



NEUQUEN, 26 de julio de 2012

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"BARRERA DEBORA VANESA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN DE AMPARO"**, (Expte. N° **454004/11**), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA LABORAL NRO. 1 a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia del Secretario actuante Dr. Miguel E. **BUTELER** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia M. CLERICI, dijo:**

I.- La parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 154/156 vta., que hace lugar a la acción de amparo y declara la nulidad de la Resolución n° 763 del Ministerio de Salud de la Provincia, ordenando la reincorporación de la actora en su puesto de trabajo y el pago de los salarios, bajo apercibimiento de aplicar astreintes.

La quejosa se agravia por entender que el fallo recurrido viola el art. 1 de la Ley 1981 y la doctrina del Tribunal Superior de Justicia en la materia. Cita el precedente "Rivarola Claro".

Dice que la baja de la agente tiene apoyatura en la Circular n° 05/09, que se refiere a las inasistencias injustificadas del personal mensualizado, no pudiendo acumular más de una ausencia por mes y cinco en el año, pudiendo el incumplimiento de la directiva ser motivo de la baja del agente. Por ello, entiende la demandada apelante, la ilegalidad o arbitrariedad no puede surgir de modo manifiesto como requiere el amparo. Cita jurisprudencia.

Sigue diciendo que la solicitud de reincorporación sólo debe prosperar si surge claramente que la agente resulta una empleada pública de planta permanente, más allá de su estado de gravidez, dado que únicamente esa condición permitiría su reinstalación, es decir la protección de su



puesto de trabajo. Agrega que el objeto inmediato de la acción no es la protección de los derechos que surgen de la maternidad sino la protección de la fuente laboral, con fundamento en que el despido tiene su causa en el embarazo. Por ello, señala la recurrente, es que se requiere que la condición laboral de la actora y/o el vínculo con la Provincia deba ser indiscutible, lo que no sucede en autos. Concluye, entonces, en que no siendo manifiesta la ilegalidad o arbitrariedad, ni surgiendo certeza de la liquidez del derecho cuya protección se reclama, debe rechazarse el amparo.

Manifiesta que la sentencia equipara los derechos de la actora con los de los empleados públicos con estabilidad.

Sostiene que en el ámbito del empleo público, el instituto de la reinstalación se encuentra previsto a efectos de garantizar la estabilidad establecida en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, y protege a aquellos empleados que gozan de aquella estabilidad; en tanto que la actora no goza de estabilidad, ni cuenta con los requisitos para su adquisición. Cita la causa "Del Castillo" del Tribunal Superior de Justicia.

Señala que la causa del despido de la actora no es su estado de embarazo, sino su desempeño poco satisfactorio y las frecuentes inasistencias sin justificación. Dice que no fue meritudo en la sentencia de grado que el trámite de la solicitud de baja de la amparista fue iniciado con fecha 24/2/2011, por requerimiento del Administrador del Hospital de Área Plottier, emitiéndose, luego del procedimiento administrativo llevado a cabo, la Resolución n° 763/11 del 4 de julio de 2011, todo con fecha anterior a la presentación del certificado médico.

La actora rebate los agravios de su contraria a fs. 173/vta.



Entiende que los recaudos de admisibilidad del amparo constituyen una cuestión que ya fue resuelta por esta Cámara de Apelaciones, por lo que el agravio resulta improcedente.

Dice que la sentencia de grado no hace ninguna mención a la equiparación de derechos entre la amparista y los agentes de planta permanente, ni menos aún se analiza la estabilidad de la demandante.

Sigue diciendo que la a quo analiza todas las constancias de la causa, y considera que el despido se efectúa después de que la actora notificara su estado de gravidez.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos entiendo que corresponde precisar cuál es la cuestión debatida en esta causa.

No se encuentra en tela de juicio el vínculo jurídico que une a actora y demandada (contratación temporal, más allá de la denominación que se le ha dado). Tampoco pretende la amparista que se le reconozca estabilidad alguna en su cargo, no siendo objeto de controversia esta cuestión. Más aún, la a quo nada ha dicho sobre la estabilidad.

El objeto de análisis es la protección a que tiene derecho la trabajadora embarazada y, luego, madre.

De acuerdo con las constancias de autos, no controvertidas por las partes, la actora comenzó a trabajar para el Estado Provincial (Subsecretaría de Salud) el día 6 de septiembre de 2010, para reemplazar a una agente en uso de licencia prolongada y hasta que se produjera el reintegro laboral de ésta. La contratación es prorrogada a efectos de reemplazar a otra agente.

