

## NOTA COMPLETA

**La necesaria adecuación de normas laborales sustanciales y formales para la tutela efectiva de la familia**  
**Comentario al fallo “S.,M.I. c/ Liderar compañía general de seguros S.A. y otros” - id 29508 elDial.com - AA6FE1**

### El Caso

La Sra. S.,M.I. trabajó en relación de dependencia para la firma demandada. Habiendo gestionado la guarda para adopción fue convocada por el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de El Dorado, Misiones, para la entrega en guarda preadoptiva de cuatro menores, hermanos entre sí. Solicitó licencia, que se le otorga por 45 días; pero, al reintegrarse al trabajo fue despedida. Reclamó la indemnización agravada prevista en art.182 de la LCT, que fue rechazada en primera instancia y admitida por la Sala VII, de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.-

### Sumario

1. La protección de la maternidad en el Derecho Argentino: Instrumentos Convencionales internacionales. Garantías Constitucionales: los principios de igualdad, no discriminación y progresividad. Normas legales de protección.-
2. El bien jurídico tutelado por el art. 182 de la LCT. La maternidad: concepción amplia para la efectiva protección de la familia.-
3. Necesaria reformulación de normas laborales.-
4. **4.a)** El Daño Moral como parte inescindible de la reparación integral en los supuestos de despido por maternidad o adopción de hijos. **4.b)** Algunas cuestiones procesales.-

### **1. La protección de la maternidad en el Derecho Argentino: Instrumentos Convencionales internacionales. Garantías Constitucionales: los principios de igualdad, no discriminación y progresividad. Normas legales de protección**

El fallo en análisis<sup>1</sup> entendemos que parte de dos premisas básicas al sostener que la asimilación de la situación de la madre adoptiva a la biológica para su protección sería **“una situación no contemplada expresamente por el ordenamiento positivo”**, y que si se produjera, **“tal distinción sería ciertamente violatoria del derecho a la protección de la familia y al de igualdad que surgen de la legislación vigente”**.-

Consideramos un acierto del tribunal el no caer en lo que Michele Taruffo indica como **“una primera perplejidad de la jurisdicción”**, que identifica en la aplicación de la norma sustancial a las hipótesis de hecho concretas, cayendo en el riesgo de caer en una concepción deductivista de la decisión, con el juez visto como mero aplicador de normas preexistentes y preconstituidas<sup>2</sup>. La perplejidad nace de que las cosas no son siempre así. A menudo sucede que el juez tiene que decidir en ausencia de normas o de situaciones jurídicas preexistentes. Y, entonces, se encuentra el juez ante la alternativa de declarar que tal hipótesis carece de calificación jurídica (y, en consecuencia, de tutela judicial), o buscar **“en otras partes”** (en las normas constitucionales directamente aplicables, en los principios generales del ordenamiento, etcétera), un criterio sustancial de juzgamiento que permita calificar la hipótesis como jurídicamente relevante y, en consecuencia, considerarla como **tutelable** en sede jurisdiccional<sup>3</sup>.-

De esta manera, el tribunal decidió correctamente, mediante la aplicación de garantías fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, sobre la relevancia jurídica del bien protegido (la familia, la maternidad), otorgando una tutela judicial efectiva a la peticionante<sup>4</sup>. Una decisión contraria del tribunal, como sería haber rechazado la demanda invocando ausencia de normas, hubiese implicado una limitación de la función de la jurisdicción por el motivo de la inercia de los legisladores sustanciales, afectando garantías de raigambre constitucional.-

Si consideramos los tratados con jerarquía constitucional incorporados a nuestro derecho positivo vía art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, y la aplicación del art. 31 de la Carta Magna, nos encontramos con numerosas disposiciones protectoras de la familia y la maternidad. Vemos así, entre otras normas, el art. 7 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, art. 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art.17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos denominada Pacto de San José de Costa Rica, art.10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Culturales y Sociales, art. 11.2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, etcétera.-

<sup>1</sup> **“S.,M.I. c/ Liderar compañía general de seguros S.A. y otros” - id 29508 elDial.com - AA6FE1**. Publicado en elDial.com., Octubre 2011.

<sup>2</sup> Taruffo, Michele, “Páginas sobre justicia Civil. Proceso y Derecho”, Marcial Pons, Barcelona, 2009, p.26.

<sup>3</sup> Taruffo, Michele, id., p.26.

<sup>4</sup> La reciente Constitución de la Provincia de Entre Ríos, del año 2008, expresamente consagra en su artículo 65 la garantía de “tutela judicial continua y efectiva”, siendo ejemplar y señera al respecto para nuestro ordenamiento positivo.

