

UNIVERSIDAD
SIGLO



**DESPIDO POR EMBARAZO: INDEMNIZACION AGRAVADA CON
PERSPECTIVA DE GÈNERO**

CARRERA: Abogacía

NOMBRE: Sergio Emiliano Marchena Ariza

DNI: 30.889.750

LEGAJO: VABG80383

TUTOR: Dra. Romina Vittar

MODULO: N° 4

ENTREGABLE: N° 4

TFG: Modelo de Caso

NOTA A FALLO: Derechos fundamentales en el mundo del Trabajo. Futuro y presente del
Derecho de Trabajo

FECHA DE ENTREGA: 04/07/2021

Selección del tema:

Derechos fundamentales en el mundo del trabajo. Futuro y presente del Derecho del Trabajo.

Selección del fallo:

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA - PODER JUDICIAL MENDOZA – (06/08/2020) - SERVICIOS RIO COLORADO S.A. EN J: 156437 "NAVARRO ORTA GEORGINA EUGENIA C/ SERVICIO RIO COLORADO S.A. P/ DESPIDO" P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL

Justificación de la importancia del fallo y relevancia de su análisis:

El fallo analizado denota una importante relevancia jurídica para todas las mujeres trabajadoras. Procede la indemnización especial del art. 178 LCT analizando el despido directo dispuesto por la empleadora desde una perspectiva de género, la misma lo que hace es poner énfasis o reforzar el método de valoración de las pruebas por parte de los jueces de manera de garantizar acciones positivas respecto del abordaje de tan sensible temática, y por ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que es sabido que los jueces deben ponderar los elementos de prueba -objetivos y subjetivos- a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es importante sentar estas bases en la jurisprudencia y devenido su uso y/o interpretación en casos análogos; o bien motivar doctrina, implica un notable giro en miras de dejar cada vez más claro que deben primar, por sobre todo, los derechos y principios fundamentales del trabajo.

Breve descripción del problema jurídico del caso:

Del análisis del fallo se puede observar un problema de tipo lingüístico atento a que la indemnización especial del art. 178 LCT reclamada en virtud del despido directo dispuesto por la empleadora por acta notarial lleva a la convicción de que a la fecha del despido la empleadora ya había tomado conocimiento del estado de gravidez de la trabajadora siendo que no había sido notificada la empleadora de forma fehaciente como lo determina el art. 178 LCT. Para que se haga efectiva la presunción contenida en el art. 178

de la ley y poder adquirir el derecho a la indemnización contenida en el art. 182 LCT, la norma ha impuesto en cabeza de la trabajadora, la carga de acreditar una serie de hechos: 1) demostrar haber notificado al empleador su estado, 2) acreditar el estado y la fecha en que se produjo o debió producir el parto, a fin de verificar si el distracto se produjo siete meses y medio antes o después, y 3) la existencia del despido. De acuerdo al principio de la unidad de la prueba se ha dicho que: Para una concreta y correcta apreciación, no basta tener en cuenta cada medio aisladamente, ni siquiera darle el sentido y alcance que realmente le corresponda, porque la prueba es el resultado de los múltiples elementos probatorios reunidos en el proceso, tomados en su conjunto, es indispensable analizar las varias pruebas referentes a cada hecho y luego estudiar globalmente los diversos hechos. La fuerza probatoria material que se determina mediante la crítica material del testimonio, depende de que el juez encuentre o no en cada uno y en su conjunto, argumentos de prueba que le sirvan para formar su convencimiento sobre los hechos que interesen al proceso.

Sumario I. Introducción. II. Reconstrucción de la Premisa Fáctica, Historia Procesal y Descripción de la decisión del Tribunal. III. Análisis de la Ratio Decidendi. IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. V. Conclusión. VI Listado de Revisión Bibliográfica.

La introducción de la nota al fallo

La Ley de Contrato de Trabajo establece como herramienta de protección a la maternidad y la familia la presunción iuris tantum de que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, la cual, a su vez, le otorga el derecho a la indemnización agravada prevista en el artículo 182 de dicha ley.

Ello siempre que la mujer haya notificado y acreditado en forma el hecho del embarazo o parto. El cumplimiento de la notificación del embarazo o parto ha sido motivo de diversos pronunciamientos judiciales en los que se debate la cuestión de hecho de la

efectiva toma de conocimiento por parte del empleador previo a la decisión de despedir sin justa causa. Cabe recordar que en algunos casos la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ha señalado que a fines de considerar que el empleador conoce el estado de gravidez no es necesaria la notificación por escrito para que sea fehaciente. Así es suficiente que el estado de gravidez sea tan notorio que pueda reconocerse a simple vista o que se acredite que los otros empleados conocían que estaba embarazada. Todo ello demuestra que la tutela a la maternidad requiere superar la rigurosidad en la valoración de los medios probatorios.