Vigente la contratación, el día 24 de febrero de 2011, el Administrador del Hospital Área Plottier solicita la baja de la actora, con fundamento en las frecuentes inasistencias -justificadas e injustificadas- en que incurrió la trabajadora (fs. 1 del expediente administrativo n° 4420-



74416/2011, que tengo a la vista). La Resolución n° 763, de fecha 4 de julio de 2011, da de baja a la actora como "personal mensualizado por programa" (fs. 13 del expediente administrativo citado); resolución que es notificada a la actora el día 29 de julio de 2011 (fs. 13 vta. del expediente administrativo). Esta fecha de notificación ha sido reconocida por la misma amparista en su demanda.

Ahora bien, la anterior resolución de esta Sala II tuvo especialmente en cuenta el certificado médico obrante a fs. 1, en el cual consta una firma puesta con fecha 27/7/2011, la que se entendió como constancia de recepción por la demandada, conforme se explica en aquél resolutorio.

Sin embargo, al contestar la demanda, la demandada niega expresamente la autenticidad del certificado referido y la constancia de recepción (fs. 113 vta.); en tanto que la copia autenticada del certificado, obrante a fs. 16 del expediente administrativo referenciado, no tiene constancia de la fecha en que fue recibido, siendo el único dato sobre la toma de conocimiento por parte de la demandada, la remisión del mismo a la Jefatura de Zona Sanitaria I que hace el Director del Hospital Plottier, el día 1 de agosto de 2011 (fs. 17 del expediente administrativo citado).

Cabe entonces preguntar si ante la variación de la situación, derivada de la presentación de la demandada y la documental por ella acompañada, debe tenerse por no acreditado que el anociamiento de la accionada con relación al embarazo de la trabajadora fue anterior a la comunicación de la baja laboral de la actora.

Adviértase que este dato no es menor, ya que toda la legislación protectora de la mujer embarazada requiere, para el nacimiento de la protección, que ésta comunique fehacientemente la gestación.

Si nos atenemos a las constancias documentales adjuntadas por la demandada, debemos presumir que el



certificado fue presentado el día 1 de agosto de 2011, o sea, con posterioridad a la notificación de la baja; en tanto que la parte actora ninguna prueba aportó para acreditar la fecha de presentación del certificado médico por ella denunciada - anterior a la comunicación de la baja-.

Más, no obstante el desconocimiento de la documental formulado por la demandada, he de tener en cuenta que tal desconocimiento no se encuentra fundado, en tanto que en el texto del responde, e incluso al expresar agravios, no se ha negado ni cuestionado que el Estado provincial tomó conocimiento del embarazo de la actora antes de que se le notificara su baja de la planta de personal.

Por lo expuesto es que he de tener por cierto que la amparista presentó el certificado de embarazo en la fecha por ella denunciada y que consta en la documental de fs. 1.

III.- Sentado lo anterior, corresponde analizar si la amparista tiene derecho a permanecer en su puesto de trabajo, en virtud de la protección a la maternidad.

En tanto la administración tomó conocimiento del estado de embarazo de la actora con antelación a la comunicación de la baja de la planta de personal, ésta tiene el derecho reconocido por la misma demandada en la Circular n° 05/9 (fs. 58/vta.), o sea a gozar de licencia por maternidad "durante el período que está comprendido en la mensualización", lo que debo entender en tanto persistan las condiciones que determinaron la contratación temporaria. Ahora bien, una cosa es la licencia por maternidad y otra, la estabilidad relativa de la trabajadora embarazada.

A la época de comunicación del embarazo, el derecho a usufructuar de licencia por maternidad no había nacido dado la etapa de la gestión (art. 73, EPCAPP).

Corresponde, entonces, determinar, si tenía derecho a la estabilidad relativa derivada de la protección de



la maternidad. La normativa específica (Circular n° 05/9), nada dice sobre el tema.

No obstante la ausencia de regulación específica, alguna norma protectoria debe ser aplicada, ya que, de otro modo, cometeríamos un acto ciertamente discriminatorio, tratando en forma desigual a una mujer trabajadora, por el solo hecho de haber sido contratada en forma temporal por la administración pública. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, y gran parte de la doctrina, viene llamando la atención sobre la total desprotección -incompatible con la manda del art. 14 bis de la Constitución Nacional, que garantiza la protección del trabajo en todas sus formas (el subrayado me pertenece)- en la que se coloca al personal contratado por el Estado, en todas sus manifestaciones, y la necesidad de rescatarlos de esa situación de parias sociales, brindándoles un mínimo de resguardo.