También nos encontramos que en el seno de la Organización Internacional del Trabajo se han dictado Convenios y Recomendaciones sobre la protección de la maternidad<sup>5</sup>, tales como, por ejemplo, el Convenio N° 12 (Washington, 29-10-1919) de protección de la maternidad en las “empresas industriales”; el Convenio N° 103 (Ginebra, 4-06-1952); el Convenio N° 183 (Ginebra, 15-06-2000) que fue convocado “*Tomando nota de la necesidad de revisar el Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952, y de la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952, a fin de seguir promoviendo, cada vez más, la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño, y a fin de reconocer la diversidad del desarrollo económico y social de los Estados Miembros, así como la diversidad de las empresas y la evolución de la protección de la maternidad en la legislación y la práctica nacionales*” y determinado expresamente en su artículo 1° que: “*A los efectos del presente Convenio, el término mujer se aplica a toda persona de sexo femenino, sin ninguna discriminación, y el término hijo a todo hijo, sin ninguna discriminación*” y exigiendo a los Estados que “*Todo Miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo, y ello no obstante el párrafo 1 del artículo 2*” (Artículo 9°) y “*Las disposiciones del presente Convenio deberán aplicarse mediante la legislación, salvo en la medida en que se dé efecto a las mismas por medio de convenios colectivos, laudos arbitrales, decisiones judiciales, o de cualquier otro modo conforme a la práctica nacional*” (Artículo 12°); la Recomendación N° 191 sobre la protección de la maternidad (Ginebra, 16-06-2000) establece que “*Cuando la legislación y la práctica nacional prevén la adopción, los padres adoptivos deberían tener acceso al sistema de protección definido por el Convenio, especialmente en lo relativo a las licencias, a las prestaciones y a la protección del empleo.*” (punto 10.5); y el Convenio N° 156 sobre los Trabajadores con responsabilidades familiares (Ginebra, 23-06-1981) entiende que “*las expresiones hijos a su cargo y otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén se entienden en el sentido definido en cada país*” (Artículo 1° apartado 3)<sup>6</sup>, y establece entre los objetivos de los Estados Miembros que “*cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.*” (Artículo 3° apartado 1)<sup>7</sup>.

En 1998, la Asamblea de la O.I.T. aprobó una declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, entre los cuales se menciona la no discriminación en el empleo, exigiendo a todos los miembros del organismo, aún cuando no hayan ratificado los convenios específicos, que asuman el compromiso de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la constitución de la O.I.T. los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de aquéllos.-

También se dictó en el seno del Mercosur, en fecha 10 de diciembre de 1998, la Declaración Socio Laboral, comprometiéndose los miembros a respetar los derechos fundamentales del trabajo, entre ellos el de no discriminación (art.1°).-

La amplia enumeración de derechos y sus reconocimientos en las diversas normas tienden a reafirmar los derechos fundamentales de la mujer en cuanto trabajadora y en cuanto madre, asegurándole igualdad de oportunidades y trato igualitario<sup>8</sup>.

La ley nacional N° 23.592 obliga a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y reparar el daño material y moral ocasionado, cuando se afecte el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional (artículo 1°), consagrando esta última la protección integral de la familia (artículo 14 bis, último párrafo). Así la jurisprudencia sostuvo que en el derecho argentino, teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales sobre la igualdad y no discriminación, y las previstas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, cabe concluir en que cualquier distinción desfavorable hacia una persona con motivo de su raza, religión, nacionalidad, sexo, condición social, aspecto físico, lengua y otras similares, se presume inconstitucional<sup>9</sup>. Del mismo modo, una distinción entre una madre biológica y una adoptiva a la luz del artículo 182 de la Ley de Contrato de Trabajo implicaría una discriminación<sup>10</sup>. Por ello en un fallo, ya antiguo, donde se discutía sobre el principio de igual remuneración por igual tarea y en donde se expresaba que no estaba permitido realizar discriminaciones arbitrarias, se sostuvo que la ley no debe interpretarse conforme la literalidad de los vocablos usados, ni según rígidas pautas gramaticales, sino con arreglo a su significado jurídico profundo<sup>11</sup>.

---

<sup>5</sup> La Constitución Nacional en su art. 75, inc. 22, determina que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes. Doctrina y jurisprudencia predominante entienden que los convenios de la OIT deben ser asimilados a los tratados (Entre otros, Vázquez Vialard, Antonio, “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Tomo 1, Astrea, p.150).