Además de lo previsto en el artículo 178 LCT, el despido por motivo de embarazo encuentra tutela en la ley 26.485 y en el artículo 1 de la ley 23.592, que protegen frente a los actos discriminatorios entendidos como cualquier menoscabo de los derechos de las personas.

Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal

La excelentísima Cuarta Cámara del Trabajo de la Primera Circunscripción de la Provincia de Mendoza, en Sala Unipersonal hizo lugar parcialmente a la demanda y en consecuencia condenó a Servicios Río Colorado SA a pagar a la actora en autos una suma determinada en concepto de sueldo anual complementario, indemnización por antigüedad, preaviso, integración de mes de despido e indemnización art. 178 LCT, con más sus intereses y costas. El tribunal argumentó que el estado de gravidez de la accionante se acreditó con el certificado médico de embarazo de fecha 28/09/16, con fecha probable de parto el 04/05/17. También refiere que el acta de nacimiento prueba que el 14/04/17 nació el hijo de la actora, mientras que del acta de notificación notarial de fecha 13/09/16 surge acreditado el despido directo dispuesto por la empleadora, de tal manera que, a la fecha del despido, la trabajadora se encontraba dentro del plazo de siete meses y medio anteriores a la fecha de parto, que es el plazo de protección dispuesto por el art. 178 LCT. De la declaración testimonial de uno de los testigos ofrecidos por la parte actora, compañero de trabajo de la actora, surge que la misma comunicó su embarazo en un asado que hizo la

empresa en donde estaban todos incluidos los dueños de la misma, lo que ocurrió el 09 de setiembre, que todos la felicitaron y festejaron el anuncio. La forma en que se efectuó la notificación del despido directo dispuesto por la empleadora, por acta notarial, creó la convicción que a la fecha del despido 13/09/16 la empleadora ya había tomado conocimiento del estado de gravidez de la trabajadora.

Contra dicha decisión, Servicios Río Colorado SA, por medio de representante, interpuso recurso extraordinario provincial, con fundamento en el artículo 145 apartado II del C.P.C.C. y T. y esgrimió los siguientes agravios:

- 1) Arbitrariedad por violación de la garantía de defensa y debido proceso, por entender su parte, de que el tribunal hizo lugar a la indemnización por despido por causa de embarazo dispuesta por el art. 178 LCT, sin haber la actora cumplido con el requisito de la notificación fehaciente dispuesta por el art. 178 del mismo cuerpo legal. En tal sentido entiende que el certificado acompañado en autos por la accionante es de fecha posterior al distracto.

En consecuencia, la Excma. Cámara consideró procedente la indemnización especial del art. 178 LCT, pues el despido directo dispuesto por la empleadora por acta notarial lleva a la convicción de que a la fecha del despido la empleadora ya había tomado conocimiento del estado de gravidez de la trabajadora. Ante dicho dictamen, la parte demandada por medio de representante, interpuso recurso extraordinario provincial, con fundamento en el artículo 145 apartado II del C.P.C.C. y T., expidiéndose de esta manera la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, rechazando el recurso extraordinario provincial interpuesto aludiendo de que la empresa demandada no aportó elemento alguno para desvirtuar los motivos de la resolución atacada que determinaron la condena de las indemnizaciones correspondientes al despido sin causa incluida la indemnización agravada en protección del embarazo y la maternidad art. 178 y cc LCT.

Análisis de la ratio decidendi en la sentencia

En primer lugar, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza rechaza el recurso extraordinario provincial interpuesto. La presente Sala ha resuelto que la trabajadora embarazada debe acreditar que ha notificado en forma fehaciente al empleador de su situación de gravidez. La norma le exige comunicar al empleador su estado en forma fehaciente, mediante la presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto. Dicha comunicación es un punto relevante, pues resulta trascendente a partir del momento en que la notificación llega a conocimiento del empleador, la trabajadora tiene derecho a la estabilidad en el empleo que la LCT reconoce durante toda la gestación y a la protección especial del art. 178. El Alto Tribunal también argumentó que la causal alegada para el despido y mantenida en la contestación de demanda, fue una supuesta “reestructuración empresarial”, de la cual no existe ninguna prueba en autos. Por ello la SCJM en aras del principio de amplitud probatoria del art. 54 del Código Procesal Laboral (ley 9.109) y las presunciones e indicios como medios de prueba art 54 CPL, es que, conforme a la declaración testimonial ofrecida por la parte actora, siendo las mismas compañeras de trabajo de la actora, adquiere de esta forma, entidad suficiente para acreditar que a la fecha del despido la empleadora ya había tomado conocimiento del estado de gravidez de la trabajadora.

