

Despido por embarazo o maternidad - Notificación del embarazo - Conocimiento del empleador - Prueba testimonial - Indicios

Despido por embarazo o maternidad

Resulta suficiente para quien alega un acto discriminatorio aportar hechos que -prima facie- puedan inducir su existencia, para que corresponda al demandado acreditar la existencia de un motivo objetivo y razonable. En el caso, existe un primer dato relevante para producir el ánimo inductivo de discriminación, que es la concomitancia de la decisión de despido respecto de la notificación del embarazo por parte de la actora. Constituye otro dato indiciario el hecho que la empleadora ensayó como hipótesis en relación a la justificación del despido una inconducta que había dado lugar, diez días antes, a la aplicación de un apercibimiento. Escapa a toda razonabilidad que un mismo comportamiento sea sancionado con un apercibimiento y luego sustente la extinción del contrato. Finalmente, los testimonios brindados en la causa corroboran el conocimiento en el ámbito laboral del estado de embarazo y particularmente el anociamiento de tal circunstancia a los superiores jerárquicos (art. 36, LCT). Corresponde confirmar la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la demanda por cobro de la indemnización prevista por el art. 182, LCT.

Sentencia.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "BARROS ANA CECILIA C/VISIÓN DEL COMAHUE S.R.L. S/DESPIDO", (JNQLA4 EXP N° 508012/2016), venidos en apelación a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando Marcelo GHISINI y Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini, dijo:

I. La sentencia de primera instancia de fs. 188/194, hizo lugar a la demanda por cobro de la indemnización prevista por el artículo 182 de la LCT y reparación de daños por ausencia de aportes al sistema de retiro complementario La Estrella por un total de \$ 128.174,59, mas los intereses a la tasa fijada en el acuerdo del TSJ 1590/09 en la causa "Alocilla" desde la fecha de mora (-0-2013), imponiéndose las costas del proceso a la demandada.

Para decidir de este modo, el a quo hizo un detenido repaso de las actuaciones, con particular detenimiento en las cuestiones fácticas y calificaciones jurídicas efectuadas por los litigantes, a partir de lo cual fijó que los hechos debatidos se vinculaban con determinar si el despido directo sin causa se encontró alcanzado por la protección por embarazo y si se encuentran reunidas las condiciones de procedencia de las restantes indemnizaciones reclamadas. A partir de la valoración de los certificados médicos, cuya recepción se tuvo por reconocida, concluyó que la actora se hallaba dentro del período de protección legal, la que abarca su situación aun cuando no se hubiera dado cumplimiento a la notificación hallándose vigente el vínculo, puesto que el embarazo era ostensible.

Con la prueba testimonial rendida por Morali e Iranzo tuvo por acreditado el nivel de conocimiento que tenía la empleadora sobre el estado de embarazo.

Por otra parte, desechó la defensa de la empleadora en orden al desconocimiento de la situación por parte de los socios, puesto que la empresa contaba con una encargada de recursos humanos.

Por lo demás, apoyó su ponderación del material probatorio en los principios protectorios, de buena fe, primacía de la realidad, igualdad de trato, equidad y razonabilidad, que reputó contrariados por la empleadora, al no retractar su decisión extintiva frente al conocimiento del estado de gravidez.

Asimismo, valoró las fotografías aportadas por la trabajadora y con sostén en las reglas de la sana crítica, tuvo por probado que la demandada tenía conocimiento del estado de embarazo de la trabajadora.

En relación al sistema de retiro complementario La Estrella, tuvo por probada la causación de un daño a la trabajadora por la inexistencia de aportación al seguro.

II. La parte demandada dedujo recurso de apelación contra la sentencia definitiva a fs. 198/200.

Se agravia por la procedencia de la indemnización agravada prevista por el artículo 182 de la LCT, a partir de la consideración de que al momento de disponer el despido no existía notificación del estado de embarazo, el que tampoco puede considerarse evidente, por cuanto se encontraba en un lapso máximo de gestación de dos meses (7 a 8 semanas).

Critica que se haya considerado como ostensible a ese estado de gestación, que cumplió con la 508012/2016 constatación del embarazo, que el 3 de septiembre de 2013 consta nota donde se expresa que no se pudo llevar a cabo el control médico y que por ello se aplicó una medida disciplinaria, como asimismo que todo ello consta en el informe de reconocimiento médico.

