



**Cámara Federal de la Seguridad Social – Sala 3. Capital Federal, Ciudad  
Autónoma de Buenos Aires (2022).**

**“T, J c/ PEN Y OTRO s/ AMPAROS Y SUMARÍSIMOS” (Expte. N° 1992/2022),  
Sentencia Definitiva.**

**UN VACÍO LEGAL QUE DEJA AL DESAMPARO DERECHOS  
CONSTITUCIONALES.**

- \* **CARRERA: Abogacía.**
- \* **ALUMNA: Manuela Verón Ronchi.**
- \* **D.N.I.: 37.182.651**
- \* **LEGAJO: VABG102937**
- \* **MAIL: [veron\\_manuela@hotmail.com](mailto:veron_manuela@hotmail.com)**
- \* **MODULO N° 4**
- \* **MODELO DE CASO-DERECHO DEL TRABAJO**
- \* **TUTOR: María Lorena Caramazza.**

**SUMARIO:** **I.** Introducción. - **II.** Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal. - **III.** Análisis de la Ratio Decidendi de la Sentencia. - **IV.** Descripción conceptual desde la Doctrina y la Jurisprudencia: **IV.1.** Antecedentes Jurisprudenciales. **IV.2.** Antecedentes Doctrinarios. - **V.** Comentarios de la autora: Postura y Conclusión. - **VI.** Listado de revisión bibliográfica.

## **I. Introducción.**

El fallo seleccionado para este trabajo corresponde a los autos caratulados: “**T, J. c/ P. E. N. y OTRO s/ AMPAROS Y SUMARÍSIMOS**”; de fecha: 05/05/2022. El mismo es una sentencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social de Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y los Magistrados intervinientes fueron: Fernando Strasser, Sebastián Eduardo Ruso y Néstor Alberto Fasciolo.

En el caso que lleva a esta Sentencia, se puede observar que nos encontramos ante un claro Problema Jurídico de *Laguna normativa*, lo que deja un *Sistema incompleto* para la resolución de la situación planteada. Este problema jurídico se da cuando una situación puntual, es decir un caso concreto de la realidad, no puede subsumirse a una norma específica; y por lo tanto no es absorbido por el sistema jurídico. Si aplicamos directamente este concepto al caso en particular, se podrá notar que las normas invocadas allí, que tiene en cuenta la pretensión de la parte actora, hablan específicamente de la “madre gestante”; dejando un vacío legal para las situaciones como las de este caso, de una madre trabajadora que no es gestante de su hijo, sino que lo hace por intermedio de la subrogación de vientre.

Podrá advertirse a lo largo del análisis aquí abordado, la clara importancia y relevancia del fallo de esta Cámara, al contemplar en él, un derecho tan importante para la trabajadora, como lo es el derecho de poder *cuidar y proteger a su familia* en un momento tan especial como el nacimiento de un hijo; y más aún, el hecho de *priorizar el interés superior del niño*. Sin dejar de lado que cuando los Jueces se encuentran ante una laguna normativa para un caso en particular, estos fallos o decisiones judiciales, sientan un precedente importante para situaciones similares que se manifiesten en el futuro. Más aun en estos tiempos donde la tecnología y los avances, dan lugar a circunstancias no previstas por el legislador.

En esta nota al fallo, se analizarán los hechos de la situación disparadora del conflicto, las fases procesales que transcurrieron hasta llegar al fallo bajo análisis y los diversos Argumentos y herramientas que fueron utilizadas para darle una solución al problema. Por último se hará un análisis conceptual de la doctrina y jurisprudencia referida al tema abordado y la postura de la autora con respecto a la decisión tomada y la manera por la que los Magistrados arribaron a ella.

## **II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal.**

La Sra. T.J., empleada del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), con su marido han decidido ser padres de manera subrogada, contratando para ello, a una Clínica con sede en Ucrania. Esto luego de diversos tratamientos médicos realizados para lograr su embarazo y no poder concretarlo.

Cuando su maternidad ya es un hecho, ella realiza la notificación correspondiente a su empleador y le consulta si tiene derecho a solicitar la “licencia por maternidad”; el mismo le contesta que debe dirigir su inquietud al organismo pertinente (ANSES) y le da las indicaciones de cómo realizar dicha consulta mediante un formulario específico.

