



El despido por embarazo o maternidad en las legislaciones laborales de la Argentina y del Perú

Dismissal due to pregnancy or maternity in the labour laws of Argentina and Peru

Miguel Ángel Peña Cárdenas

Alumno de quinto año de la carrera de Derecho en la Universidad César Vallejo (Perú). Correo electrónico: miguelangelpc5000@gmail.com

Diego Demola

Alumno de quinto año de la carrera de Abogacía en la Universidad Católica de La Plata (Argentina). Correo electrónico: diegolaso.88@gmail.com

Guillermo Unzaga Domínguez

Profesor titular de la materia Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Católica de La Plata. Correo electrónico: unzagadominguez@yahoo.com.ar

Recepción: 22 de marzo de 2023 | Aprobación: 5 de mayo de 2023

Resumen

El presente trabajo de investigación es fruto del programa de Movilidad Académica Remota, a través del desarrollo de la modalidad de clases espejos, realizado por el programa de estudio de derecho entre la UCALP y la Universidad César Vallejo. En este sentido, nos propusimos, en la materia Derecho Laboral, investigar acerca del despido por embarazo o maternidad en las legislaciones de ambos Estados. Ello, con el objeto de buscar la existencia de simetrías y diferencias entre ambas legislaciones y tener una visión integral de un tema tan importante, no solo para el derecho en general, sino para nuestras vidas como integrantes de una familia.

Palabras claves: derecho; mujer trabajadora; despido por embarazo o maternidad.

Abstract

This research work is fruit of the program of Remote Academic Mobility, through the development of the mirror class modality, carried out by the program of study of law between UCALP and Universidad César Vallejo. In this sense we intended, in the subject Labor Right, to examine the dismissal due to pregnancy or maternity in the legislations of both states. Our purpose is to seek the existence of symmetries and differences between both legislations and have an integral vision of such an important topic, not only for the law in general, but for our lives as members of a family.

Keywords: *Law; working woman; dismissal due to pregnancy or maternity.*

1. La protección de la mujer trabajadora

La mujer, en la legislación constitucional y laboral de la Argentina y del Perú, es considerada como un sujeto de especial tutela legal, y no por una cuestión de discriminación respecto del trabajador varón, sino por su condición de tal. Es decir, no con el objeto de establecer una diferencia o privilegio laboral, sino, principalmente, por el papel que ella cumple en la sociedad (madre) y las situaciones a las que, de hecho, se enfrenta en forma privativa (maternidad, embarazo, período posparto, etcétera).

Es decir que hay períodos de tiempo, en la vida de la mujer trabajadora, en los cuales la protección se hace más urgente y necesaria, como los que preceden y suceden al parto. Rodolfo Nápoli (2017) explica que esta protección persigue una triple finalidad:

1) Por una parte, la consideración de que la salud está ligada al porvenir de la población en forma más íntima de lo que ocurre con el hombre, pues la mujer sana y robusta es la mejor garantía para el hogar y el futuro de la raza; de ahí que sea preciso adoptar todas aquellas reglas que tiendan a asegurar su salud y que la protejan contra un trabajo excesivo y contra las posibles intoxicaciones en labores insalubres o peligrosas; 2) por otra parte, la maternidad exige una protección especial, tanto en el período anterior como en el posterior al parto, pues en estas épocas se encuentra impedida de trabajar; 3) finalmente y atento a la extraordinaria importancia que tiene en el hogar la obra educacional de la mujer, es necesario evitar el peligro de la pérdida de los principios morales... (Nápoli, 2017, p. 221)

2. El contrato laboral de la mujer trabajadora, durante su embarazo o ante el nacimiento de su hijo, en la legislación de trabajo de la Argentina

Conforme el régimen que surge de la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante LCT), ocurrido el despido de la mujer embarazada o que tuvo un hijo dentro de un lapso de tiempo que la norma establece como enunciaremos posteriormente, aquel será válido toda vez que ella solo goce de estabilidad relativa.

En efecto, este sistema de estabilidad, de hecho, el más débil en lo relativo a protección, significa que el empleador en la actividad privada puede, aún sin justa causa, extinguir la relación laboral y cambiar estabilidad por la indemnización consagrada en el art. 245 de la LCT (un mes —de la mejor remuneración mensual normal habitual del año anterior del distracto— por cada año trabajado o fracción mayor a tres meses); esta es la sanción por la ruptura arbitraria de la relación laboral.