Por otra parte, expresa que ninguno de los testigos identificó a la persona de recursos humanos, que las fotografías nada aclaran

sobre un embarazo de dos semanas, sino que fueron tomadas posteriormente y que carecen de certificación por escribano público. Concluye señalando que la empresa no tenía conocimiento real del estado de gravidez de la actora, quien firmó su liquidación final y baja con percepción de indemnizaciones. Arguye que se trata de un caso de despido por causales que nada tienen que ver con el embarazo y que el 90 % de las personas que trabaja en la empresa no puede ser acusada de persecución a embarazadas o trato discriminatorio.

Sustanciado el recurso, a fs. 202 y vta. está agregada la réplica de la parte actora. Afirma que sin perjuicio de la orfandad argumentativa, se equivoca el recurrente al señalar que el embarazo no resultaba ostensible, a la luz de lo declarado por los testigos y que la actora se encuentra comprendida dentro del período de protección, sin que se controvierta el hecho del anociamiento, sino sólo el de la persona. Destaca el error de confundir el embarazo de cinco semanas, contenido en una cita jurisprudencial, con el análisis concreto de la situación juzgada. Solicitó que se confirme la sentencia, con costas.

III. Seguidamente se dará tratamiento al único agravio que exterioriza la parte demandada, concerniente a la procedencia de la indemnización del artículo 182 de la LCT.

Para ello, resulta necesario analizar la evolución de los preceptos que tutelan a la trabajadora embarazada, quien constituye un arquetipo de sujeto destinatario de una protección más intensa que la comúnmente deferida al resto del universo de los trabajadores dependientes.

No resultan extraños los motivos y razones que inclinaron al legislador de 1974 a consagrar tal protección, aún bajo un paradigma constitucional diferente y más austero -en términos de protección de los trabajadores- que el vigente a partir del año 1994, que se integra (además de los artículos 14 bis, 16 del texto constitucional, 1 de la Ley 23592 y 17 de la LCT), con los preceptos de orden convencional derivado de los artículos 1, 17 inc. 2 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), artículos 2 inc. 2, 10 inc. 2 del PIDESC; art. 2 inc. 2, 10 inc. 2 y 26 del PIDCyP; artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en lo sucesivo DADDH); art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH); artículos 1, 5 inc. 11 ap. 2 inc. de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW).

La observación, en el plano de la realidad, de la existencia de un tratamiento peyorativo fundado en la construcción social de género, conllevó a que se legislara una hipótesis de discriminación en el artículo 182 de la LCT.

La regla legal se enmarca en las acciones positivas desarrolladas para contrarrestar las diferencias derivadas del estereotipo femenino que en la estructura patriarcal (hoy en crisis). Ello así, por cuanto ese género está asociado al cuidado de los hijos, así como organización y sostenimiento del hogar, lo que genera una subyacente construcción social que lo coloca en un pie de absoluta desigualdad frente al hombre (cfr., Simone De Beauvoir, *El segundo sexo*, tomo II, p. 414 y siguientes, Ed. Siglo veinte).

El establecimiento de reglas objetivas, permite cristalizar comportamientos socialmente reprobables a través de datos fijados ex ante. Para que surta efecto la garantía, entonces, se establecieron recaudos formales e incluso una presunción sustancial (arts. 177 y 178 LCT).

A partir del año 1994 se ha operado un cambio paradigmático, a partir del que hemos ingresado en la etapa de la plena vigencia y constitucionalización de los derechos humanos fundamentales.

La cuestión de género fue progresivamente ganando terreno en la agenda pública y correlativa adopción de instrumentos tutelares, por lo que se impone una perspectiva de aproximación, fundada en el mandato imperativo de la eliminación de roles estereotipados (art. 5, CEDAW y art. 6, Convención de Belem Do Pará).

Este paradigma ha obligado a reexaminar y reelaborar interpretaciones ortodoxas y con profundo arraigo en la conciencia jurídica formal, fundamentalmente por la incorporación de un cuerpo de normas que subvirtieron la jerarquía normativa, los valores y los principios de solución de los casos.

Existe entonces un ensanchamiento en las fuentes de interpretación que deben ser integradas en la solución del caso.