Se destaca la perspectiva de género aplicada en la sentencia por el supremo Tribunal teniendo en cuenta Ley N° 26.485 destinada a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, y de igualdad encontrándose consagrada en el texto constitucional del art. 16 de la Constitución Nacional y art. 7 de la Constitución Provincial de Mendoza. El Supremo Tribunal también tienen en cuenta normativa consagrada además en el ámbito internacional como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer art. 4, inc. f.

En tal contexto, los integrantes de la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia, Dres. José Virgilio Valerio, Mario Daniel Adaro y Omar Alejandro Palermo, fallando en definitiva y sin disidencias, valorando las

pruebas aportadas a la causa, se estimó cumplidos los requisitos legales que determinaron la procedencia de las indemnizaciones reclamadas, más allá del medio por el cual tales circunstancias entraron en esfera de conocimiento de la parte demandada, corresponde la indemnización agravada en los términos que lo reconoció la sentencia de grado.

Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

Alcance Normativo en el Trabajo de Mujeres

Desde las incipientes normas del derecho del trabajo, la mujer ha sido sujeto de especial tutela jurídica, al punto que a la hora de regular la codificación (Ley de Contrato de Trabajo) el legislador diseñó un capítulo específico (Trabajo de Mujeres) el que hoy requiere inexorablemente ser reinterpretado a la luz del derecho constitucional vigente. La regulación protectoria de la maternidad se encuentra descripta en los arts. 177 y 178 de la Ley de Contrato de Trabajo, amparo que se efectiviza siempre y cuando la gestante haya notificado tal situación a su empleador. Desde el prisma constitucional, los preceptos emanados de los art. 177 y 178 de la LCT no son más que la “reglamentación legislativa” que busca efectivizar una tutela específica, en este caso a la mujer trabajadora gestante y al niño por nacer, desde el paradigma constitucional de la no discriminación, de la instrumentación de acciones positivas protectorias (arts. 16 y 75 inc. 23 CN) y de la centralidad jurídica de la persona emanados de los diferentes tratados de DDHH con jerarquía constitucional.

Tutela Jurídica Internacional de la Mujer con Jerarquía Constitucional

“Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer”, que en su artículo 11 inciso 2 establece que: *“Con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y, asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales;...”*

También, el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en su artículo 10, inciso 2, determina que los Estados partes reconocen que: *“Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”*.

Protección a la familia, que asimismo reconoce la “Convención Americana Sobre Derechos Humanos”, en su artículo 17, que dispone: *“1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado; 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia...”*

Los instrumentos internacionales citados, son de aplicación en nuestro derecho interno y poseen jerarquía Constitucional, en virtud del artículo 75 inciso 22 CN. Por lo cual, sus disposiciones, pueden y deben ser incluidas por los abogados litigantes en los reclamos en relación, como fundamento de los mismos.

Por otro lado, la “Ley de Protección Integral a las Mujeres” (Ley 26.485), consagra dentro de los derechos protegidos, en su artículo 3 inc. “e”, el de la mujer a decidir sobre su vida reproductiva, número de embarazos, y cuándo tenerlos. Derecho que en cierta medida se encuentra condicionado, en empresas

en las que se impone la falsa idea de visualizar el embarazo y la maternidad de la trabajadora como un perjuicio para el empleador.

En tal orden de ideas, el despido por razones de embarazo o maternidad, importa un acto de violencia contra la mujer. Pero además, y principalmente, como surge de los Tratados Internacionales y se deja ver en la misma Ley de Contrato de Trabajo, implica un cabal acto discriminatorio, contrario al artículo 16 de la Constitución Nacional.