En lo relativo a la estabilidad, no altera lo dicho el hecho de que, en el caso en estudio, como veremos inmediatamente, el legislador le reconozca una indemnización agravada a la mujer.

Sentado ello, la mujer embarazada tendrá que comunicarle su estado al empleador, como así también la fecha presunta del parto. Con ello comenzará una suerte de protección laboral —por así decirlo— referida a que, si el empleador la despide o se considera despedida dentro de los siete meses y medio antes o siete meses y medio después del parto, la presunción —*juris tantum*— será que la causa es su estado de embarazo o maternidad (según sea). Consecuentemente, el empleador deberá abonar a la dependiente la indemnización agravada, consistente en el pago del art. 245, más un año de remuneraciones (art. 178 LCT).

Para la procedencia de la indemnización agravada, no interesa que el despido se haya operado más o menos próximo al cumplimiento de los siete meses y medio, ya que, aun faltando un día para que se cumpla el plazo de protección, el agravamiento procederá en su totalidad.

Como apreciamos, el agravamiento, respecto de la indemnización normal del art. 245, se fundamenta en que el despido es discriminatorio (por el embarazo o la maternidad, según corresponda). Sin embargo, reiteramos que este es válido y produce el efecto extintivo; de ahí que el sistema de estabilidad —más allá del agravamiento— es relativo.

Con el advenimiento del nuevo siglo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina¹ comenzó a reconocer que, en casos de despidos discriminatorios como el de la mujer gestante o recientemente madre, esta pueda presentarse ante el Poder Judicial y, en vez de aceptar la indemnización a la que hicimos mención, peticionar la reposición o reinstalación en su puesto de trabajo, alegando que su despido fue discriminatorio y, por ende, nulo. Como la LCT no reconoce la reinstalación y valida el despido, ella fundamentará su pretensión en la Ley de Antidiscriminación 23.592, que sí lo recepta, como así también en tratados internacionales suscriptos por la Argentina, aunque no sean referidos a temas de empleo (por ejemplo, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer).

Si el magistrado hace lugar a la posición de la mujer y así lo declara en una sentencia, la consecuencia inmediata será retrotraer la situación al estado anterior al hecho tildado de discriminatorio. Es decir, la consecuencia será el regreso al puesto de trabajo de la mujer. Esta reinstalación forzada o forzosa, *i. e.* contra la voluntad del empleador, el cual obviamente se opondrá en el juicio,

¹ La cuestión del despido discriminatorio y la reinstalación forzosa del trabajador despedido contra la voluntad del empleador en los términos de la Ley 23.592 llegó en diciembre de 2010 a la CSJN, que sentó su doctrina en la causa «Álvarez» por cuatro votos (mayoría) contra tres de la disidencia.

nos obliga a cambiar, en los casos de despidos discriminatorios, el nombre de la estabilidad «relativa» y pasar a hablar de estabilidad «reforzada».

3. El contrato laboral de la mujer trabajadora, durante su embarazo o ante el nacimiento de su hijo, en la legislación de trabajo del Perú

Por supuesto que reiteramos que la mujer, en la legislación de ambos Estados, es un sujeto de especial protección legal y, en su empleo, ante el embarazo o gestación, se le reconoce una estabilidad reforzada, siempre dentro de lo que Jorge Toyama Miyagusuku (2002) denomina «estabilidad de salida».

La tipificación como estabilidad reforzada nos permite apartarnos de los inconvenientes que genera la clásica clasificación de estabilidad de salida en absoluta y relativa para subsumir supuestos como el que estamos analizando. Según Toyama Miyagusuku (2002):

La estabilidad laboral reforzada consiste en aquella tarea del ordenamiento jurídico, destinada a brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre o que acaba de serlo. De tal manera, el deber de protección que el Estado se traza deberá repercutir en diferentes ámbitos como la vida social, la salud y seguridad, la alimentación y, sobre todo, la oportunidad y estabilidad laboral. Tal especial protección implica que los principios constitucionales del trabajo adquieren mayor fuerza en el caso de la mujer gestante... (p. 195)

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral del Perú (Decreto Legislativo 728 reformado por la Ley 30.367), en su parte pertinente del art. 29, declara «nulo» el despido que tenga motivos en el embarazo de la mujer, siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido. Concretamente, el inciso e) de dicha norma establece que, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los noventa días posteriores al parto, se presume que tiene por motivo el embarazo.