El marco de solución es la LCT, mas no sólo la LCT, sino un conjunto normativo significativamente mas extenso.

El artículo 1 del Convenio 111 de la O.I.T. define el término discriminación del siguiente modo: «[...] A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de (...) sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados".

Como se advierte y he subrayado, la regla convencional es clara al aludir a la discriminación por resultado o efecto, como un

elemento cardinal del concepto.

Tal elaboración conceptual se repite en el artículo 1° de la CEDAW y artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, es decir, que las mas modernas formas de abordaje de la discriminación no apuntan a la discriminación a partir solo del origen, sino fundamentalmente además a través del resultado.

No es preciso ya demostrar el ánimo subjetivo discriminatorio, lo que en la práctica implica severas dificultades. Basta con acreditar el efecto o resultado que comporte la desigualdad relacionada con una categoría sospechosa.

El artículo 1 de la Ley 23592 complementa el mosaico de reglas aplicables, definiendo como discriminación toda hipótesis en que se impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, entre otros, por razones de sexo.

Cuando se alude a razones de sexo (conforme la perspectiva de aproximación aquí postulada), la ley datada en el año 1988 se refiere -de modo tosco y rústico, es cierto- al concepto que luego se desarrolló notoriamente en forma coincidente con «género», puesto que el sexo es una condición biológica y éste último es un estereotipo social, sobre el que puede basarse la segregación en el ejercicio y goce de los derechos.

La discriminación tiene basamento en comportamientos sociales, por lo que no existen situaciones de segregación antijurídica basadas puramente en caracteres biológicos, sino que siempre subyace y aparece como determinante la interrelación social, plasmada en nuestro caso a través del género femenino como un estereotipo fijo.

Pues bien, en el caso del artículo 177 de la LCT el punto de partida es la discriminación cuya prohibición genéricamente se recoge en el artículo 17 del mismo régimen, aunque permite al empleador acreditar que su comportamiento respondió a otro motivo que excluya la hipótesis tutelada.

Determinado tal marco de fuentes concurrentes, corresponde desentrañar si la empleadora tenía conocimiento del estado de embarazo de la trabajadora al momento de disponer la extinción del contrato de trabajo.

Como puede apreciarse, el contexto legal, constitucional y convencional denotan que la rigidez interpretativa en torno a los recaudos del artículo 178 de la LCT cede frente al dato fáctico del conocimiento efectivo por parte del empleador del estado de embarazo, que es el aspecto verdaderamente relevante del enunciado normativo.

Como se advierte, existe un contexto objetivado por la LCT en torno al tratamiento de la situación de discriminación de la mujer embarazada, que no se agota en si mismo, ni resulta excluyente con el que progresivamente fue brotando a través de una comprensión más amplia del fenómeno.

Puesto en otras palabras, existe en el régimen del artículo 178 de la LCT una protección objetiva, que no enerva la consideración como discriminatoria de la conducta, a partir de las nociones generales que se han construido sobre tal problemática.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha llevado a cabo una intensa tarea de delimitar la asignación de las cargas probatorias en causas referidas a discriminación en materia laboral, recurriendo a la teoría de las cargas probatorias dinámicas como un válido mecanismo de reparto probatorio en las causas "Fernandez, Estrella" (fallos, 311:1602, sent. de --1988), "Pellicori" (fallos, 334:1387, sent. de -1- 2011), "Sisnero" (Fallos, 337:611, sent. de 20--2014), "Varela" (341:1106, sent. de --2018).

Resulta entonces suficiente para quien alega un acto discriminatorio aportar hechos que "prima facie" puedan inducir su existencia, para que corresponda al demandado acreditar la existencia de un motivo objetivo y razonable.

Existe un primer dato relevante para producir el ánimo inductivo de discriminación, que es la concomitancia de la decisión de despido respecto de la notificación del embarazo (v. CD371712529 de fs. 20; CD 304725785, de fs. 18 y certificado médico de fs. 27; ecografía transvaginal de fs. 33/34).

Como acertadamente pone de resalto el a quo, la parte demandada reconoció la recepción del certificado (v. fs. 86, 8° párrafo), lo que asimismo surge de la consecuencia que asigna el artículo 21 de la Ley 921 y el artículo 356 inc. 1 del CPCC a la ausencia de desconocimiento específico.