En este marco de análisis, he de considerar que la protección a la maternidad tiene como objetivo resguardar la salud y los derechos de la madre y del hijo, estableciendo períodos donde se exime de la prestación laboral a la trabajadora antes y después del parto, como así también resguardar a la mujer ante posibles conductas discriminatorias prohibiendo su despido, circunstancia que también contribuye a asegurar a la mujer embarazada la conservación de su fuente de ingresos antes y después del alumbramiento. Ello a efectos de asegurar la manutención de la madre y el hijo -en una etapa donde a la progenitora le será muy difícil obtener un nuevo puesto de trabajo-, como así también otros beneficios derivados de la condición de empleo dependiente, principalmente, y en lo que a nuestro país refiere, el acceso a la salud a través de las obras sociales. Para ello los Convenios nros. 3 y 103 de la OIT, sobre protección de la maternidad y condiciones de empleo antes y después del parto, no sólo establecen la necesidad de otorgar la licencia por



maternidad, sino que determinan la prohibición del despido, prohibición que comienza a regir desde el día en que el empleador fue notificado del embarazo, certificado médico mediante.

En supuestos como el de autos, donde la vinculación laboral entre las partes es temporal, mucho se ha discutido y se discute sobre que es lo que prevalece, si la naturaleza del vínculo o las normas protectorias de la maternidad. En el ámbito del trabajo privado existen fallos que dan prioridad a la naturaleza del vínculo (cfr. CNAT, Sala VIII, por mayoría, "Jiménez c/ Marcelo H. Pena S.A.", 29/6/2007, LL on line, AR/JUR/3716/2007), pero, también encontramos resoluciones que priorizan la protección a la maternidad. Así la Sala III de la CNAT (autos "Guisado de Jakobs c/ KB Servicios S.A.", sentencia del 5 de marzo de 1998), con voto de la Dra. Porta, determinó que, aún tratándose de un contrato a prueba rige la protección consagrada por los arts. 177 y 178 de la LCT. En igual sentido se manifestó la Cámara del Trabajo de Córdoba, Sala 10 (autos "López c/ Imágenes S.R.L.", 1/7/2011, LL on line, AR/JUR/101949/2010), señalando que, si bien el instituto del período de prueba exime al empleador de justificar su decisión de extinguir el vínculo, sin acarrearle en principio consecuencias indemnizatorias, la ley no consagra un bill de indemnidad que le permite al empleador violar derechos fundamentales del trabajador, consagrados por normas de rango superior.

Por su parte la Sala VII de la CNAT determinó que la no renovación del contrato celebrado bajo la modalidad de fomento del empleo con la trabajadora embarazada importó un obrar antijurídico, si la cantidad de personas contratadas bajo la referida modalidad aumentó en el mes inmediatamente posterior a la desvinculación de la trabajadora embarazada



(autos "González c/ Carli S.A.", 24/10/2000, DT 2001-B, pág. 1168).

En lo que refiere al empleo público, la Cámara 4ta. de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario de Mendoza hizo prevalecer el contrato de locación de servicios por sobre la protección de la maternidad, claro que porque la contratación había arribado a la fecha establecida como de finalización del contrato (autos "Donoso c/ Municipalidad de Guaymallén", 28/11/2008, LL on lien AR/JUR/13682/2008). En tanto que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, Sala IV (autos "Micheli c/ EN (M. Justicia y Derechos Humanos)", 3/3/2007, LL on line AR/JUR/861/2007), estableció la obligación del Estado de abonar los salarios caídos correspondientes al plazo de licencia por maternidad a la trabajadora que no había adquirido el derecho a la estabilidad, y había sido dada de baja, aún cuando no había comunicado oportunamente su gravidez.

Resumidas las posiciones jurisprudenciales, entiendo que la naturaleza del vínculo existente entre las partes no puede ser alterada por el embarazo de la trabajadora, pero, ello no quita que se le brinde a ésta la tutela prevista para la mujer dependiente en situación de maternidad, en la medida del contrato. Ello así porque, conforme ya lo señalé en la anterior resolución de esta Sala II, la protección de la maternidad está expresamente consagrada por nuestra Constitución local, y, por normas contenidas en tratados internacionales, constitutivos de lo que se ha dado en denominar el bloque de constitucionalidad.

La amparista no fue dada de baja porque hayan desaparecido las condiciones que determinaron su contratación. Por el contrario, la licencia de la agente a quién reemplazaba persiste, al punto tal que, conforme surge de las actuaciones



administrativas agregadas por cuerda, se ha incorporado otra persona para sustituir a la actora en su suplencia.

La decisión de poner fin a la contratación está motivada, de acuerdo con la resolución administrativa n° 763/2011, en que la actora tuvo una evaluación de desempeño poco satisfactoria. Ahora bien, de acuerdo con la Circular n° 05/09, los resultados de la evaluación de desempeño no son causales de la baja del agente contratado, ya que no se menciona en su texto, primero, la realización de estas evaluaciones; y luego, que un resultado "poco satisfactorio", sea motivo de la baja de la planta de personal. Ello sin dejar de advertir que, en realidad, las calificaciones asignadas en la evaluación de fs. 7 del expediente administrativo n° 4420-74416/2011, no difieren mayormente, en cuanto a su desempeño laboral, con las establecidas en la de fs. 387 del apartado "Evaluaciones" de las actuaciones agregadas por cuerda; mediando entre ambas evaluaciones unos pocos meses.

