

Voces: CONTRATO DE TRABAJO - DESPIDO SIN JUSTA CAUSA – DISCRIMINACIÓN LABORAL - DISCRIMINACIÓN POR GÉNERO - TRABAJO DE LA MUJER – FERTILIZACIÓN ASISTIDA - DAÑO MORAL - CERTIFICADO DE APORTES Y SERVICIOS – MULTA LABORAL

Partes: V. G. M. I. c/ Grupo Concesionario del Oeste S.A. Despido

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

Sala/Juzgado: VI-Fecha: 31-may-2012

El despido de la trabajadora resultó discriminatorio pues la demandada conocía en forma fehaciente la fecha de iniciación del tratamiento de fertilización asistida, y el despido tuvo lugar luego de llevada a cabo la fertilización del óvulo y de su implantación en el vientre materno, mientras la trabajadora se encontraba de licencia por tal motivo.

Sumario:

- 1.-Corresponde admitir el reclamo por despido discriminatorio toda vez que la situación de la trabajadora queda comprendida en el art. 1º de la ley nacional 23.592, y consecuentemente cabe también admitir la reparación por daño moral y la indemnización art. 178-182 LCT., pues la demandada conocía en forma fehaciente la fecha de iniciación del tratamiento de fertilización asistida y en definitiva de la fecha en que se produciría la gestación, y el despido tuvo lugar luego de llevado a cabo la fertilización del óvulo y de su implantación en el vientre materno, mientras la trabajadora se encontraba de licencia por tal motivo.
- 2.-La situación de la trabajadora encuadra en una cuestión de género, porque si bien es cierto que los trabajadores de ambos sexos pueden realizarse tratamientos médicos que requieren de licencia, lo cierto es que las intervenciones producto de los tratamientos de reproducción asistida, sólo afectan directamente a las mujeres, y ello se presenta en el caso en examen.
- 3.-Aquellos empleadores que decidan la terminación de los contratos respectivos, deben justificar acabadamente que la cesantía no guarda relación con la búsqueda de la maternidad, pues esto es un mandato que resulta de los deberes de solidaridad que impone el art. 62 de la LCT., que se extiende a todo el curso del contrato y en este supuesto, particularmente a su terminación.
- 4.-Corresponde confirmar la procedencia de las multas previstas en el art. 45 de la ley 25.345 pues el cumplimiento de la obligación prevista en el art. 80 de la LCT., requiere la confección y puesta a disposición no solo de la certificación de servicios y remuneraciones, sino también del certificado de trabajo -de acuerdo a las previsiones de la ley 24576 -, y ello no se advierte cumplido en el caso en examen.
- 5.-Corresponde confirmar la procedencia de la indemnización prevista en el art. 2º de la ley 25.323, dado que la accionada no ha abonado ni consignado la liquidación final producto del despido y tampoco ha acompañado el cheque que dice haber confeccionado a tal fin.

Buenos Aires, 31 de MAYO de 2012. VISTO Y CONSIDERANDO:

En la Ciudad de Buenos Aires reunidos los integrantes de la Sala VI a fin de considerar los recursos deducidos en autos y para dictar sentencia definitiva en estas actuaciones, practicando el sorteo pertinente, proceden a expedirse en el orden de votación y de acuerdo con los fundamentos que se exponen a continuación.

EL DOCTOR JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID DIJO:

La sentencia de grado (fs. 290/292), que hizo lugar parcialmente a la demanda, viene apelada en cuanto al fondo de la cuestión por la demandada (fs. 296/298) y actora (fs. 302/308), cuyas réplicas obran a fs. 315/316 y 318/319vta.

Por su parte, la representación letrada de la parte actora (fs. 301) y el perito contador (fs. 295), por derecho propio, apelan los honorarios regulados a su favor, por bajos y la demandada objeta la totalidad de los fijados por altos y la forma en que se impusieron las costas (fs. 297vta.).

Por una cuestión de orden metodológico, trataré en primer lugar el recurso de la actora, quien en lo principal se queja porque el Juez a quo ha entendido que no se acreditó el carácter

discriminatorio del despido y desestimó la aplicación de la ley 23.592, rechazando, consecuentemente, la reparación reclamada en concepto de daño moral.

La recurrente reclama que se haga lugar a la indemnización previsto en el art. 182 de la LCT o en su caso a la reparación por despido discriminatorio, porque entiende que la demandada tenía pleno conocimiento de los tratamientos que se estaba realizando la actora y que fue esa la causa que generó la cesantía.