<sup>6</sup> En nuestro Derecho la expresión hijo no distingue si la filiación es biológica o adoptiva, matrimonial o extra matrimonial.

<sup>7</sup> Si bien el fallo en comentario se posiciona desde la maternidad, sin distinguir si es biológica o adoptiva, y por ello cita el art. 3 del Convenio 156 OIT, no debe perderse de vista que desde el otro “extremo” de la cuestión, la distinción tampoco podría realizarse en relación al “hijo”, conforme mismo convenio en el art.1 indicado que inicia su contenido.

<sup>8</sup> Liveralla, Carlos Alberto, “Derechos y Garantías de los trabajadores incorporados a la Constitución reformada”, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2003, p.183.

<sup>9</sup> CNCiv, Sala H, “**Fundación Mujeres en igualdad y otro c/Freddo S.A. s/amparo**” id 51331 elDial.com - AA141B, 16-12-2002.

<sup>10</sup> Como lo resalta adecuadamente el fallo en comentario.

<sup>11</sup> CSJN, “Ratto, Sixto y otro c/Productos Stani S.A.”, La Ley, 2002,91.

El principio de igualdad de trato y de no discriminación se traduce en la obligación de tratar de igual manera a los iguales. ¿O acaso deberíamos entender que la madre biológica no es igual a la madre adoptiva? ¿O que el hijo de filiación biológica es diferente al de filiación adoptiva? No hay duda de que la ley (art.182 de la LCT) no puede discriminar, so pena de lesionar la garantía constitucional (artículo 16 de la Constitución Nacional).-

Entendemos que el fallo ha resaltado que la protección de la maternidad y de la familia constituyen premisas de un derecho internacional de los derechos humanos. Nos referimos a derechos esenciales y personalísimos (en el caso de la madre sin distinción discriminatoria y del hijo en el mismo sentido).-

Como se ha sostenido, quizás –más adelante– se imponga la convergencia del derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, porque los Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana pueden llegar incluso a someter su propia Constitución, por vía consultiva o contenciosa, al control de dicha Corte, dando lugar a una verdadera jurisdicción constitucional internacional de los derechos humanos<sup>12</sup>. Resaltamos al respecto la cita de Bobbio en el fallo de la CNCiv, Sala H, **“Fundación Mujeres en igualdad y otro c/Freddo S.A. s/amparo” id 51331 eIDial.com - AA141B** (16-12-2002) **“el problema fundamental en relación con los derechos humanos, hoy, no es tanto analizarlos o justificarlos, sino protegerlos y comprometerse con ellos. No es un problema filosófico, sino político y ético.** (“El tiempo de los derechos”, 1991, Madrid, p.21)”.-

La Ley de Contrato de Trabajo incorpora legislativamente el principio de trato igualitario de los trabajadores y la prohibición de hacer discriminaciones (artículos 17 y 81 de la LCT), además el artículo 172 del mismo cuerpo legal excluye todo tipo de discriminación en el empleo fundada en razones de sexo o del estado civil de la mujer; el artículo 178 de la LCT sanciona con una indemnización especial el despido de la mujer trabajadora por razones de maternidad y embarazo, incluyendo normas contra el despido de la mujer por causa de matrimonio (Artículos 180, 181 y 182, LCT).-

También la ley 20.392 determina que no podrán establecerse diferencias de remuneración entre la mano de obra masculina y la femenina, por un trabajo de igual valor.-

En el mismo sentido, la ley 23.551 (de asociaciones sindicales) prohíbe el trato discriminatorio en la relación del sindicato con sus afiliados, así como la ley 25.013 introdujo en nuestra legislación la figura del despido discriminatorio (art.11)

Más reciente, la ley 25.212 considera como infracción muy grave la comisión por el empleador de actos considerados discriminatorios, sean motivados en la raza, color, ascendencia nacional, sexo, religión, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares (art. 4, inc. a).-

En relación a la discriminación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sentencia del 7 de diciembre de 2010, en autos **“Álvarez, Maximiliano y otros c. Censcosud S.A.” id 27059 eIDial.com - AA665A**, desarrolló el concepto de la discriminación en las relaciones de trabajo y su condena desde todas las normas del “ius cogens” y del derecho interno, y la interpretación que corresponde hacer a los tribunales respecto al contenido del principio de igualdad para las relaciones laborales, como así también sus consecuencias, con especial referencia a la reinstalación del trabajador víctima de despido discriminatorio.<sup>13</sup>

## **2. El bien jurídico tutelado por el art. 182 de la LCT. La maternidad. Concepción amplia para la efectiva protección de la familia**