ANSES le responde que, al no ser la trabajadora una madre gestante, no se encuentra alcanzada por la normativa que concede la licencia por maternidad y el correspondiente pago de la asignación derivada de la misma.

Ante esta situación, la *Sra. T. J.* decide iniciar una Acción de Amparo en contra de ANSES y el *Poder Ejecutivo Nacional* (del cual depende su empleador), para que ambos reconozcan su derecho a la Licencia por maternidad y el pago de la asignación correspondiente, aludiendo a la normativa del artículo 177 de la ley 20.744 (Ley de Contrato de Trabajo).

En la Primera Instancia, el *Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social n° 1* hace lugar a la demanda, condenando a ANSES al otorgamiento de la licencia por maternidad solicitada por la trabajadora; reconociendo el Derecho a la misma. También lo condena al pago de las costas del juicio y honorarios de los letrados intervinientes.

Esta sentencia de primera instancia es apelada por la parte demandada; argumentando dos cuestiones: a) que la vía elegida por la demandante (acción de amparo) no era la pertinente para este asunto; y b) que se lo ha condenado injustificadamente, ya que la normativa citada está destinada a atender la salud y recuperación de la madre gestante antes y después del parto, lo cual no es aplicable al caso en cuestión.

La *Cámara Federal de la Seguridad Social – Sala 3 de Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, resuelve confirmar la sentencia del Juez de Primera Instancia, ordenando nuevamente a la accionada a “otorgar la asignación por maternidad derivada de la aplicación directa de los artículos 177 de la Ley 20.744 y 11 de la Ley 24.714 y a pagar las costas de ambos juicios y los honorarios de los letrados”. Para ello, la Cámara se vale de varios argumentos normativos que serán expuestos en el siguiente punto de esta nota al fallo.

### **III. Análisis de la Ratio Decidendi de la Sentencia.**

En esta Sentencia del Tribunal integrado por los Magistrados Fernando Strasser, Sebastián Eduardo Russo y Néstor Alberto Fasciolo, se decide *por unanimidad* confirmar la sentencia del Juzgado de la Primera Instancia; condenando a la parte accionante del recurso de apelación, a otorgar la Asignación y Licencia por maternidad a la trabajadora.

Para poder llegar a esta decisión, los mismos se ven en la difícil tarea de llenar este vacío legal que deja una “launa normativa” con respecto a la regulación para situaciones como la aquí analizada; de una madre “no gestante” pero a la cual no pueden dejar al desamparo de la ley por no encontrar resguardo en una normativa específica. Es decir, a la hora de tomar una decisión y dictar una sentencia sobre esta situación controvertida, no pueden valerse de normativa vigente y expresa por el hecho de que tal situación no ha sido prevista aún por el Legislador. Por esta razón, los jueces se ven obligados a tener en cuenta, no solo las normas de una manera restringida y estricta; sino más bien, aplicar el sistema jurídico en su conjunto, poniendo en juego los principios jurídicos que no pueden ser contradichos al momento de justificar sus decisiones.

- \* Dentro de los *Argumentos utilizados como centrales* para dar solución a esta problemática, se encuentran los siguientes:

En primer lugar, con relación a la vía elegida en primera instancia por la Sra. T. J. para hacer su reclamo (acción de amparo), el Tribunal hace alusión y cita el *artículo 43 de la Constitución Argentina* y el *artículo 1 de la Ley 16.986*; los cuales definen en qué casos sería viable la Acción de Amparo. Seguidamente expone como requisitos para que proceda esta acción, a la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta de un hecho por parte de la autoridad pública o de un particular; dejando en claro que el accionar de la administración (ANSES) al no reconocer la licencia y asignación por maternidad, presentan las características contempladas en las normas citadas.

