

# Poder Judicial de la Nación

**SENTENCIA DEFINITIVA 20137**

**EXPEDIENTE CNT 63550/2012/CA2-CA1-SALA IX - JUZGADO N°73**

En la Ciudad de Buenos Aires, el 2-7-15 para dictar sentencia en los autos caratulados **“ROUCO, CAROL DEBORA C/ LA GOTA FARMACEUTICA S.R.L. S/DESPIDO”** se procede a votar en el siguiente orden:

**El Dr. Roberto C. Pompa dijo:**

I- La sentencia dictada a fs. 313/317 suscita las quejas que la demandada interpone a fs. 321/323vta. y la actora a fs. 325/328va., recibiendo contestaciones a fs. 333/334 y 330/332, respectivamente.

II- Cabe desestimar inicialmente el tratamiento de la queja de la demandada centrada en la presunta ilegitimidad constitucional del monto de condena consignado como “art. 132 bis de la LCT”, toda vez que opone argumentos que fueron omitidos en la oportunidad propicia, es decir cuando se delinearón los límites del litigio.

De admitirse la pretensión tardíamente esgrimida se vulnerarían no sólo el derecho de defensa de la contraria sino también los límites al poder revisor del Tribunal, limitado a las cuestiones que efectivamente hayan sido sometidas a la dilucidación del juez de grado anterior (conf. art. 271 del CPCCN, conf. art. 155 de la LO).

Por tales razones, propondré que se desestime en lo principal la queja expuesta por la demandada.

III- No tendrá mejor suerte la objeción que la demandante dirige contra la variable salarial utilizada para arribar a la condena, toda vez que omite especificar concretamente la composición de la remuneración que correspondería acoger de admitirse su pretensión y en consecuencia, el alcance del agravio en este aspecto. Incurre en idéntica falencia al oponerse

al rechazo de las diferencias indemnizatorias fundadas en vacaciones proporcionales abonadas en forma insuficiente.

Cabe señalar asimismo que al refutar la categoría otorgada por la juez de grado anterior soslaya que también prevé la atención al público, sin que respalde en elemento de juicio alguno la presunta mayor adecuación a los presupuestos contemplados en el art. 7 de la convención colectiva aplicable.

Consecuentemente, de prosperar mi voto habrá de confirmarse en dichos puntos la decisión recaída, tornándose abstracto el tratamiento de la objeción dirigida por la misma demandante contra la suma diferida a condena en concepto de art. 132 bis de la LCT, toda vez que su suerte se sujetó a la del salario derivado de la categoría cuyo reconocimiento solicita de manera inconsistente.

IV- En lo que atañe a la crítica de la reclamante dirigida contra el rechazo del agravamiento indemnizatorio fundado en la presunta vulneración de la estabilidad especial por maternidad prevista en el art. 177 de la LCT, cabe destacar que tendrá favorable recepción por mi intermedio ya que dicha norma condiciona expresamente el resguardo en cuestión a la comunicación fehaciente del embarazo al empleador, encontrándose entre las prerrogativas propias del empleador requerir su comprobación (Esta Sala, S.D. Nº 19.198 del 25/2/14 “in re” “Romero Giselle Elizabeth c/ Bakhou S.R.L. y otro s/despido”).

Desde esa perspectiva, el reconocimiento de la demandada de haber recibido con fecha 26/5/2011 la comunicación del embarazo (fs. 75vta./76), es decir con anterioridad al despido directo del 13/6/11 que se le comunicó dentro del período de tutela especial de la maternidad establecido en el art. 178 de la LCT a través de la CD obrante a fs. 53, sin que se haya invocado la reticencia de la actora a acompañar certificado alguno de su estado ante la solicitud de su empleadora ni incumplimiento que revierta la presunción de que la medida respondió a la situación de maternidad, se verifican las condiciones para la procedencia de la indemnización adicional que se reclamó con sustento en el art. 182 del mismo cuerpo legal al que remite la norma precedentemente citada.

La situación que invocó la demandada del art. 92 bis de la LCT –período de prueba- no resulta óbice para resolver como se propone, toda vez que su inc.

4) expresamente dispone que rigen para las partes los derechos y obligaciones propios de la relación laboral, fórmula que no las exime del deber de abstenerse de incurrir en actos discriminatorios. Por lo demás, el art. 177 3er. párrafo garantiza expresamente la estabilidad de la mujer durante la gestación, desplazando de tal manera la normativa relativa al período de prueba.

En tal sentido, resalto que la protección de la mujer contra toda forma de violencia y/o discriminación por razón de embarazo, parto o maternidad, así como la protección integral de la familia, y el interés superior del niño, se encuentran especial y concretamente garantizadas tanto en la Constitución Nacional como en diversos instrumentos internacionales, así como en las leyes 26.485 (de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), y 24.632 (que aprueba la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Pará”).