La sentencia de la Sala VII ha hecho una interpretación constitucional, al incorporar, dentro de la protección de la maternidad del art. 182 de la LCT, a la maternidad adoptiva.-

No podía ser de otra forma. La directriz que da el Tribunal para así resolver *debe ser* eje fundacional en la interpretación y aplicación de la normativa, que rige todos los aspectos de la relación de trabajo dependiente, desde su inicio hasta la finalización. Interpretación que, en el caso, debe considerarse extensiva a las circunstancias expansivas de la relación de trabajo –en este caso de su pérdida– porque el trabajador es, primeramente, un ser humano y social. No podemos escindirlos porque no son compartimentos estancos el trabajador y su familia.-

Repetimos de la sentencia que, **“... si bien nos encontramos ante una situación no contemplada expresamente por el ordenamiento positivo, tal distinción** –refiriéndose a que el trato que la ley laboral otorga a la madre biológica no está contemplado para la que asume ese mismo rol, al recibir un niño en guarda para adopción– **es ciertamente violatoria del derecho a la protección de la familia y al de igualdad que surgen de la ley vigente”.-**

En la totalidad de las normas fundantes de la sentencia, tanto las de derecho interno como las referidas a los Pactos incorporados por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, están interesadas la protección al trabajador, la protección a la familia, la protección a la mujer contra todas las formas de discriminación y la protección de los derechos de los niños<sup>14</sup>.-

<sup>12</sup> Ayala Corao, Carlos M., “El Derecho de los Derechos Humanos”, ED, 160-759. Citado por Travieso, Juan Antonio, “Garantías Fundamentales de los Derechos Humanos”, Hammurabi, 1999, p.53.

<sup>13</sup> Es importante resaltar que la CSJN dispuso la reincorporación del trabajador como mecanismo de reparación por un despido discriminatorio.

<sup>14</sup> PIDECS, art. 10 “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo... 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período razonable antes y después del parto... 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razones de filiación o cualquier otra condición...”.

Adicionamos, del Pacto de San José de Costa Rica, el art. 17 de “Protección a la familia” que, en su inciso 1 dice: **“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”** y el art. 19 de “Derechos del Niño” que establece: **“Todo niño tiene derecho a la protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”**.-

En la indemnización agravada del art. 182 está comprometida la protección, no sólo de la maternidad sino también –por natural extensión– la de la familia y el derecho de los hijos a ser protegidos, cuidados y educados por sus padres. Ese es el bien jurídico protegido y así lo entendemos, porque el trabajador es un ser familiar y social. La familia es la primera organización social, preexistente al estado organizado.-

El principio “pro homine”, que la Corte Suprema ha fundado en numerosos antecedentes se torna de grado relevante para acoger este concepto o contenido del art 182, LCT. El principio, que tan enfáticamente sostuvo Bidart Campos es de jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico<sup>15</sup>, y lo plasmó definitivamente la Corte Suprema al establecer que, **“...es manifiesto que el art. 14 bis de la Constitución Nacional no ha tenido otra finalidad que hacer de todo hombre y mujer trabajadores, sujetos de preferente tutela constitucional.”**<sup>16</sup>

Junto a ese principio incorporamos, para darle el contenido amplio que proponemos al art. 182 LCT, los arts. 9 y 17 bis de la LCT, sin perjuicio de otras normas, porque se corresponden con el principio del “favor debilis”. Principio indicativo dice Bidart Campos de **“...que en la interpretación de situaciones que comprometen derechos en conflicto es menester considerar especialmente a la parte que, en su relación con la otra, se halla situada en inferioridad de condiciones o, dicho negativamente, no se encuentra en pie de igualdad con la otra.”**<sup>17</sup>

Agrega el autor **“...Lo que sí hay que hacer es valorar siempre esa supuesta debilidad, conectada según el caso con el principio “pro homine” y hasta con el “pro actione” a fin de que el “favor debilis” aporte a la interpretación de normas y conductas un elemento objetivamente suficiente para priorizar los derechos del más débil o vulnerable frente a los alegados por su contrincante, o para no negarle apresuradamente la legitimación procesal en el juicio donde se intente discutirlo”**.-