Luego pasa al conflicto principal y analiza las normas que justifican la pretensión de la trabajadora: *art. 177 de la LCT*; la cual, como explica el Tribunal, remite a la Asignación por maternidad del *art. 11 de la Ley 24.714*. Aquí vemos como los Magistrados hacen uso del argumento principal de su decisión, que permite llenar el vacío legal con respecto al caso bajo análisis, anteponiendo Principios de suma importancia y reconocidos constitucionalmente, por ante la no regulación expresa de esta situación; para lo cual expone lo siguiente:

El otorgamiento de la licencia por maternidad sin dudas busca proteger la salud de la madre gestante, pero también tiene directa vinculación con la salud y bienestar del niño, siendo vital su atención primaria en los primeros meses de vida. En tal sentido, la licencia por maternidad y la consecuente asignación familiar se constituyen instrumentos para garantizar la integración de la familia, el cuidado del niño y la vinculación afectiva con sus padres. (Cámara Federal de la Seguridad Social de Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022, pág. 2)

Luego continúa poniendo énfasis en el “interés superior del niño”, el cual expone que se encuentra garantizado por nuestro ordenamiento jurídico y cita la *Convención sobre los Derechos del Niño* con jerarquía constitucional, según el *art. 75, inc.22 de la CN*.

Cerrando esta parte del análisis, el Tribunal expone:

Por lo tanto, la carencia de una licencia específica para el caso de subrogación de vientre colisiona con las normas relativas a la filiación previstas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y también con la protección de los derechos del niño por nacer, (...) (Cámara Federal de la Seguridad Social de Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022, pág. 2).

Seguidamente nombra la norma del *CCyCN* a la cual está haciendo referencia: *art. 558*; el cual equipara a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida y a la adopción plena con la filiación por naturaleza; dicho esto, sería absurdo e ilusorio, según este Tribunal, no contemplar también como equiparable el caso en cuestión, es decir: la maternidad por subrogación. De esta manera vemos que hace uso de una interpretación extensiva de las normas citadas, teniendo en cuenta el objeto de la licencia y la asignación, y no solamente lo escrito literalmente por el legislador.

- \* Es también importante analizar y no pasar por alto los llamados *obiter dicta* de este fallo, que en casos así donde los jueces se encuentran con vacíos normativos, estos son sumamente valorables ya que dan un marco más sólido para fundamentar la solución tomada por el Tribunal. Aquí se pueden observar los siguientes:

El Tribunal cita complementariamente a la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer* y la *Convención sobre los Derechos del Niño (art.21)*; exponiendo que el objetivo del instituto es proteger no solo a la madre sino también al niño por nacer en este momento tan importante para la familia, no debiendo diferenciarse si la madre es gestante o no.

Por último se puede ver como los Magistrados ponen relevancia en el hecho de que, según la pruebas presentadas por la trabajadora, su Empleador no desconoce en ningún momento que fue notificado de la situación en la que se encontraba la Sra. T.J. (subrogación); por el contrario, su comportamiento al dejar supeditada la solución a ANSES, sería una forma de reconocer la situación y no específicamente un rechazo a la licencia solicitada. Dicho esto el Tribunal hace alusión a la *Jurisprudencia de la CNAT* (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo), la cual al referirse al tema, expone ante un caso similar donde la madre no era gestante sino adoptiva, que para satisfacer el requisito de notificación del art. 177 de la LCT, bastaba con haber avisado al

empleador, sin ser necesario un certificado médico; por lo que ambas maternidades tenían el mismo valor, debiendo otorgar a la trabajadora la protección prevista en la ley. Con base en esos antecedentes mencionados, el Tribunal expresa: “No existe impedimento en extender la aplicación de esa doctrina al caso de subrogación de vientre aquí tratado”. (Cámara Federal de la Seguridad Social de Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022, pág. 3)

#### **IV. Descripción conceptual desde la Doctrina y la Jurisprudencia.**

Como problemática central de este fallo elegido, se puede identificar que hay un gran vacío legal normativo ante la circunstancia en la que se encuentra esta trabajadora; es decir que no hay una norma específica que regule la situación de una “madre no gestante” al momento de hacer valer, en su trabajo, su derecho a la Licencia por maternidad y la correspondiente Asignación familiar.