Jurisprudencia con Perspectiva de Genero

El Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para evitar y 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 los encargados de impartir justicia tienen la obligación de aplicar estas medidas de forma criteriosa y en claro avance hacia una sociedad más justa y equitativa. Como ejemplo de lo mencionado hago referencia al caso "Montani, Tribio Daniela c/ Trammat S.A. y otro p/ Despido (13/03/20) de la SCJM, que si bien el hecho controvertido no es la notificación del estado de gravidez de la trabajadora según art. 177 y 178 LCT, es un fallo con perspectiva de género donde la problemática era la brecha salarial con respecto a sus compañeros varones, la corte asumiendo una perspectiva de género hace lugar a este reclamo partiendo del principio de igual remuneración por igual tarea, criterio sostenido por la Corte Suprema de la Nación, pero también asumiendo activamente la perspectiva de género e introduce la problemática de la brecha salarial, por lo que se equipara el salario al de sus compañeros varones.

En lo que concierne a la problemática analizada, estudiamos la prohibición de toda discriminación por razón de maternidad, especialmente el despido por motivo de embarazo; tanto en la regulación interna, como las disposiciones internacionales que contemplan la protección de la mujer embarazada trabajadora.

Algunos casos jurisprudenciales donde se pone de manifiesto la perspectiva de género en base a la notificación fehaciente del estado de gravidez de la mujer trabajadora en aras del principio de amplitud probatoria del art. 54 del Código Procesal Laboral (ley 9.109) y las presunciones e indicios como medios de prueba art 54 CPL, son *autos N° 44.794, carat.: “BANDEIRA, MARÍA FERNANDA C/PC EDUCACIÓN S.A. P/DESPIDO” (10/12/2012)* originarios de la Excma. Segunda Cámara del Trabajo, Primera Circunscripción de la Provincia de Mendoza, en donde atento a la valoración de la totalidad de la prueba y siendo las declaraciones testimoniales entidad suficiente para determinar la notoriedad del estado de gravidez de la trabajadora, los magistrados entienden que la demandada había tenido conocimiento del estado de gravidez de la actora siendo que el presente estado no había sido notificado fehacientemente por la trabajadora como lo requiere la legislación vigente (art. 177 LCT).

Otro claro ejemplo de perspectiva de género y en clara manifestación del principio protectorio es el caso *N° 10.435, caratulado: “GONZALEZ ALVAREZ INGRID TANIA C. BLANCO S.A. P/ DESPIDO”(30/04/2014)* originarios de la Excma. Séptima Cámara Laboral, Primera Circunscripción de la Provincia de Mendoza en donde en el presente caso concreto, se tiene debidamente probada el despido directo incausado de la actora ocurrió el día 3-6-11 mediante la carta documento de fs. 27, que la demandante fue madre del niño Brandon Lorient el día 5-11-10 mediante la partida de nacimiento obrante en autos y que fue madre del niño Jeremy Lorient el día 6-12-11 mediante la partida de nacimiento obrante en autos, motivo por el cual, se activó la presunción sustancial del art. 178 L.C.T., según la cual, se presume salvo prueba en contrario, que el despido de la trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de 7 meses y 1/2 anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando, la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo, así como en su caso, el del nacimiento. Y, si bien es cierto que no existe constancia objetiva en autos que acredite que la actora le comunicó a la demandada ni el embarazo ni la fecha del

parto de sus hijos Jonathan Lorient y Jeremy Lorient, no es menos cierto que, al momento de operarse la ruptura del contrato de trabajo por decisión de esta última, esta situación no le era desconocida, dictamen al que llega el magistrado en virtud del denominado “principio de la evidencia”, mediante el cual se utiliza la lógica, la experiencia y el sentido común, como pautas integrativas de la sana crítica racional (art. 69 C.P.L.), de modo tal que el mismo no la no suplanta o reemplaza, sino que por el contrario, la integra y la complementa.

Lo que queda en evidencia es, que si bien, el marco regulatorio es el mismo lo que ha ido cambiando son los criterios de perspectiva de los magistrados como es el caso de autos caratulados “*R. L. S. vs SANATORIO 9 DE JULIO S.A. S/ COBRO DE PESOS*” (28/05/2019) Juzgado del Trabajo de la III Nom. De San Miguel de Tucumán, donde se hace lugar a la demanda por despido arbitrario interpuesta por la trabajadora, quien se desempeñara como enfermera y fuera despedida luego de notificar su embarazo a su empleador. El tribunal interpretó aplicables las previsiones de los arts. 178 y 182 de la LCT y, además, calificó de discriminatoria la decisión de la patronal. En virtud de ello, de forma novedosa, condenó a las autoridades de la empresa y empleados de RRHH de la demandada a realizar una capacitación sobre perspectivas de género.