Al respecto, el certificado médico de fecha 07/08/08-identificado como A.15 del sobre de fs. 3- da cuenta de que la trabajadora comenzó una licencia médica hasta el día 12/08/2008 inclusive con el fin de realizarse un tratamiento de fertilidad con estimulación ovárica. Asimismo, del certificado de fecha 13/08/08 -identificado como A.13 del sobre de fs. 3- se desprende que en oportunidad en que tuvo lugar el distracto la actora se encontraba de licencia, producto de la realización de una punción folicular transecográfica bajo anestesia para fertilización asistida, y posterior transferencia embrionaria a las 72 horas, por lo que se le prescribió la realización de reposo hasta el 02/09/08 inclusive.

Destaco que ambos certificados fueron recepcionados por la empleadora, y las licencias descriptas figuran en su sistema informático (conf. fs. 217), por lo que concluyo sin lugar a dudas que la empleadora tenía pleno conocimiento de los tratamientos que estaba realizando la trabajadora en su búsqueda de la maternidad.

Ahora bien, corresponde adentrarnos en el análisis de las razones que motivaron el despido de la actora, y en ello observo que la accionada se limitó a rescindir el vínculo laboral sin invocación de causa, omitiendo brindar las razones que llevaron a la decisión tomada (conf. fs. 67).

Asimismo, en oportunidad del responde, invocó que el distracto se debió a cuestiones de reestructuración, por lo que más allá de su extemporaneidad, constituye una defensa que no ha sido siquiera mínimamente probada en autos (73vta.).

En dicho marco fáctico, estimo necesario señalar que se encuentra en juego una garantía de rango constitucional, como lo es la tutela de la mujer frente a conductas discriminatorias por cuestiones de género, de conformidad con lo previsto en el Art. 16 de la CN y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y lo que surge de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. VII), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art.10), y fundamentalmente de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y las leyes 26.485 y 23.592.

Al respecto, la ley 26.485 sobre Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, en lo que hace al caso en análisis, califica como violencia contra la mujer a aquellas conductas que discriminan a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo.

Por su parte, la Convención contra la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer, expresamente establece La obligación de los estados de instrumentar políticas con el fin de eliminar la discriminación contra la mujer (art. 2°); La necesidad de adoptar medidas apropiadas para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre (art. 3°); Reconoce que la maternidad tiene una función social y como tal debe ser protegida (art.5) y establece la obligación de los Estados Partes de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, y en lo que concierne a la problemática analizada, el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción y la prohibición de toda discriminación por razones de matrimonio o maternidad, especialmente el despido por motivo de embarazo o licencia por maternidad (art.11). Asimismo, cabe recordar que el artículo 1 de la ley 23.592 prescribe que quien menoscabe derechos y garantías fundamentales reconocidos por la ley fundamental será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y reparar el daño moral y material ocasionado. El mismo artículo

particularmente considera actos u omisiones discriminatorias los determinados por motivos de: raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos. Las formas de discriminaciones no son abiertas ni explícitas, no se apoyan en normas legales y como tales actitudes tienen un amplio repudio general el encubrimiento y la disimulación del acto discriminatorio es lo habitual por quienes discriminan e incluso por las víctimas de la discriminación. A ese respecto el Máximo Tribunal ha dicho en la causa recurso de hecho "Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A. s/acción de amparo" A. 1123 XLIII, que corresponde la reinstalación de los actores, sobre la base del principio de igualdad y no discriminación, con fundamento en las disposiciones de la ley 23.592 y de normas internacionales y en el entendimiento que de la libertad de contratar del empleador así como sus poderes y facultades en el marco del contrato de trabajo, deben ceder frente a la dignidad del ser humano y el respeto de los derechos del trabajador, como sujeto de preferente tutela constitucional. El caso exige efectuar una lectura de los hechos más allá de su expresión literal, en concordancia con el principio de la primacía de la realidad, comprendido dentro del derecho protectorio respecto del cual juega como un complemento a fin de que éste no pueda ser marginado en los hechos mediante la adopción de algunas figuras jurídicas que disimulan la realidad, guiada por los principios de derecho internacional, los propios del derecho laboral y valorando la vigencia del principio de progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que se reconocen en diferentes instrumentos y especialmente en el art. 2.1 del PIDESC, así como del principio pro homine que determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (Cardozo, Fallos: 329:2265, 2272/2273, y Madorrán, p. 2004).

En el caso, cabe tener en cuenta que la demandada conocía en forma fehaciente la fecha de iniciación del tratamiento de fertilización asistida y en definitiva de la fecha en que se produciría la gestación, y el despido tuvo lugar luego de llevado a cabo la fertilización del óvulo y de su implantación en el vientre materno, mientras la trabajadora se encontraba de licencia por tal motivo.

Entiendo que está en juego una cuestión de género, porque si bien es cierto que los trabajadores de ambos sexos pueden realizarse tratamientos médicos que requieren de licencia, lo cierto es que las intervenciones producto de los tratamientos de reproducción asistida, sólo afectan directamente a las mujeres, y ello se presenta en el caso en examen. Lo dicho sumado a que la actora se había desempeñado para la empleadora durante 11 años sin haber recibido sanción alguna, me permite concluir que en el caso se verifican serios indicios de que su despido sin invocación de causa, durante la licencia para la realización de un tratamiento de fertilización asistida, resultó discriminatorio.