Este problema ha sido abordado en diversos Trabajos Doctrinarios y Fallos jurisprudenciales en los que se han enfrentado a situaciones similares. Es dable aclarar que mucha de la Doctrina y Jurisprudencia seleccionada para el abordaje conceptual de esta investigación, hace alusión a la situación de la “madre adoptante” y no a la “madre por subrogación” (esta última es la específica del fallo elegido); pero parece conveniente equiparar ambos estados de maternidad; ya que por un lado, se refieren de igual manera a una “madre no gestante” la cual no es abarcada expresamente por la Ley de Contrato de Trabajo y de Seguridad Social; y por otro, cualquiera fuese el vínculo que une a una madre con su hijo (gestante, por subrogación, por adopción), lo que debe prevalecer es el Derecho a formar una familia y poder darle a este niño por nacer o ya nacido, un vínculo afectivo de protección y satisfacción de necesidades básicas al ingresar en la familia.

##### **IV. 1. Antecedentes de Jurisprudenciales.**

Realizando esta investigación sobre los conceptos y el problema principal aquí abordado (laguna normativa), se encuentran algunos fallos donde los jueces se han visto ante este vacío legal o similares situaciones, y también debieron tomar una postura para poder dar solución a diversos conflictos que se plantean en la realidad pero que no han sido previstos por la normativa vigente.

En primer término encontramos un fallo de la *Cámara de Trabajo, San Carlos de Bariloche, Río Negro*, el cual es caratulado “*M. V., M. C. y otro s/ Amparo*” del año 2006. La situación que dio lugar a esta sentencia es la de una mujer, quien junto con su esposo, reciben un niño recién nacido en guarda para adopción, a la cual se le niega su derecho a la licencia por maternidad y a la correspondiente asignación, con justificación en que la norma vigente no contempla dichos derechos para el caso de adopción. El tribunal resuelve en esta oportunidad hacer lugar a la acción de amparo promovida por esta trabajadora. Ello argumentando que no equiparar a esta madre adoptiva con una madre biológica, incurriría en un trato discriminatorio hacia la misma; que no solo debe tenerse presente el derecho la madre a resguardar su familia en este momento, sino los derechos personalísimos del niño recién nacido, quien necesitará de todos los cuidados para su subsistencia.; y por último que si bien no hay una normativa expresa al respecto, corresponde al órgano judicial cubrir este vacío legal.

En una dirección muy similar, se encuentra la solución dada por la *Cámara Nacional de Trabajo, Sala VII de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, cuando en los autos caratulados “*S., M. I. vs/ Liderar Compañía General de Seguros S.A. y otros s/ Despido*” del año 2011, decide hacer lugar a la apelación realizada por una mujer quien fue despedida por la empresa donde trabajaba, tras reincorporarse luego de una licencia por maternidad concedida para cuidar de 4 menores que les fueron entregados bajo guarda para adopción. Aquí el Tribunal, por decisión de la mayoría (dos magistrados coincidentes y uno no vota), condenan a la parte demandada a indemnizar a esta mujer por el despido discriminatorio sufrido, argumentando de manera similar al fallo anterior. Consideran discriminatorio no equiparar a esta madre adoptiva, con una madre gestante, ya que no debería existir distinción alguna cuando lo que debe prevalecer es que el bien jurídico “maternidad” no debe solo limitarse a la madre, sino a los hijos y la familia en conjunto, con los derechos y responsabilidades que ello acarrea; por lo que no respetar esto, sería violar derechos no sólo instalados en el Bloque Federal Constitucional, sino el marco de derechos humanos irrenunciables que afecta directamente la dignidad humana. También argumenta que la adopción le confiere al adoptado la posición de hijo biológico con sus mismos derechos y obligaciones; lo cual implicaría que en materia laboral, esta madre adoptiva debería ser alcanzada por las mismas protecciones que una madre biológica, rigiéndose por las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo que regulan la protección de la maternidad (arts. 177,178 y 179). De esta manera se puede

observar como de manera justa y en razón de la igualdad, estos magistrados hacen una interpretación extensiva de la norma, llenando el vacío legal.

