual monto (art. 177 LCT); la protección de la estabilidad en el empleo durante la gestación, se crea una presunción de despido por causa de embarazo y se impone una indemnización agravada para tal supuesto (art. 178 LCT); se abre la posibilidad de que la mujer rescinda su contrato de trabajo con una indemnización reducida o quede en situación de excedencia voluntaria por un plazo mínimo de 3 meses y máximo de 6, con posterioridad al vencimiento de los períodos de prohibición de trabajo por maternidad (art 183 y 186 LCT).

A nivel nacional, nuestra Constitución Nacional promueve “la protección integral de la familia” (art. 14 bis), así como también los arts. 177 a 186 de la Ley de Contrato de Trabajo disponen la protección de la maternidad.

En el ámbito internacional, los tratados internacionales de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, CN) contienen especial protección y amparo a la mujer trabajadora en situación de maternidad, embarazo y estado de excedencia. En efecto, el artículo 1º de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer define la "discriminación contra la mujer" como "...toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer [...] de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera". Por otro lado, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su art. 25.4 afirma que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su art. 11.2 establece que, con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio y maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes, tomarán medidas adecuadas para prohibir bajo pena de sanciones el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad; el art. 10 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostiene que se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto, mediante licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”.

En igual sentido, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó un Convenio sobre la protección de la maternidad del año 2000 (núm.183 OIT) a fin de seguir promoviendo, cada vez más, la igualdad de todas las mujeres. En las últimas décadas, ha orientado su labor a la promoción de los derechos de la mujer en el trabajo, dando lugar a múltiples declaraciones sobre igualdad de oportunidades y de trato para las mujeres trabajadoras, y en particular, la protección de la maternidad. En su último Convenio sobre protección de la maternidad del año 2000 en su artículo 8, establece una presunción *iuris tantum* a favor de la mujer embarazada despedida injustificadamente que obliga al empleador a probar la causa justa de dicha acción en todos los casos, de lo contrario el despido sería nulo. “Estas medidas no son discriminatorias respecto al varón, pues él nunca se verá sometido a una prueba semejante y, por tanto, no necesita esta protección específica” (Pacheco Zerga, Luz, 2012).

Todas estas normas son normas imperativas que no admiten disposición en contrario. De allí que el derecho del trabajo otorgue una protección particular a la trabajadora embarazada, estableciendo figuras como el fuero maternal, que impiden el despido o la no renovación del contrato de trabajo. Esta protección condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador.

Asimismo, varios jueces se han expedido respecto a este tema. Por nombrar alguno, la jueza Marra Giménez, del juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 12, resuelve en el año 2019 el caso “Scelato, Griselda Mabel C/ M Educación-Gcba Y Otro S/Proceso De Conocimiento”. Señaló que “la “garantía de estabilidad” de toda mujer durante la gestación y la presunción contenida en el artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) dispone que “si el cese de la relación laboral fuese dentro del plazo de siete meses y medio 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, se presume que fue por dicha causa”.

Por otro lado, y siguiendo con esta línea, en el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT) del año 2005 “L.A.B. c. Supermercados Ekono SA”, se da por sentado que las enfermedades inculpables no suspenden ni interrumpen el comienzo o el curso de la licencia por maternidad sino que solo suspenden, por una causa diferente, la exigibilidad de la reincorporación de la reciente madre una vez vencido el plazo de la licencia posparto y la operatividad de la opción prevista en el

artículo 183 de la ley de contrato de trabajo. Del caso se logró establecer que la opción tácita del art. 186 de la Ley de Contrato de Trabajo se ha establecido en beneficio de la mujer trabajadora, a la que se protege de ser despedida sin indemnización por abandono, y no está destinada a proporcionar al empleador un pretexto formal para prescindir de ella, cuya estabilidad se halla especialmente garantizada por los arts. 176 y 177 del citado cuerpo legal.

Otro caso resonante, proveniente de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza en agosto del año 2020, fue el caso “Servicios Rio Colorado SA. c/ servicios Rio Colorado SA. p/ despido s/rep”. Del mismo podemos citar varios puntos importantes vinculados al tema que nos ocupa. Por un lado, uno de los jueces del caso, el Dr. José Valerio, distingue dos etapas: el embarazo, por un lado, cuya protección comienza con su notificación; y el nacimiento, por el otro, cuya protección nace con la comunicación del alumbramiento. Es decir, que la trabajadora debe poner en conocimiento del empleador el hecho del embarazo y el del nacimiento, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 178 LCT y si no cumple con tales disposiciones, pierde el derecho de reclamar la indemnización especial prevista por el art. 182 del mismo cuerpo legal.

Por su parte, el Dr. Mario Adaro, otro de los jueces integrante del tribunal y actual ministro de la suprema corte de justicia de Mendoza, agrega que “existe una gran cantidad de normas protectoras de la maternidad tanto en el marco nacional como internacional que persiguen el amparo de la mujer trabajadora en situación de maternidad, embarazo e incluso en estado de excedencia, a fin de impedir que ellas se encuentren desprotegidas en los momentos de mayor vulnerabilidad”. Concuera en que las embarazadas y las madres en período de lactancia requieren una especial protección para evitar daños a su salud o a la de sus hijos, y necesitan un tiempo adecuado para dar a luz, para su recuperación y para la lactancia. Al mismo tiempo, requieren una protección que les garantice que no van a perder sus empleos por el sólo hecho del embarazo o de la baja por maternidad. Además agrega: “Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”

(Adaro, fallo Servicios Río Colorado S.A. en J: 156437 ‘N. O. G. E. c/ Servicios Río Colorado S.A. s/ despido’ s/ recurso extraordinario provincial, 2020)

## **V. Postura de la autora**

El embarazo es un factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Por tanto, las decisiones extintivas basadas en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, indudablemente, una discriminación por razón de sexo.