Asimismo, los testimonios corroboran el conocimiento en el ámbito laboral del estado de embarazo y particularmente el anociamiento de tal circunstancia a los superiores jerárquicos.

El Sr. Iranzo, compañero de trabajo de la actora, señaló que existía un conocimiento generalizado y la encargada de recursos humanos estaba anociada.

A su turno, la Sra. Morali indicó que al momento del despido la actora les había contado que estaba embarazada y que se lo había hecho saber a la señora de recursos humanos, a la que identificó como Tesi, con anterioridad al despido. Del mismo modo, refirió que la actora "tenía panza" y que lo recuerda por que tenía un uniforme de saco y le quedaba abierto.

De acuerdo con el artículo 36 de la LCT, se reputan actos de las personas jurídicas tanto los de los representantes legales como quienes, sin serlo, aparezcan como facultados para ello. Si bien la regla apunta a la formación y celebración del contrato, esa pauta

legal explaya sus efectos en análogo modo sobre todos los actos que atienden a la ejecución del contrato, puesto que tal organización es una consecuencia directa de la facultad del empresario de organizar su empresa (arts. 5 y 64, LCT).

En la presente causa, los dos testigos que comparecieron a prestar declaración han relatado en forma unívoca la existencia de una responsable de recursos humanos, a la que la testigo Morali identificó como Tesi.

A su vez y en este específico y particular contexto, resulta sugestiva la extinción decidida «[...] sin justa causa [...]» (v. comunicación extintiva de fs. 20).

Es que si bien el ordenamiento jurídico releva en la regularidad de los casos al empleador de exponer a su co-contratante los motivos que lo impulsan a extinguir el contrato cuando asume el pago de una indemnización, ello no puede conducir a pensar que existen rupturas contractuales que carezcan de un trasfondo causal. Lo que está dispensado es sólo la exposición de la causa.

Sin embargo, cuando el contexto revela, tal como aquí ocurre, una marcada coincidencia temporal entre el despido y la comunicación del estado de embarazo y por lo tanto el debate queda fincado en la determinación de la existencia de discriminación, queda sin efecto la dispensa legal. El empleador debe exponer y demostrar la existencia de una causal que (lícita o no), excluya la conjetura de discriminación.

Va de suyo que la causa debe resultar creíble, de acuerdo a lo que haría un buen empresario, interesado en una gestión racional de su empresa.

Ahora bien, el marco indiciario presente en la causa se robustece ni bien se advierten varios aspectos que habitualmente afloran en casos como el aquí presentado.

El primero de ellos tiene que ver con un hecho que denota una injustificada preocupación y premura de la empleadora por disolver el contrato de trabajo, lo que no se compece con ninguna causa que así lo justifique.

Constituye un consistente dato indiciario el hecho que la empleadora ensayó como hipótesis en relación a la justificación del despido que obedeció a "[...] reiteradas llegadas fuera de hora y negativa a prestarse al reconocimiento médico[...]" (v. contestación de demanda, fs. 85, párrafo final) o que fue "[...] desde el mes de mayo de 2013 tuvo reiteradas ausencias por diversos motivos nunca pudo ser controlada por la médica laboral de la empresa por no encontrarse en su domicilio, no escuchar el timbre o no atender su teléfono celular [...]" (v. contestación de demanda, fs. 89, tercer párrafo).

La causal resulta de por sí pueril, ni bien se observa que las partes están contestes en que el comportamiento que se expone como justificante del despido había dado lugar, diez días antes, a la aplicación de un apercibimiento cuya constancia de notificación está agregada por las partes a fs. 31 y 81.

De tal modo, la justificación intentada no luce como plausible, puesto que escapa a toda razonabilidad que un mismo comportamiento sea sancionado con un apercibimiento y luego nuevamente, pasados diez días, sustente la extinción del contrato. A mayor abundamiento, abandonado el marco conjetural y con aplomo en las constancias de la causa, la ausencia de acreditación de tales extremos, sumado a la concomitancia y proximidad en el día de entrega y anociamiento del estado de embarazo y el distracto, sumado a lo declarado por los testigos, torna como la hipótesis más probable del despido al hecho del embarazo.