El elemento objetivo, en este caso, está compuesto por: a) un sujeto **hiposuficiente** que es, sin distinción de género, el **trabajador**; b) un sujeto **débil** que es la **mujer trabajadora**, con **guarda preadoptiva concedida**; c) un sujeto **vulnerable** que es el **niño** o los **cuatro niños**; d) un sujeto de **especial protección** que es la **familia que integra la trabajadora, los cuatro menores y su esposo**. Este conjunto de sujetos –“elementos objetivos”–, cada uno de ellos goza individualmente de la protección de normas internas e internacionales de Derechos Humanos; conforman un conjunto o bien jurídico “complejo” de múltiple protección, prisma bajo el cual debe ser interpretado y aplicado el art 182 de la LCT.-

Por otra parte, el art. 11 de la LCT, permite a los jueces proveer instrumentos para afrontar el “problema de las lagunas” normativas: es imposible prever todas las situaciones de la vida jurídica.<sup>18</sup>

Desde ya, que la interpretación de contenido y aplicación de normas que proponemos lo es, también, para situaciones variadas a la de la sentencia que comentamos, que pueden darse dentro del ámbito del contrato de trabajo, según señalamos en el punto 3 de este trabajo, cuestiones que deberán ser readecuadas legislativamente en las normas laborales pertinentes.-

### 3. Necesaria reformulación de normas laborales

Los artículos 178 y 182 de la LCT propician una consecuencia especial –indemnización agravada– para el supuesto de despido fundado en la maternidad. Es decir que establecen un sistema de protección contra el despido arbitrario por maternidad. A la luz de lo sostenido en los puntos anteriores, no queda duda de que las disposiciones deben ser interpretadas, con sustento en normas constitucionales, en orden a que lo que se propicia es la igualación de los trabajadores, tanto masculinos como femeninos, con relación al sistema que establece de reparación por maternidad.<sup>19</sup>

Estas normas no autorizan a dejar sin protección a una trabajadora que fue despedida en forma injustificada por su empleador, no obstante que aquél tenía conocimiento de que le habían otorgado la guarda de un menor de edad en vías de adopción (CNAT, Sala X, 30/5/00, “Trípodi, Graciela M. c/Instituto Escuela Recuperación Niños Atípicos SRL y otro”, Lexis Nº 1/70019543-2) y generan la presunción de que el despido fue por maternidad si se produce dos meses después de que notificara al empleador que se había hecho cargo de una persona menor a los efectos de su adopción (CNAT, Sala V, 30-9-99, “Casussaa, Margarita E. c/Alexander Fleming SA”, T y SS, 1999-1164)<sup>20</sup>.-

<sup>15</sup> Bidart Campos, Germán en “Las Fuentes del Derecho Constitucional y el Principio Pro Homine, en obra “El Derecho Constitucional del Siglo XXI”, Ediar, pags.13/17.

<sup>16</sup> Corte Suprema: **“Aquino” id 9587 elDial.com - AA242F**, Considerando 7º).

<sup>17</sup> Autor y Ob. Cit., pag 18.

<sup>18</sup> El comentario, citas y notas al art 9 de la LCT, “Ley de Contrato de Trabajo”, Comentada y Concordada, Raúl Horacio Ojeda, Coordinador, T. I, Seg. Edic. Actualizada, Rubinzal y Culzoni 2011, resulta un material de valiosa lectura.

<sup>19</sup> Una discusión en términos similares se dio con la protección del despido por causa de matrimonio, en donde la postura doctrinaria y la tendencia jurisprudencia que primó fue la del plenario 272 de la CNAT (23-3-90) en la causa **“Drewes, Luís Alberto c/Coselec” id 24234 elDial.com - AA5B65**, en donde se fijó como doctrina que “en caso de acreditarse que el despido del trabajador varón obedece a causa del matrimonio, es procedente la indemnización del artículo 182 de la LCT”.

<sup>20</sup> Ambos fallos son citados en revista Derecho del Trabajo, La Ley, noviembre de 2011, comentario de Liliana H. Litterro, p.3018.

Las normas en análisis no sólo protegen a la mujer sino también a sus hijos, para asegurarle una gestación, nacimiento y/o desarrollo normal. En la adopción nos ubicamos en el desarrollo del menor, siendo ese aspecto igualmente necesario de tutela legal y judicial, no obstante que entendemos que sus efectos o consecuencias también comprometen a la familia.-

El Código Civil argentino cuando se refiere a la adopción plena en el art. 323 y a la adopción simple en el art. 329, asimila al hijo adoptivo con el hijo biológico, en cuanto a su posición, sus derechos y sus obligaciones.-

Cualquier diferencia o distinción que se haga sobre la maternidad biológica o adoptiva genera irremediablemente, con fundamentos legales, constitucionales y axiológicos, un reproche judicial.-

Entendemos que, en consonancia con el derecho sustancial de familia, la normativa laboral protectoria de la maternidad debería ser readeuada prontamente. para lograr su finalidad tuitiva, evitando de tal forma el conflicto y la vía judicial.