El fallo elegido es un claro ejemplo de discriminación en razón del género contra una mujer embarazada, que en ejercicio de sus plenos derechos como trabajadora, durante su licencia legal por maternidad, es despedida sin causa, en base a una errónea interpretación del derecho y en violación a derechos constitucionales que tienen las personas, sin distinción de género.

Coincido plenamente con la línea de pensamiento del tribunal en lo que a este caso respecta. Estoy de acuerdo en 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.

Siempre que la trabajadora cumpla con los requisitos de 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 despido discriminatorio de la mujer embarazada debe declararse nulo.

A raíz de esto es que, en lo que al presente trabajo respecta, me gustaría dejar en claro la importancia que tiene para que se efectivice esta protección, el conocimiento del estado del embarazo por parte del empleador. Es una condición indispensable para que se torne exigible la indemnización especial del art. 182 de la LCT.

También coincido con cierta doctrina en considerar al hijo por nacer como carga de familia. La persona por nacer justifica esa mayor erogación del trabajador que seguramente tuvo en cuenta el legislador al crear las cargas de familia. Es de conocimiento público que

la trabajadora en estado de gravidez debe afrontar una serie de estudios, visitas médicas regulares, medicamentos, como así todo lo concerniente a disponer de los bienes necesarios para la llegada del hijo (ropas, etc.). Como se ve, el fundamento económico existe. Como consecuencia de ello, es claro que la mujer embarazada despedida injustamente durante el embarazo tiene derecho a que el plazo de licencia paga por enfermedad se duplique. Tal entendimiento a su vez se encuentra avalado por la regla de la interpretación más favorable al trabajador

Por otro lado, y luego de un análisis exhaustivo del fallo en cuestión, detecto una contradicción entre los artículos 177 y 178 de la LCT. En la primera, se garantiza en calidad de “derecho adquirido” la estabilidad de la mujer gestante, mientras que en el segundo se desconoce tal “derecho adquirido” y se “habilita” el despido incausado, aunque se lo califica inicialmente como discriminatorio y se le agrega una sanción económica mayor. A esta contradicción la considero una incoherencia legislativa que resulta violatoria del tan nombrado “principio protectorio” del derecho laboral.

## **VI. Conclusión**

Es 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. 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.

Pero más allá de la creación de normas reformistas, aún persisten dentro de la legislación laboral algunas que provocan con su aplicación una discriminación indirecta o invisible contra la mujer, a pesar de que el objetivo de su sanción hubiese sido protegerla.

Alcanzar la igualdad de género no es un proceso a corto plazo, y requiere una fuerte voluntad política y un esfuerzo concertado de parte de los Gobiernos, la sociedad civil y las organizaciones internacionales. Si bien en los últimos 10 años se han logrado avances considerables para lograr una legislación igualitaria, a pesar de los esfuerzos,

las mujeres en muchos aspectos aún enfrentan leyes y reglamentaciones discriminatorias en cada una de las etapas de su vida laboral.

Si bien es necesario consagrar la equidad de género a través de las normas jurídicas, es importante el acompañamiento con medidas coherentes, formular una educación con perspectiva de género y tomar conciencia sobre la importancia de lograr un equilibrio entre lo que se reconoce como derecho y lo que se practica como tal.

## **VII. Referencias bibliográficas**

### **Doctrina:**

**Ackerman, M.** (2001). “Ley, mercado y discriminación: la discriminación laboral de la mujer en las normas legales y convencionales de la República Argentina”. Compiladora Haydeé Birgin, Ed. Biblos (1° Ed) pp. 25 - 43.

**Ackerman, M.** (2007). “Tratado de Derecho del Trabajo”. Santa Fe. Tomo VI, pp. 354 - 440.

**Golbert, L.** (2000). “¿Ser madre o trabajar?: la situación de las mujeres en el mercado laboral”. Buenos Aires: Biblos.

**Pacheco Zerga, L.** (2012). “La igualdad de oportunidades y el derecho al trabajo de la mujer: un esfuerzo internacional de protección social”. Universidad de Piura, Perú.

**Maggio, A.** (2007). “Igualdad de Oportunidades. Un camino hacia la equidad entre los Individuos/duas”. XI Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Tucumán, San Miguel de Tucumán.

### **Legislación:**

**Constitución Nacional**

**Constitución de la Provincia de Mendoza**

**Ley 2144.** Código Procesal Laboral de Mendoza

**Ley 20.744.** Ley de Contrato de Trabajo

**Ley 24.714.** Régimen de Asignaciones Familiares

**Ley 23.179.** Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

**Jurisprudencia:**

**CNAT,** “L.A.B. c. Supermercados Ekono SA”. (2005).

**SCJM,** “Servicios Rio Colorado SA. c/ servicios Rio Colorado SA. p/ despido s/rep”. (2020).

**Juzgado Contencioso Administrativo Federal,** “Scelato, Griselda Mabel C/ M Educacion-Gcba Y Otro S/Proceso De Conocimiento”. Fallo 15422/2014. (2019)