Conclusión

En virtud del análisis realizado a lo largo del trabajo y de las consideraciones aquí vertidas, llegamos a la conclusión de que el objetivo principal de los artículos 177 y 178 de la Ley de Contrato de Trabajo, que se enlaza con las normas convencionales y constitucionales, es proteger a la mujer gestante y al niño por nacer; bienes jurídicos superiores que merecen especial consideración, protección y respeto.

La esencia del Derecho Laboral se basa en la protección del trabajador, en equiparar la desigualdad en que se encuentran los trabajadores frente a los empleadores, que se verifica no sólo en la celebración, ejecución o extinción del contrato de trabajo, sino que se extiende también, a las controversias que se dan en el marco de un proceso en el cual, desde

la lógica procesal tradicional, afronta el trabajador, que es una desigualdad estructural para acreditar extremos favorables a su pretensión, en la cual muchas veces se exige acreditar o probar la intencionalidad del empleador (que la causal de despido es el embarazo)

¿Qué supone la perspectiva de género?, ¿qué significa esto de fallar con perspectiva de género o de analizar una situación jurídica con perspectiva de género?, en este caso la notificación fehaciente del embarazo de la trabajadora, desde una perspectiva de género, supone sobretodo traer al análisis una variada cantidad de elementos que en el contexto de las situaciones en que se presentan, aparecen en principio como desdibujados, hay que hacer un esfuerzo interpretativo para poder poner luz sobre elementos que funcionan como estereotipos, relaciones de poder, desigualdades estructurales, relaciones de simetría que ponen a la mujer en un lugar peyorativo en relación a los varones, y que en principio aparecen ocultos por nuestro sistema de ideas y pensamientos por lo que tendemos a no ver en una primera aproximación estos elementos. Pero ¿qué es lo interesante o el reto que supone esta nueva perspectiva de género?, y es que tiene que ver con atravesar esta cuestión de evolución del conocimiento que claramente nos proporciona una relación de paradigma, y tiene que ver con esta noción que es tan valiosa donde se explica cómo evoluciona el conocimiento. La perspectiva de género supone un cambio de lo nuevo en relación con lo viejo, es decir, una evolución dialéctica del conocimiento y eso nos coloca en una situación de desafío porque necesariamente tenemos que repensar estructuras del sistema jurídico anterior, obsoletas, que a partir de la visión de género necesariamente van a tener que ser modificadas, reestructuradas y rediseñadas, y eso obviamente conlleva un gran desafío en estos tiempos modernos de permanentes cambios tanto en lo social como en lo cultural a lo que el ordenamiento jurídico y el criterio aplicable del mismo debe adecuarse.

Revisión bibliográfica:

Ley N° 2.144 del 23 de Diciembre de 1952 y su modificación Ley 9.109 del 23 de Octubre de 2018. Código Procesal Laboral de la Provincia de Mendoza. Recuperado de:

<http://www.saij.gob.ar/9109-local-mendoza-modifica-codigo-procesal-laboral-provincia-mendoza-lpm0009109-2018-10-23/123456789-0abc-defg-901->

[9000mvorpyel?utm_source=newsletter-semanal&utm_medium=email&utm_term=semanal&utm_campaign=ley-provincial](http://www.saij.gob.ar/9000mvorpyel?utm_source=newsletter-semanal&utm_medium=email&utm_term=semanal&utm_campaign=ley-provincial)

Ley 2.269 del 29 de Octubre de 1953 y su modificación Ley 9.001 del 30 de Agosto de 2017. Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza. Recuperado de:

<http://www.saij.gob.ar/9001-local-mendoza-codigo-procesal-civil-comercial-tributario-provincia-mendoza-lpm0009001-2017-08-30/123456789-0abc-defg-100-9000mvorpyel>

Ley N° 20.744 del 13 de Mayo de 1976 texto ordenado por decreto 390/1976 Ley de Contrato de Trabajo. Recuperado de:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>

Ley N° 26.485 del 11 de Marzo de 2009 Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Recuperado de:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm>

Ley N° 27.499 del 19 de Diciembre de 2018 Ley Micaela de Capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado. Recuperado de:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/318666/norma.htm>

Carcavallo, Hugo, La presunción del art. 178 de la LCT, T. y S. S., marzo de 1990, Nro 3, pg. 213

Centeno, en LCT comentada, t. II, pg. 655

Echandía "Teoría General de la Prueba Judicial", T° I, fs.306.

Hernando Devis Echandia, Teoría General de la prueba Judicial, pag. 249

Micheli "Carga de la prueba" fs. 136 y Gorplie fs. 53, citados por Hernando Devis