Por último y como antecedente más reciente, se puede mencionar la sentencia de la *Cámara Fed. de Apelaciones, Sala I, La Plata* del año 2019, que bajo los autos caratulados *“Pasarín, Yanina Beatriz vs. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) y otro s/ Medida autosatisfactiva”*. En este caso se trata de dos personas de igual género (femenino) quienes contraen matrimonio y deciden que una de ellas se someterá a inseminación artificial para concretar su deseo conjunto de ser madres y formar una familia. Ante el inminente nacimiento de su hijo, una de las madres (la no gestante) pide ante su empleador (PAMI) que se le otorgue la correspondiente licencia por “co-maternidad” con pago de haberes, lo cual le fue negado y decide acudir al correspondiente reclamo judicial. En primera instancia le es reconocido su derecho y se hace lugar parcialmente a la solicitud de la demandante, ante lo cual, la parte demandada apela y este Tribunal decide nuevamente confirmar lo resuelto por el Juez de primera instancia. Sentando así un precedente importante para llenar este vacío normativo que no da respuestas a situaciones como la aquí presente. Para tomar esta decisión, hace gran hincapié en derecho de igualdad reconocido ampliamente por la Constitución Nacional y diversos Tratados con igual jerarquía. Esgrime que el rechazo a la solicitud de esta licencia por maternidad, fundado solo en la no regulación, sería una decisión arbitraria que implicaría el desplazamiento de los derechos de quienes se encuentran en la categoría de “madres no gestantes”, lo cual sería no solo un trato discriminatorio, sino inconstitucional. Así las cosas, corresponderá a los magistrados llenar estas lagunas de la ley, siguiendo su obligación de expedirse y acudiendo a principios generales de derecho, teniendo en consideración las circunstancias particulares de cada caso.

#### **IV. 2. Antecedentes Doctrinarios.**

Doctrinariamente es de destacar la alusión al conflicto del “supuesto de adopción” (equiparable al caso en cuestión, por no encontrarse ambas reguladas por la normativa vigente) que hace referencia el *comentario al Artículo 177* de la Ley de Contrato de Trabajo en el Tomo II de la *“Ley de Contrato de Trabajo Comentada”* de **Ackerman, Mario E.** (2016) Primera edición - Santa Fe, AR: Rubinzal-Culzoni.

También, en referencia a esta temática pero desde un punto de vista diferente de abordaje, se encuentra el análisis a la innovadora Reforma rionegrina que permite a la madre o a quien ejerza como tal, compartir la licencia por maternidad con su cónyuge, progenitor o conviviente; realizado en el apartado llamado “**La licencia maternal compartida en Río Negro**” por **Marcelo Antonio Angriman** (página 231) de la **Revista de Derecho Laboral – Actualidad, Año 2019 -1**; Director: Machado José Daniel; Subdirector: Arese César.

En la búsqueda de antecedentes sobre los temas que aquí competen, se encuentra una serie de *trabajos de investigación* realizados en el marco de la carrera de Abogacía en la *Universidad Siglo 21*, los cuales resultan de gran riqueza en cuanto al análisis allí abordado. En primer término está el Proyecto de investigación aplicada realizado por **Patricia Soledad Santamaría** llamado “**El régimen discriminatorio de la ley de contrato de trabajo en materia de licencia por maternidad y paternidad**”, en el cual la autora realiza un extenso análisis sobre el instituto de la licencia por maternidad y paternidad en el marco del Derecho de Trabajo y Seguridad Social; tomando una postura crítica al respecto y señalando el carácter discriminatorio de la normativa vigente al hacer excluyente de dicha licencia a la maternidad biológica, y las consecuencias de lo que este vacío legal genera, dejando en desamparo a las madres no gestantes de sus hijos y excluyendo de ciertos momentos esenciales a los padres, cuyas licencias por el nacimiento de los hijos son sumamente cortas, lo cual aumenta en mayor medida las desigualdades entre los hombres y mujeres al momento de disputar puestos de trabajo.

Continuando, se encuentra otro Proyecto de investigación aplicada de **Camila Burzio** del año 2018, bajo el nombre “**Laguna jurídica en el régimen de Licencias por maternidad y paternidad establecido en la ley de contrato de trabajo**”. En este trabajo también se aborda la problemática del vacío legal que presenta la Ley de Contrato de Trabajo en cuanto a la licencia por maternidad; la cual deja sin regulación las licencias por adopción y licencias para parejas que se sometan a tratamientos de reproducción asistida o a tratamientos de gestación por sustitución y marca un trato discriminatorio ante la escasa duración de la licencia por paternidad. Puntualmente, en uno de los apartados de este trabajo, bajo el título “Licencias por adopción y licencias para madres/padres que se sometan a TRHA”, aborda específicamente la problemática principal del fallo que nos lleva a todo este análisis conceptual aquí presente. Es el

abordaje más específico encontrado a lo largo de esta investigación, y el cual es de gran ayuda para la postura que puede tomarse ante la imperiosa necesidad de una regulación específica para los casos no alcanzados por la normativa vigente.