Entre los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22), podemos mencionar los siguientes: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25 inc. 2); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10 inc. 1 y 2); la Declaración de los derechos del niño (principio 4); y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 11 inc. 2. a).

Por otra parte, los siguientes instrumentos internacionales también contienen disposiciones específicas tendientes a garantizar la citada protección: la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (art. 11 inc. b y c); la Declaración de Filadelfia de 1944 relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (ap. III); el Convenio de la OIT N° 3 sobre protección de la maternidad (art. 3); el Convenio de la OIT N° 103 sobre protección de la maternidad (arts. 3 y 6); la Recomendación de la OIT N° 95 sobre la protección de la maternidad (art. 4.1); el Convenio de la OIT N° 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación; la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer (art. 10.2); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 7); entre otros.

Así las cosas, transcribiré a continuación los artículos pertinentes de algunas de las normas citadas.

La Constitución Nacional señala concretamente que “...En especial, la ley establecerá (...) **la protección integral de la familia...**” (art. 14 bis, 3º párrafo) (Lo resaltado me pertenece).

El Convenio OIT N° 103 sobre la protección de la maternidad, establece en su art. 3.1 que “Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico en que se indique la fecha presunta del parto, a un **descanso de maternidad.**” (Lo resaltado me pertenece). El art. 6, por su parte, establece que “Cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3 del presente Convenio, **será ilegal** que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia...” (Lo resaltado me pertenece).

Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su art. 10 que “1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, **especialmente para su constitución** y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo... 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante el período de tiempo **razonable** antes y después del parto...” (Lo resaltado me pertenece).

En el mismo sentido, la Convención sobre eliminación de la discriminación de la mujer establece en su art. 11.2 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...” (Lo resaltado me pertenece).

Asimismo, la ley 26.485 en cuanto previene, sanciona y procura erradicar la discriminación que puedan padecer las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos (art. 2), garantizándoles todos sus derechos (art. 3) y especialmente los que puedan producir un menoscabo a sus recursos económicos o patrimoniales, que puedan afectar sus necesidades y medios

indispensables para una vida digna (art. 4.c), tutelando su situación de maternidad (art. 6.c).

Como se puede ver, existe un corpus iuris, compuesto por normas legales, constitucionales, supralegales, nacionales e internacionales, destinadas a brindar la más amplia protección a la mujer, a la maternidad, y al niño, compuesto por normas vinculantes y autoejecutables como lo son las leyes, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales y, por otras que si bien no son directamente ejecutables como lo pueden ser las Recomendaciones de la OIT, constituyen doctrina internacional que no puede ser desconocida por el intérprete (cfe. Víctor Bazán y Claudio Nash, en “Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad”, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2011).

La tutela así dispuesta, en especial por la aplicación de los Tratados Internacionales, supone que los Estados no pueden invocar la primacía de su ordenamiento normativo interno, cuando el mismo pudiera resultar limitativo de los mayores derechos garantizados por los Tratados (cfe. art. 4 y 5 del PIDESyC).

En este contexto, destaco que el motivo por el cual las normas citadas otorgan una tutela especial a la mujer, a la familia y a la maternidad, radica en que tanto el embarazo, como el parto y la licencia post parto, ubican a la mujer en un estado particular de vulnerabilidad y, por ende, constituyen factores sensibles de discriminación.

Es así que, reitero, considero que durante el período de prueba rige plenamente la protección de las normas citadas, cuya intención y espíritu no es otro que proteger del despido y/o de cualquier acto discriminatorio a la mujer que va a ser madre y, por ende, al niño y a la familia, especialmente durante el período pre parto.

Consecuentemente considero que, en el caso sub examine, el despido vulnera la protección integral de la familia que garantiza el art. 14 bis de la Constitución Nacional, y se encuentra indudablemente comprendido en el período “razonable” de protección garantizado por el art. 10 del PIDESC.