Por análoga vía interpretativa, en relación a la protección a la maternidad, la Sala Laboral del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, en autos “Acebedo, Ivana Trinidad c/Domínguez, Pablo Horacio y otro -cobro de pesos y entrega de certificado -apelación de sentencia -recurso de inaplicabilidad de ley”, de fecha 27/12/2010, consideró aplicable **–con el alcance de doctrina casatoria provincial–** la solución del art.182 de la LCT a una trabajadora del servicio doméstico y, en consecuencia, dispuso la condena especial agravada. Entre los fundamentos más valiosos encontramos que **“más allá de la falta de previsión legislativa en el estatuto particular de trabajadores de servicio doméstico, y la inaplicabilidad de la ley laboral general, los derechos y garantías aplicables al caso emergen de normas de rango constitucional, de naturaleza operante, y la directiva emana, potenciada, del art. 1º de la ley 23592. VIII.- En consecuencia de la operatividad de tales derechos de índole constitucional, y verificando que la protección al embarazo y la maternidad de la trabajadora de servicios domésticos no se encuentra contemplada en su estatuto particular –esto es, el decreto 326/56–, es necesario construir la norma jurídica aplicable al caso, conforme las reglas generales en materia de interpretación e integración del derecho.”** Es decir, considerando la necesidad constitucional de amparar a la trabajadora que fuera madre, la falta de previsión legal al respecto y la existencia del principio legal de no discriminación del art.1 Ley 23.592, tornó aplicable, en ejercicio de la tutela judicial efectiva, la solución legal protectoria existente.<sup>21</sup>

Asimismo, como vía procesal apta, quién resulte afectado por actos discriminatorios que reconozcan este origen podrá actuar, invocando el principio de no discriminación (que tiene jerarquía constitucional), acudiendo al amparo de acuerdo a las pautas del artículo 43 de la Constitución Nacional.-

Del mismo modo, entendemos que en la negociación colectiva existe un lugar privilegiado para debatir entre todos los sujetos involucrados las causas y consecuencias de la discriminación laboral, entre ellas las fundadas en la maternidad –sin distinción– y las responsabilidades familiares, pudiendo incorporarse a los Convenios Colectivos de Trabajo acciones concretas para eliminar el trato desigual.<sup>22</sup>

Es decir, no deseamos que se trate desigual a quién sea padre y/o madre y que exista un acto discriminatorio fundado en dicho motivo, haciendo extensivo para ello una indemnización agravada, sin perjuicios de otras medidas que se adopten a otro niveles (legales, convencionales, administrativos, licencias especiales, etc.).-

#### **4. 4.a) El Daño Moral como necesaria reparación autónoma por acto discriminatorio en los casos de despido por maternidad o adopción**

Desconocemos los términos exactos en que fue planteada la demanda a que dio lugar el fallo de la CNAT, Sala VII. No podemos aseverar si hubo un reclamo autónomo de Daño Moral o si dicho concepto se entendió integrado en la indemnización agravada del art 182 de la LCT.-

De lo que no caben dudas es que el despido de la trabajadora, de toda evidencia, tuvo su causa en la guarda preadoptiva de cuatro niños, hermanos entre sí, concedida por autoridad judicial en la ciudad de El Dorado, provincia de Misiones.-

Lo que concretamente nos interesa enfatizar, en este punto, es cuál debería ser la medida del Daño Moral que en el marco de guardas preadoptivas, –o cualquiera de las situaciones que puedan darse dentro de la interpretación amplia del art. 182 LCT que planteamos en el punto 2–, produce la ruptura del vínculo laboral por la pura decisión de la empleadora.-

La sentencia en el Considerando III comienza efectuando la ponderación del Daño Moral, con cita y transcripción de autorizada doctrina, antecedentes jurisprudenciales y de la Corte Suprema y Pactos Internacionales. Concluye que en el caso **“se vislumbra que el perjuicio provocado por el despido por maternidad debe repararse con la indemnización agravada cuya condena he dejado propuesta. Ello debido a que la equiparación de la madre adoptiva con la biológica conlleva a la aplicación de la indemnización prevista en el art. 182 que repara los perjuicios ocasionados por la desvinculación de una trabajadora como consecuencia de su maternidad”** (sic).-

<sup>21</sup> Señálese que incluso en este caso no sólo faltaba la previsión legal propia del estatuto del servicio doméstico, sino que incluso por expresa disposición del art.2, inc. b, de la LCT esta clase de trabajadores están excluidos del ámbito normativo.