En cuanto a las inasistencias de la actora, éstas no se encuentran entre los fundamentos de la baja. Aunque, tampoco lo informado a fs. 3 del expediente administrativo n° 4420-74416/2011 se compadece con la cantidad de inasistencias máximas establecidas en la Circular n° 05/09.

Teniendo en cuenta, entonces, la manda del art. 14 bis de la Constitución Nacional, que determina -como ya lo dije- la protección del trabajo en todas sus formas; lo dispuesto en los arts. 45 inc. 3 y 46 de la Constitución provincial, en cuanto prohíbe toda discriminación respecto de la mujer en razón de la maternidad, y ordena al Estado brindar una especial protección a ésta, como así también lo establecido en el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y art. 11, apartado 2, inc. a) de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; que la notificación del embarazo fue anterior a la comunicación de la decisión de dar



de baja a la amparista de la planta de personal; y que no se advierten causales objetivas que funden la decisión de resolver ante tempus el contrato, entiendo que corresponde confirmar el resolutorio de grado en cuanto determina la reincorporación de la actora, aunque con algunas precisiones.

En efecto, conforme ya lo dijera, la protección de la maternidad en autos debe ser otorgada en la medida de la contratación, sin alterar, en lo sustancial, la naturaleza del vínculo que uniera a los litigantes. Consecuentemente, la condena debe tener una limitación temporal, acorde con las normas protectorias en que se funda la reinstalación.

A fin de delimitar la vigencia de la reinstalación y devengamiento de remuneraciones, he de acudir, por analogía, a la reglamentación que sobre la materia trae el EPCAPP, ya que a él se refiere la Circular n° 05/09, como de aplicación supletoria; siendo, por otra parte, este estatuto el que rige para el empleo público provincial, ámbito donde también se ubica la contratación de autos.

Dicho estatuto prevé un plazo de 180 días a otorgar a la mujer embarazada como medida tuitiva del embarazo y nacimiento del hijo, en concepto de licencia por maternidad. Si bien la norma divide el usufructo de la licencia en períodos ante y post parto, en atención a que la protección a brindar a la amparista es más amplia que la licencia por maternidad, desde el momento que esta última sólo tiene por objetivo la prohibición de trabajo, en tanto que la protección de la maternidad incluye la prohibición del despido, es que el lapso de seis meses, límite que pondré a la condena de autos, se computará a partir del nacimiento del hijo o hija de la actora.

Por lo hasta aquí expuesto, propongo al Acuerdo modificar parcialmente el resolutorio de grado, disponiendo que la orden de reincorporación de la amparista y pago de las remuneraciones tiene vigencia hasta los ciento ochenta (180)



días posteriores al parto de aquella, pudiendo luego la demandada actuar de acuerdo con lo que entiende corresponda; y haciendo saber a la actora que, dentro de los diez días de quedar firme la presente, deberá acreditar fehacientemente la fecha del parto, bajo apercibimiento de computar el término de ciento ochenta días a partir de la fecha probable de parto indicada en el certificado de fs. 1 (20/1/2012).

En atención al modo en que se resuelve la apelación, las costas de la presente instancia se imponen en el orden causado (art. 68, CPCyC), no correspondiendo regular los honorarios de los letrados de la parte actora por su intervención al carecer de las facultades invocadas (arg. arts. 46, 47 y ccdtes del C.P.C.C.).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRÍO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia dictada a fs. 154/156 vta., disponiendo que la orden de reincorporación de la amparista y pago de las remuneraciones tiene vigencia hasta los ciento ochenta días posteriores al parto de aquella, pudiendo luego la demandada actuar de acuerdo con lo que entiende corresponda.

II.- Hacer saber a la actora que, dentro de los diez días de quedar firme la presente, deberá acreditar fehacientemente la fecha del parto, bajo apercibimiento de computar el término de ciento ochenta días a partir de la fecha probable de parto indicada en el certificado de fs. 1 (20/1/2012).

III.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, atento la forma en que se resuelve (art. 68 2º apartado del C.P.C.C.).



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

IV.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente,
vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia Clerici

Dr. Miguel E. Buteler - SECRETARIO

REGISTRADO AL N° 118 - T° IV - F° 619 / 625

Protocolo de **SENTENCIAS -S A L A II-** Año 2012