Por último, se haya el Trabajo final de graduación de **Patricia Lucia López Riveros**, también del año 2018, con el título “*Vulneración de los derechos personales del niño por nacer o menor de edad y de los padres potenciales por ausencia de la figura legal maternidad subrogada*”, el cual no es en su totalidad subsumible al caso analizado, pero nos permite conceptualizar de manera específica la cuestión de la Maternidad por subrogación y los derechos que se ven vulnerados al no estar regulada en nuestro Ordenamiento Jurídico. Dentro de este trabajo, lo más relevante para la problemática aquí analizada, es el apartado donde enumera y explica los derechos afectados ante esta no regulación.

#### **V. Comentarios de la autora: Postura y Conclusión.**

Específicamente lo que hace este Tribunal para dar solución a este conflicto, sin tener una normativa expresa que pueda subsumirse al caso particular planteado, es valerse de lo que se llama “*Argumento analógico o A simili*”, propio de una Técnica de Interpretación Correctora de la Ley. Es decir que extiende los términos de lo que expresamente abarca la ley, por darse fácticamente una situación similar a la descrita por la normativa. Llevado al caso en concreto, los Magistrados extienden el alcance de la Ley de Contrato de Trabajo, para que abarque a las madres no gestantes y que puedan valerse del Derecho a una Licencia por Maternidad y la correspondiente Asignación familiar. Se puede ver que en este mismo sentido, el Fallo de la Cámara de Trabajo de la ciudad de San Carlos de Bariloche, Río Negro del año 2006, en el caso “*M. V. M. C. y otro s/ Amparo*”, ya equiparaba una maternidad no gestante (la adoptiva) a la maternidad biológica, y reconocía estos Derechos al expresar:

Se debe, entonces, conceder el derecho de licencia por nacimiento a la madre adoptante desde el momento que se le otorga la guarda del niño, resguardando así el vínculo materno filial desde su origen. De esa forma se le permite ejercer en plenitud y en condiciones de igualdad su derecho-deber de madre y se respeta el derecho esencial del recién nacido a tener

la posibilidad de recibir los mismos cuidados y atención que un hijo biológico. Es que, en definitiva, la vía por la cual se llega a ser padre o madre es algo secundario al momento de analizar los derechos derivados del vínculo filial, debiendo garantizarse su goce en un plano de igualdad. (Cám. Trab., San Carlos de Bariloche, Río Negro; 2006, pág. 5)

Es dable resaltar el buen criterio tomado por este Tribunal, que hace uso de principios de suma importancia con jerarquía constitucional, para lograr dar solución a este conflicto; invocando el *interés superior del niño* (reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) ante la no regulación de la ley 20.744 para este tipo de madres. Es decir, la no aplicación de las normas mencionadas en la pretensión de la trabajadora, darían lugar a que no se respeten principios de suma importancia, como la vida y la integridad física del niño por nacer y el derecho de la madre de cuidar y proteger su familia.

No debe olvidarse la importancia de lo que representa la faz económica de la situación y lo que implica el reconocimiento de estos derechos por parte de este Tribunal para esta familia; ya que si la trabajadora dejara de percibir el equivalente a su sueldo durante la licencia, esto pondría en riesgo no solo a ella, sino a la *familia concreta* “constituida por las personas que están *pendientes* de la llegada de la fecha del pago del salario de aquél para afrontar, con el conjunto de ingresos del grupo familiar, la satisfacción de las necesidades propias y comunes” (Ackerman, 2013, p. 155).