En dicho contexto resalto que el distracto resulta ilegal en los términos del Convenio 103 de la OIT; y se encuentra “prohibido bajo pena de sanciones”

conforme el art. 11.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

En este marco, coincido con el criterio expuesto por el Dr. Pirolo cuando, en oportunidad de referirse en particular a las normas en cuestión, en un caso en el que no resultaba operativa la presunción del art. 178 de la LCT, dispuso que: “En efecto, tal como he sostenido en diferentes pronunciamientos y en un trabajo doctrinario, la estabilidad que corresponde a la mujer embarazada no deriva de la operatividad o no de dicha presunción –la del art. 178-, sino, de expresas directivas establecidas en el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el art. 11 inc. 2, apart. b) de la Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer que revisten jerarquía constitucional (conf. art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) y en el art. 177 de la LCT (Cfr. Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho del Trabajo, Editorial La Ley, “Relaciones Individuales”, Tº I, pág. 392/393). A esta altura del análisis, creo conveniente señalar que, si bien las normas relativas a la estabilidad de la mujer que trabaja tienen por finalidad obvia disuadir al empleador de posibles actitudes de discriminación frente a la contingencia de embarazo o maternidad –y de allí que se las denomine normas de “discriminación positiva” o “antidiscriminatorias”-, dicha finalidad no es la única ya que, en el caso específico de la maternidad, existen previsiones normativas de rango constitucional y legal que, frente a esa contingencia, otorgan una especial tutela a la trabajadora, aun cuando no medie un acto de discriminación en su contra”. (C.N.A.T., Sala II, voto del Dr. Pirolo –mayoritario-, “Villarreal Andrea Elizabeth c. Grupo Sud Latin S.A. s. Despido”, 17/10/12).

En este orden de ideas, considero que el distracto decidido por la demandada durante el período en que la trabajadora gozaba de especial tutela, vulneró la protección de la mujer, de la maternidad, de la familia y del interés superior del niño contemplada en la normativa citada.

El despido por razón del estado de maternidad supone un acto –ilícito-discriminatorio. Así las cosas, cabe mencionar que el Decreto 1011/2010, al reglamentar el artículo 6 de la ley 26.485 –citado ut supra-, expresa que “...En los supuestos de denuncia de discriminación por razón de género, resultarán aplicables los principios generales receptados en materia de prueba en el

Convenio OIT 111 “Convenio relativo a la discriminación en materia de Empleo y Ocupación” sobre discriminación (empleo y ocupación de 1958) y lo expuesto por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, Estudio General sobre Igualdad en el Empleo y la Ocupación, 75º reunión Ginebra 1988, así como lo señalado en el Informe Global de la 96º reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2007, Nº 198...”.

Esto significa, al menos, que basta que la víctima de violencia de género arrime algún indicio relativo a la discriminación sufrida, para que el onus probandi se invierta y traslade al empleador quien está en mejores condiciones de acreditar que su decisión no fue ilícita.

“En el caso de la violencia que padece la mujer trabajadora, es clara la reglamentación de la ley 26.485 en el sentido que rige un sistema de onus probandi que no admite pasividades procesales en el imputado de discriminación (...). Este cuerpo normativo hunde sus raíces tanto en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) como en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar, y erradicar la violencia contra la mujer –Convención de Belem do Pará-, suscripta en Belem do Pará, República Federativa de Brasil, el 9 de junio de 1994, ratificada por la ley 24.632...”. (C.N.A.T., Sala I, “Massa Elida Analía c. Virginio Ricciardi e Hijos S.A. y otros s. Despido”, S.D. Nº 87.037 del 26 de septiembre de 2011).

Asimismo, destaco que en los casos como el presente, en que se invoca la violación de garantías de orden constitucional como la no discriminación, el derecho a la igualdad de trato y a no sufrir persecuciones o represalias en el ámbito laboral, las pruebas producidas deben ser analizadas desde la perspectiva señalada por la Suprema Corte en la causa “Pellicori”.

En dicho fallo, el Máximo Tribunal, luego de un exhaustivo análisis y fundamentos acerca de la carga probatoria que corresponde a cada una de las partes a los que “brevitatis causae” me remito, determinó que frente a la dificultad probatoria originada en casos como el de autos, en los que se invoca una situación de discriminación, “...resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual

corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación”. Luego, continúa “...la doctrina del Tribunal, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosíblemente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado.” (C.S.J.N., “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de abogados de la Capital Federal s/ amparo”, 15/11/11).

Ya he tenido oportunidad de expedirme sobre cuestiones de discriminación, y así he opinado en el sentido de que detrás de la instrumentación formal de un despido sin causa hay siempre un motivo o hecho detonante real que promueve la decisión de romper el vínculo (“Castro Erika Andrea c/ Casino de Buenos Aires S.A. Compañía de Inversiones en Entretenimientos S.A.

U.T.E. s/ juicio sumarísimo”, mediante SD N° 16.920 del 11 de abril de 2011, del registro de esta Sala).

También he sostenido que en general los supuestos de discriminación no se producen “a la luz del día”, es decir nadie va a admitir que discriminó, sino que aparecen solapados, a veces utilizándose otras figuras o situaciones que persiguen encubrir situaciones de discriminación. Si esta es la realidad, en función de ese mismo principio debe aceptarse la tesis que propicia en esta materia la producción dinámica de la prueba, como la inversión de la carga probatoria luego de aportarse indicios que permitan tener por presuntamente configuradas situaciones de discriminación (cfe. Roberto C. Pompa, “Nulidad del despido discriminatorio. En camino a su consolidación”, Revista La Causa Laboral N° 41, p. 11).