Puesto en términos más sencillo, nada ha hecho la parte demandada para enervar la presunción a la que se abreva o bien con fuente en el artículo 178 de la LCT (como hizo el a quo) o bien a partir de la correcta reasignación de las cargas probatorias frente a la alegación de un supuesto de discriminación.

Con ello, se colige que la estructura argumental desplegada por el a quo no ha sido adecuadamente rebatida por la accionada, que se basó en una lectura particular de los artículos 177 y 178 de la LCT, sin demostrar la existencia de motivos ajenos a la segregación del empleo de la aquí actora fundada en su condición de gravidez.

Sobre este último aspecto, los aportes que se obtienen al juzgar el caso con perspectiva de género sirven para dar efectividad a la cláusula constitucional de igualdad (artículo 16), como asimismo a la directiva del artículo 75 inc. 23, en punto a la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos de las mujeres.

Este modo de juzgamiento implica un trabajo cotidiano que alcanza incluso a los propios preconceptos que el magistrado tiene sobre determinados tópicos, tarea de introspección que tiende a dotar de efectividad la función judicial de adoptar medidas positivas que apunten -como señala Rita Segato-, a ir formando y consolidando un nuevo e igualitario ambiente moral (aut. cit., "Las estructuras elementales de la violencia, ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos", 2da. Ed., p. 142, ed. Prometeo).

La Recomendación N° 33 del Comité de la CEDAW tiene resuelto que "[...] los estereotipos y prejuicios de género en el sistema judicial tienen consecuencias de gran alcance para el pleno disfrute de los derechos de las mujeres [...]".

Es esta la razón por la que la revisión postulada sobre el punto no puede desatender los patrones que el artículo 5 inc. "a" de la CEDAW pretende modificar.

Tal perspectiva de abordaje permite reafirmar que el ordenamiento tutelar objetivo de la ley de contrato de trabajo se integra (y no se excluye en modo alguno) con el artículo 1 de la Ley 23592 y los diferentes instrumentos internacionales que abordan la problemática y permite discernir correctamente las cargas probatorias.

Es que la realidad que llevó al legislador en el año 1974 a adoptar una protección por vía de la institución de una presunción legal no solo no remitió, sino que se agudizó, a partir de perspectivas que conspiran contra la igualdad real de oportunidades de las mujeres, puesto que el rol socialmente asignado, si bien ha entrado en crisis, aun no ha sido sustituido por otro distinto.

Por ejemplo, la asimetría existente en materia de licencia por maternidad, que es de 45 días posteriores al parto (art. 177, LCT) en relación a los escasos 2 días que tiene asignados el padre (art. 158 inc. "a", LCT), denotan que el patriarcado aun está enquistado en la regulación legal, que siembra las bases propicias para que desde una perspectiva economicista resulte más atractivo contratar hombres que mujeres, que son a quienes la ley relega al cuidado de los hijos.

Es por ello que la problemática asociada a conflictos en que la trabajadora invoca haber sido víctima de una situación de segregación por motivos de embarazo, requiere de un examen riguroso, pero a la vez atento al contexto de género en que se sitúa, puesto que lo que subyace como dato elemental es el pie de desigualdad en que se halla la mujer, a partir de prejuicios y prácticas consuetudinarias.

Por todo lo expuesto y apuntando las sustanciales coincidencias con el a quo, no advierto la existencia de yerro alguno en la decisión que amerite su revocación y antes bien una construcción que sopesa adecuadamente la integración de normas, valores y principios, a partir de una adecuada perspectiva de género.

IV. En virtud de lo considerado, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y confirmar la sentencia de fs. 188/194.

Las costas de la Alzada se imponen a la parte demandada, en atención a su condición de vencida (arts. 17, Ley 921; 68 CPCC).

Se regulan los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en la instancia de grado y a los que actuaron en igual carácter (art. 15 LA).

Tal mi voto.

El Dr. Medori, dijo:

Por compartir la solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III,

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y confirmar la sentencia de fs. 188/194.
2. Imponer las costas de Alzada a la parte demandada, en atención a su condición de vencida (art. 17 Ley 921).
3. Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30 % de lo fijado a los que actuaron en igual carácter en la instancia de grado (art. 15 LA).
4. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori.

Barros, Ana Cecilia vs Visión del Comahue S.R.L. s. Despido

Tribunal: CCCLM Sala III | Neuquén - Neuquén

Fecha del fallo: -0-2020