Como aspecto de suma importancia, considero oportuno hacer alusión a que, en este caso no podemos dejar de lado el hecho de que estamos frente a una *trabajadora mujer* y todo lo que ello implica a la hora de proteger sus derechos como tal. La ley de Contrato de Trabajo hace referencia de manera especial, en diversos artículos, a la protección de los derechos de las mujeres en el ámbito laboral y prohíbe expresamente el trato discriminatorio hacia las mismas. “Históricamente, esta tutela se ha manifestado en la protección a la mujer en sí misma (en lo relativo a su condición física), en su rol como madre y como base de la familia” (Grisolía, 2004, p. 991). De ello resulta acertado pensar que la parte demandada, al no reconocer estos derechos de la demandante, podría incurrir en un *trato discriminatorio* (previsto en la ley 20.744); ya que si bien la trabajadora no es la gestante de su hijo y no está alcanzada expresamente por las normas citadas en la demanda, no deja de ser mujer y madre con los derechos

que esto conlleva. Y por lo tanto el Tribunal, al reconocer los derechos reclamados por esta madre y citar la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, le da un marco normativo a su solución que evita que esta madre se vea involucrada en una situación que vulnere sus derechos como mujer y no reciba trato discriminatorio por parte del órgano jurisdiccional.

Dicho todo esto y en suma concordancia con lo resuelto en esta sentencia, puede plantearse como crítica a los considerando bajo análisis; el hecho de que ante este tipo de problemáticas, donde los argumentos que sean utilizados para dar una solución deberían tener el sustento necesario ya que no se cuenta con normas expresas; los Magistrados dejan pasar la oportunidad de citar de manera específica la Jurisprudencia o Doctrina en la que fundan su decisión. Es decir, si bien la solución dada, pareciera a todas luces la más justa para este caso, el fallo carece en varios momentos de un sustento tal que no dé lugar a ningún tipo de cuestionamiento futuro. Es decir, si bien en determinados lugares del fallo, el Tribunal hace alusión a determinada Doctrina y Jurisprudencia, pero no especifica puntualmente a cual hace referencia. Por ejemplo, en uno de sus argumentos, nombra “la jurisprudencia de la CNAT” y hace alusión a lo que esta considera, pero no nombra en qué fallos ni en qué fechas puntuales lo hace.

Por último y derivado del análisis aquí realizado, se desprende la inevitable conclusión de que existe una gran necesidad de un régimen que regule este vacío legal dando respaldo a las madres no gestantes para poder hacer valer sus derechos en el marco del Derecho de Trabajo y Seguridad Social. Como se desprende de los antecedentes antes analizados, no respetar estos derechos incurriría en una desprotección de derechos de suma importancia con reconocimiento constitucional; tanto para la madre como para el niño por nacer o que recién integra la familia, no debiéndose diferenciar cual es el vínculo que dio origen a la filiación. “En la actualidad existen métodos de reproducción donde la madre puede ser no gestante, y debe estar amparada por la ley para obtener su licencia como tal”. (Burzio, 2018, p. 23).

## **VI. Listado de revisión bibliográfica.**

- **Ackerman, Mario E.** (2013). Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo VI-B, Segunda edición. Santa Fe, AR: Rubinzal-Culzoni.

- **Cámara Federal de Apelaciones, Sala I, La Plata.** (2019). “Pasarín, Yanina Beatriz vs. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) y otro s/ Medida autosatisfactiva”. La Plata, AR.
- **Cámara Nacional de Trabajo, Sala VII.** (2011). “S., M. I. vs/ Liderar Compañía General de Seguros S.A. y otros s/ Despido”. Buenos Aires, AR.
- **Cámara de Trabajo, San Carlos de Bariloche, Río Negro.** (2006). “M. V., M. C. y otro s/ Amparo”. Río Negro, AR.
- **Camila Burzio.** (2018). Laguna jurídica en el régimen de Licencias por maternidad y paternidad establecido en la ley de contrato de trabajo. Córdoba, AR: Universidad Siglo 21.
- **Grisolía, Julio A.** (2004). Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Décima edición. Buenos Aires, AR: Lexis Nexis.
- **Patricia Lucia López Riveros.** (2018). Vulneración de los derechos personales del niño por nacer o menor de edad y de los padres potenciales por ausencia de la figura legal maternidad subrogada. Córdoba, AR: Universidad Siglo 21.
- **Patricia Soledad Santamaría.** (0000). El régimen discriminatorio de la ley de contrato de trabajo en materia de licencia por maternidad y paternidad. Córdoba, AR: Universidad Siglo 21.