Sostiene Cueva Arana (2016) que:

El citado artículo contempla la posibilidad para la configuración del despido nulo, instaurando la gestación como un motivo que no constituye causa justa. Aunado a ello, el legislador se encarga de configurar la presunción automática de que el despido ha sido llevado a cabo por esta razón si es que el empleador no logra probar la existencia de una causal propia de las estipuladas para el despido... (p. 9)

Ello representa el único caso donde se presume el despido nulo (Toyama Miyagusuku, 2002) en la legislación del Perú.

Antes de avanzar en esta estabilidad reforzada, digamos que *nulo*, para esta legislación, es aquella modalidad de despido cuya aplicación vulnera los derechos fundamentales consagrados,

en forma expresa o implícita, en la Constitución Política del Perú, como es el caso de la madre (v. arts. 4 y 23 de la Constitución citada).

Es por ello por lo que el art. 34 del Decreto Legislativo 728 determina que, producido el despido nulo, la damnificada podrá presentarse ante la Justicia con el objeto de que se declare la nulidad del distracto si el empleador no acredita una justa causa. En este sentido, si se declara fundada la demanda de la mujer accionante, será repuesta en su empleo, salvo que, en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el art. 38, la cual, en términos generales, es equivalente a una remuneración y media «ordinaria mensual» por cada año completo de servicios, con un máximo de doce remuneraciones.

4. Simetrías y diferencias entre las normas laborales de ambos Estados

Después de conocer la legislación de ambos Estados hermanos, pasemos a enunciar sus simetrías y diferencias en el tema objeto del trabajo.

Inicialmente, las diferencias son superficiales: en ambas legislaciones, la mujer gestante o madre de un hijo recién nacido es sujeto de preferente tutela. Sentado ello, en determinadas situaciones que expresamente determinan ambas legislaciones —nos referimos, en concreto, al tiempo— el despido de la mujer trabajadora se presumirá que obedeció al embarazo o a la maternidad, por lo que es considerado discriminatorio (Argentina: LCT, arts. 178 y Ley 23.592; Perú: Constitución Política, arts. 4 y 23, y art. 29 del Decreto Legislativo 728, reformado por la Ley 30.367). Buscando alguna diferencia, aunque sea cosmética, en el caso de la legislación de trabajo argentina, se advierte un tanto más tuitiva en lo relativo al período posterior al nacimiento, toda vez que la presunción opera durante siete meses y medio (225 días); en cambio, en la legislación del Perú, está acotado a los noventa días posteriores al parto.

Si la mujer trabajadora convalida el despido en lo que hace a la cuantía de la indemnización que percibirá, aunque *a priori*, parece más «importante» la regulada en la legislación del Perú respecto de la de la Argentina (en forma genérica: un mes y medio por año trabajado frente a un mes por año trabajado). En esta última, la indemnización se verá incrementada con el equivalente de «un año de las remuneraciones que venía percibiendo» la discriminada (art. 181, Ley de Contrato de Trabajo), agravamiento este que no encontramos en la legislación del Perú.

Finalmente, en las normas sociales de ambos Estados, ante el distracto laboral en los supuestos examinados (embarazo, maternidad), si la mujer no quiere convalidar el despido, puede presentarse ante la Justicia y peticionar su nulidad: debe denuncia, en rigor, que obedeció a su embarazo o maternidad, es decir, por discriminación. En este supuesto, según la legislación del Perú, la presunción *juris tantum* en favor de su argumento se encuentra expresamente receptado en la norma laboral (art. 29, del Decreto Legislativo 728), en tanto que en la Argentina, en vez de presunción, la jurisprudencia de su más alto Tribunal de Justicia solo fijó la carga dinámica de la prueba (v. causa «Pellicori»).

Referencias

- Cueva Arana, L. (2016). *La estabilidad laboral reforzada de la madre trabajadora*. Pontificia Universidad Católica de Perú. Recuperado de: https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/8396/CUEVA_ARANA_LIZETH_LA%20ESTABILIDAD_LABORAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Nápoli, R. (2017). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Editorial: La Ley.
- Toyama Miyagusuku, J. (2002). El despido nulo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. *Revista Advocatus*, 7, 194-207. Recuperado de: <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/2388/2321>