<sup>22</sup> En este sentido se expresa Ackerman, Mario E., “El convenio colectivo como instrumento para la promoción de la igualdad de trato: posibilidades y obstáculos, en D. T. 1998-1389. Citado por Liveralla, Carlos Alberto, “Derechos y Garantías de los trabajadores incorporados a la Constitución reformada”, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2003, p.97.

El art. 182 de la LCT es una indemnización especial equivalente a un año de remuneraciones de la trabajadora, acumulable a la prevista por el art. 245, cuando el despido se produce por causa de embarazo –art. 178– o maternidad (del mejor salario más aguinaldo). *“Se trata de una indemnización especial agravada en razón de la discriminación que significa el despido incausado en esas particulares circunstancias. ...Queda incluido en el monto tarifado de la indemnización la reparación del daño moral, a la que la mujer tiene derecho por el comportamiento desleal, de mala fe, del empleador en un momento crítico de su vida”*<sup>23</sup>.-

Así, dentro de esta indemnización tarifada está incluido, como parte de la tarifa, el daño moral por discriminación en la causa del despido. Discriminación que en su efecto dañoso y dañino creemos que no se limita exclusivamente a la condición de trabajadora –en el caso madre adoptiva– despedida. Es contundente el vocal ponente Dr. Rodríguez Brunengo cuando expresa que no puede ignorarse el derecho de la reclamante a que se le aplique el mismo régimen indemnizatorio contemplado para la maternidad biológica porque: **“Una decisión distinta significaría convalidar un acto de discriminación contrario al principio de igualdad y a los valores de equidad y justicia que deben guiar siempre las sentencias de los jueces. La equiparación de la maternidad biológica y la adoptiva –a mi entender– no admite punto de discusión alguna desde la lógica de la razón y el sentido común”**.-

Conceptuada así en el caso la indemnización base de la discriminación, creemos que tal ilícito –porque de eso se trata– tiene un efecto expansivo, señalado en el voto de la Dra. Ferreirós: *“No tengo dudas de que existe un solo tipo de madres, aquéllas que se comprometen con la gestación o elección del hijo y están dispuestos a llevarlos adelante. La protección del bien jurídico “maternidad” es amplia, porque alcanza a la madre, al niño, y en todo caso al grupo familiar”*. (El resaltado es nuestro).-

Teniendo en cuenta cuál es el bien jurídico tutelado, al que ya nos referimos en mayor extensión en punto N° 2.-, entendemos que el art. 182 fija el piso de lo que es el daño moral. Pero, tratándose el caso aludido, de un despido discriminatorio, entendemos que dicho piso según nuestro análisis puede ser elevado o “perforado”, puesto que el art. 1° de la Ley 23.592 establece la reparabilidad no tarifaria de los daños y perjuicios material y moral, originados en conductas o comportamientos discriminatorios.-

Consecuencia de ese marco legal, de jerarquía constitucional, y por aplicación acorde de la norma más beneficiosa al trabajador, si hubiese duda –art. 9 LCT– y bajo el principio protectorio del art. 14 bis de la C.N., tenemos la convicción de que puede reclamarse un daño moral superior al establecido en el art. 182 de la LCT. Esta consideración la hacemos partiendo de la noción de daño y su reparación integral, que estableció la CSJN en **“Aquino” id 9587 elDial.com - AA242F**, atento las circunstancias que rodeen el caso y su prueba, tal como aconteció en **“Vizzotti” id 9540 elDial.com - AA2400** y bajo los principios de lógica de la razón y del sentido común señalados en la sentencia en análisis. Creemos que, de darse un supuesto en el cual se entienda que el daño moral debe ser reparado con una suma superior a la tarifada debe plantearse la inconstitucionalidad del tope del art. 182 LCT, en lo que refiere al agravamiento indemnizatorio.-

Esta posibilidad la aportamos, con la convicción de que puede tener cabida bajo las normas y principios de derecho contrarios a todo tipo de discriminación, con la sensibilidad social de **qué se trata y cómo se vulnera el bien jurídico tutelado en estos despidos**. Esta propuesta se sustenta en la configuración de los presupuestos que justifican la procedencia del daño moral, porque existe una lesión a la dignidad humana y a los afectos, sentimientos, se trate de maternidad adoptiva o biológica, maternidad al fin, o paternidad.-