En efecto, tal como anticipé, a la luz de la protección establecida por las normas citadas considero que, en el caso, el distracto decidido 20 días después de haber recibido la notificación del embarazo y 14 antes de la finalización del período de prueba constituye un indicio serio de que el despido encontró motivo en la maternidad de la trabajadora. Frente a tales indicios, y en virtud del principio de inversión de la carga probatoria, se

hallaba en cabeza de la accionada demostrar que el despido dispuesto por su parte tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación en razón de la maternidad de la trabajadora.

Insisto, elementales razones de buena fe (art. 62 y 63 LCT) exigían que la demandada suministrase una explicación razonada de las circunstancias que la impulsaron a extinguir el contrato de trabajo, debidamente sustentada en las pruebas producidas en autos.

Sin embargo, nada fue mencionado en la comunicación rescisoria ni en la contestación de demanda, limitándose a aludir a las posibilidades rescisorias que se otorga en el art. 92 bis de la LCT, resultando claro que el empleador no puede invocar sus facultades o poderes de organización, dirección e incluso de despedir, cuando a través de tales actos se violentan derechos considerados como fundamentales.

A los efectos de determinar la cuantía de la reparación del daño causado a la actora por el despido que, reitero, vulneró la protección integral de la familia, el superior interés del niño y de la maternidad, establecida por las normas legales, internacionales y constitucionales citadas, considero que, en el caso, ante la ausencia de norma, resulta aplicable por analogía la indemnización especial dispuesta por el art. 182 de la LCT. Por tales razones, propondré que se modifique la sentencia dictada en la anterior instancia y se eleve el monto de condena decidido en la anterior instancia con la adición de la suma de \$31.694 (\$2.438x13).

Habrà de adicionarse asimismo la suma de \$1.219 correspondiente a integración del mes de despido, con más la incidencia del S.A.C. de \$101,58.

V- No tendrán la misma suerte las objeciones que persiguen el reconocimiento del crédito reclamado con fundamento en los salarios caídos por enfermedad, toda vez que no surge de elementos de juicio alguno que la reclamante haya dado el aviso que se exige en el art. 209 de la LCT ni acercado los certificados médicos de los que pretende valerse.

De conformidad con las modificaciones propuestas en el considerando precedente, de prosperar mi voto habrá de modificarse la sentencia dictada en la anterior instancia, reajustándose la condena a la suma de \$85.141,50 (\$52.126,92+ \$31.694+ \$1.219+ \$101,58) con más los intereses allí establecidos sin merecer controversia.

VI- Si bien el nuevo resultado del litigio convalidaría que se dejen sin efecto la imposición de costas y regulación de honorarios practicadas en la anterior instancia, determinándose nuevamente en forma originaria, toda vez que la solución adoptada en ambos accesorios resulta adecuada teniendo en cuenta tanto el principio objetivo de la derrota que rige la atribución de los gastos causídicos, como la calidad, mérito y extensión de las tareas llevadas a cabo por los profesionales actuantes, propiciaré que se desestimen las quejas dirigidas al respecto por la demandada que estimó elevados los honorarios en su totalidad (conf. arts. 68 del CPCCN, 38 primera parte de la LO, Dec. Ley Nº 16.638/57 y ley 24.432).

Costas de la Alzada a cargo de la demandada vencida, conforme las pautas y normativa precedentemente expuestas.

Por las actuaciones desplegadas ante esta instancia, regúlense los honorarios de la representación letrada de la parte actora y demandada en el 25% de lo que a cada una le correspondió por lo actuado en la anterior instancia, conforme las pautas y normativa precedentemente expuestas.

***El Dr. Alvaro Edmundo Balestrini dijo:***

Por compartir los fundamentos, me adhiero al voto que antecede.

***El Dr. Mario S. Fera no vota (conf. Art. 125 L.O.).***

A mérito del acuerdo al que se arriba, el Tribunal **RESUELVE** :I) Modificar la sentencia dictada en la anterior instancia y elevar el monto de condena a la suma de \$85.141,50 (PESOS OCHENTA Y CINCO MIL CIENTO CUARENTA Y UNO CON CINCUENTA CENTAVOS) con más los intereses allí establecidos y confirmar el resto que fue materia de agravios. II) Costas de la Alzada a cargo de la demandada. III) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora y demandada en el 25% de lo que a cada una le correspondió por lo actuado en la anterior instancia.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.