Por ello, atendiendo a los bienes que deben protegerse en casos como el presente, corresponde consolidar firmemente la protección del empleado en situación de vulnerabilidad, quien no debe estar sujeto a ninguna consecuencia perjudicial derivada de la gestación, cualquier fuera el medio elegido a tal fin.

Para estos supuestos, aquellos empleadores que decidan la terminación de los contratos respectivos, deben justificar acabadamente que la cesantía no guarda relación con la búsqueda de la maternidad, pues esto es un mandato que resulta de los deberes de solidaridad que impone el art. 62(ef: LEG801.62) de la LCT, que se extiende a todo el curso del contrato y en este supuesto, particularmente a su terminación. Lo expuesto sobre la carga de la prueba guarda correlato con lo resuelto por el Máximo Tribunal en la causa "Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal".

Lo dicho que la situación de V. quede comprendida en el art. 1º de la ley 23.592, en cuanto dispone el derecho del discriminado a la reparación de los daños que puedan resultar del actor prohibido, por lo que propongo hacer lugar al reclamo por despido discriminatorio, derivando a condena la suma de \$ 39.000.- por daño moral, de conformidad con lo reclamado en el escrito de inicio por tal concepto y analógicamente por indemnización art. 178-182 LCT.

Asimismo, la actora se queja porque el Juez a quo desestimó el reclamo en concepto de salarios por enfermedad y entiendo que le asiste razón, dado que, de conformidad con lo informado por el

perito contador a fs.217 y 223, del propio sistema informático de la empleadora surge acreditado que la actora se encontraba con licencia por enfermedad hasta el 05/09/2008.

Por ello, propongo integrar al monto de condena la suma de \$1095,36 en concepto de salarios por enfermedad (conf. Art. 213 LCT). Seguidamente, trataré el recurso de la accionada quien se queja por la procedencia de las multas previstas en el Art. 45 de la ley 25.345 y de la actora, quien objeta su cuantía.

A ese respecto, destaco que el cumplimiento de la obligación prevista en el Art. 80 de la LCT, requiere la confección y puesta a disposición no solo de la certificación de servicios y remuneraciones, sino también del certificado de trabajo -de acuerdo a las previsiones de la ley 24.576-, y ello no se advierte cumplido en el caso en examen, por lo que propongo se confirme su procedencia (conf. fs. 64/66). Por su parte, y dado que del texto del Art. 80 de la LCT se desprende que la indemnización prevista en dicha norma resulta equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida, propongo elevar el monto diferido a condena por tal concepto a la suma de \$9.708,42.- (\$ 3.236,14 x 3).

Por otro lado, considero que corresponde confirmar la procedencia de la indemnización prevista en el Art. 2° de la ley 25.323, dado que la accionada no ha abonado ni consignado la liquidación final producto del despido y tampoco ha acompañado el cheque que dice haber confeccionado a tal fin.

Frente a lo expuesto, la mera mención efectuada por el perito contador en modo alguna resulta suficiente para tener por acreditado la existencia de dicho documento y la veracidad y temporaneidad de su contenido.

Por último, nada cabe decir respecto de la indemnización por antigüedad, por cuanto ha sido calculada por la cantidad de 11 periodos, tal como fuera solicitado en el escrito que trato (conf.segundo considerando de fs. 291vta.).

Las costas del origen han sido correctamente impuestas a cargo de la demandada vencida y las de alzada se imponen también a cargo de la vencida (conf. Art. 68 CPCCN), a cuyo fin regulo los honorarios de los letrados actuantes en un 25% de lo fijado en la instancia anterior.

Los honorarios regulados que han sido cuestionados, calculados sobre el nuevo monto de condena, resultan equitativos tendiendo en cuenta la labor cumplida, su incidencia en el resultado del pleito y el monto del juicio (conf. Art. 38 LO, la ley 21.839 modificada por la 24.432 y dec. Ley 16638/57(rf:LEG3754))

EL DOCTOR LUIS A. RAFFAGHELLI DIJO:Que adhiere al voto que antecede.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 de la ley 18.345, el Tribunal

RESUELVE:

I) Modificar la sentencia apelada, elevando el monto de condena a la suma \$118.560,92; II) Confirmarla en todo lo demás que ha sido materia de agravio; III) Imponer las costas de alzada a cargo de la demandada vencida; IV) Regular los honorarios de alzada en el 25% de los fijados en la instancia anterior.

Regístrese, notifíquese y vuelvan. JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID.JUEZ DE CÁMARA.LUIS A. RAFFAGHELLI. JUEZ DE CÁMARA