En la sentencia que comentamos, la dimensión, magnitud o cuantificación del daño moral a efectos de una justa reparación, pensamos que está particularmente agravado. Aclarando ante cualquier suspicacia que no estamos haciendo aritmética ni numerología, decimos que se encontró involucrado como consecuencia del despido un solo niño. Paralelamente, no eran cuatro recién nacidos, sino cuatro hermanos menores de diversas edades. En el caso de la trabajadora y de su esposo se dio, sin 9 meses de gestación y preparación, pero seguramente con algunos años de inscripciones en Registros de Adopción de varias provincias, una situación de cambio abrupto en el esquema organizacional familiar, con las inevitables tensiones que estos hechos producen. Es posible que se haya debido recurrir a un apoyo o contención de especialistas. También se habrá debido readecuar un esquema parental, escolar, de asistencia médica pediátrica, de gastos de distinto tipo (alimentación y ropa básicamente). Si a esta situación compleja –sumariamente descrita, porque merece un análisis mucho más profundo– adicionamos la pérdida del empleo por esa razón, creemos que el daño moral está particularmente agravado puesto que afecta sentimientos de la trabajadora, no sólo como madre, sino también como madre integrante de un grupo familiar que también se daña. Seguramente puede también producirse un daño por pérdida de un proyecto de vida, atento que el trabajo dignifica a la persona.-

Recordó la Corte Suprema en el ya citado “Aquino”, Considerando 11, que la dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional, haciendo presente el art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: **“Toda persona tiene derecho a la satisfacción de los derechos económicos y sociales “indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”**. **Es por ello que en la jurisprudencia de la Corte no está ausente la evaluación del daño como “frustración del desarrollo pleno de la vida” (fallos 315:2834, 2848, Considerando 12)”**.-

---

<sup>23</sup> “Ley de Contrato de Trabajo” Comentada y Concordada, Raúl Horacio Ojeda Coordinador, Segunda Edición Actualizada, T. II, p. 565/566, Rubinzal y Culzoni Editores.

Perder el trabajo es perder un proyecto de vida.-

#### 4.b) Algunas cuestiones procesales

No se nos escapa que la trabajadora despedida bajo las circunstancias que venimos analizando, puede pedir la reinstalación en el puesto, sin perjuicio de los salarios devengados (art. 1 de la ley 23592, art. 177 LCT por interpretación extensiva, Corte Suprema “**Alvarez c/Cencosud**” id 27059 elDial.com - AA665A, 1º/12/2010).-

Más ésta, la reinstalación es una opción o derecho de la trabajadora.-

En este sub punto abordaremos, brevemente, la cuestión probatoria, partiendo de la posibilidad de atravesar el techo del art. 182 LCT.-

En primer lugar la norma, al establecer un agravamiento acumulado a la indemnización del art. 245 de la LCT, determina una presunción legal de existencia de daño moral en los supuestos de despidos allí establecidos.-

En segundo lugar, este daño también lo establece el art. 1 de la Ley 23.592.-

En tercer lugar, el art. 35 de la Ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres, dispone que la parte damnificada podrá reclamar la **reparación civil** por los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia. Esta Ley resulta de estricta aplicación atento los Derechos Protegidos en su art. 3 y demás disposiciones, especialmente el art.6, inc. c), referido a la modalidad de la violencia en el ámbito del trabajo como así también las Consideraciones expresadas en su Decreto Reglamentario N°11011/2010.-

De tal forma, la actividad probatoria a fin de reclamar un daño moral superior al tarifado, deberá estar vinculado a las particularidades de cada caso y situación, cuando la víctima entienda no sentirse justamente reparada con el previsto en el art. 182 LCT.-

Dentro de los principios que hacen a la carga probatoria del daño moral –e inclusive de otros daños materiales que puedan acontecer– rige el principio de amplia libertad probatoria y las presunciones, art. 31 Ley 26.485 y, además, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.-

Como en otras oportunidades lo hemos señalado e insistido, la incorporación –o reincorporación– hecha en el art. 9 de la LCT por la ley 26.428, el art. 17 bis del mismo régimen y el art. 14 bis de la C.N. , determinan que la judicatura del trabajo traslade los principios protectorios al derecho a la prueba, no limitándola oficiosamente en su producción y también valorándola y conjugándola en consonancia con dichos principios como forma de restablecer desigualdades, porque de eso se trata la tutela judicial.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Brodsky de Petric, Marta; “Medidas autosatisfactivas en el fuero del trabajo entrerriano: dos sentencias que han adecuado el proceso laboral a la tutela judicial efectiva”, Diario “El Derecho”, 02/06/2011.-