



INADI

Instituto Nacional contra la Discriminación,
la Xenofobia y el Racismo.
Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos.

BUENOS AIRES, **22-05-09**

I. INFORME N° 016/09

Llega a esta Asesoría Legal, un pedido de informe solicitado por la Dra. N. P., en el marco de los autos caratulados "DEL M., M. J. c/ D. S.A. y OTROS" (Expte. N° 11975/08), en trámite ante el Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Laboral N° 61, Secretaría Única, a fin de determinar si los hechos expuestos constituyen un acto o conducta discriminatoria, en los términos de la Ley N° 23.592.

II. DESCRIPCIÓN DEL CASO

A fs. 3/24 obra copia del escrito de la demanda judicial.

A continuación, se transcribirán ciertos párrafos de dicha demanda, para luego introducirnos en el análisis de los hechos señalados como discriminatorios.

La actora manifiesta que ingresó a trabajar bajo las órdenes de D. S.A. el día 28 de septiembre de 1994, en relación de

dependencia, desempeñándose como "Auxiliar Contable Junior". En el año 1997, habría sido ascendida al puesto de "Auxiliar Contable Señor" y para ese entonces ya habría contado con personal a su cargo.

La actora continúa relatando que "En mes de enero del año 2003, sufre un cambio la descripción del puesto y pasándose a denominar `Jefa de Control de Calidad y Entrenamiento´, para el Área de Control de Calidad y Entrenamiento del sector de Sistemas. Durante el año 2003 hubo una gran reestructuración en el área de sistemas, ello valió que me rotaran al sector de Gestión de Conocimiento, en el puesto de `Líder Gestión del Conocimiento´, mantenía personal a cargo (tres personas). Era un nuevo puesto que respondía a una reestructuración, en cuya función coordinaba actividades con las distintas áreas de la división. Dichas actividades tenían como principal objetivo optimizar los conocimientos de los recursos que la conformaban, la categoría también correspondía a una jefatura con diversa denominación. El último cambio se produjo en septiembre del año 2005, cuando me ocuparon en el puesto de `Líder CIO Office´, en el sector de planeamiento y gestión. Vale mencionar que en el puesto detallado, también tenía siete (7) personas a cargo, que iba rotando conforme a las necesidades de la empresa".

Con relación a la licencia por maternidad, la actora manifiesta que "con fecha 25 de octubre de 2006, presenté ante las autoridades de la empresa el correspondiente certificado, indicando que me encontraba embarazada de 12 semanas (tres meses), con fecha probable de parto para el día 10 de mayo de 2007; con lo cual la empresa quedaba debidamente notificada de mi estado puerperal. Sin embargo, debo aclarar, que las autoridades del área de Recursos Humanos se negaron a firmarme una copia del certificado, indicando que no hacía falta a los efectos de gozar los beneficios contemplados por la L.O. El caos de la empresa, los despidos masivos, la inexistencia de tareas y

directivas claras, todo ello derivado de la fusión D. - J., me ocasionó un stress que me obligó a guardar reposo absoluto por riesgo de parto prematuro desde el 1º de noviembre al 10 de noviembre del año 2006. Ante tales circunstancias, solicité que la empresa enviara un médico a mi domicilio, y me comprometí a que haría llegar a través del médico el certificado con el diagnóstico que recomendaba el reposo, o en su defecto lo haría llegar en cuanto repusiera mi estado de salud, y la integridad de mi hijo por venir ya no peligrara. Sin embargo, y pese a haber comunicado telefónicamente esta situación al departamento de personal de la empresa, me descontaron los días de `licencia` arbitrariamente. Tomo cuenta de ello al consultar el saldo de mi cuenta bancaria por Internet, notando que el importe depositado es inferior al normal. En ese momento me contacté telefónicamente con el Sr. G. G., quien se desempeñaba como Jefe del Departamento de Liquidaciones de Recursos Humanos, para consultarlo al respecto. El Sr. G. me comentó que la diferencia se debía a que habían procedido a computar seis (6) días de inasistencias injustificadas por un total de \$ 843,64. Asimismo, me sugirió que para mayor información me comunicara con quien fuera mi jefe, el Sr. A. R.. (...) Ante tales circunstancias, el jueves 7 de diciembre de 2006 me comuniqué telefónicamente con el Sr. O., con el propósito de llevar adelante la reunión que él me había solicitado, ya que el estado de incertidumbre no hacía más que agravar mi estado de salud, haciendo peligrar la vida de mi bebé. Es así que en dicha fecha, a las 17 horas nos reunimos en las instalaciones de la empresa, sita en Bulnes xxxx, acompañada por mi esposo, puesto que aún no contaba con el alta médico correspondiente. En dicha reunión el Sr. O. me comentó que no tenía en claro cual era mi situación, pero me informó que el Sr. A. R. le había enviado un mail solicitando que se me descuenten los días de inasistencia. Una vez más, el Sr. O. reconoció mi trayectoria y se encontró extrañado y contrariado ante las directivas recibidas. Asimismo, me informó su total desacuerdo en cuanto al modo de proceder de la empresa, dada mi condición profesional, laboral y personal, pero entendía que

dadas las circunstancias `la intención del Sr. R. y del Sr. C. (CIO de Tecnología de la Compañía) era producir una desvinculación, motivo por el cual me solicita que estime cuál sería el monto que satisficiera a la suscripta en concepto de indemnización´. Quedamos en conversar al respecto durante la próxima semana, para avanzar sobre dicho tema. (...) Con fecha 15 de diciembre de 2006 mi esposo llevó los certificados médicos a las oficinas de Bulnes xxxx, dejando los mismos en el área de recepción del departamento de Recursos Humanos, donde le informaron, una vez más, que por políticas de la empresa no le pueden dar acuse de recibo de dichos certificados, motivo por el cual en esa misma fecha le remití copia de los certificados vía fax, a los efectos de dejar constancias de las correspondientes notificaciones, toda vez que daba cuenta que la empresa no consideraba mi estado de salud”.

La actora sostiene que el miércoles 31 de enero de 2007 envió vía fax un nuevo certificado médico, en el cual informaba a la patronal que se encontraba con seis (6) meses de embarazo y amenaza de parto prematuro, motivo por el cual se le sugirió a la actora reposo por cuatro (4) semanas más. También afirma que el día lunes 2 de julio de 2007, el Sr. O. respondió a uno de sus tantos llamados, citándola a una reunión, en la cual la actora le habría manifestado su intención de retomar sus tareas, ya que nunca había sido su intención dejar de trabajar para la empresa, pero el le comentó que había algunas opciones que podía ofrecerle; a saber: a) renunciar; b) Tomar una licencia por seis (6) meses sin goce de sueldo, para posteriormente evaluar si ellos decidían su continuidad laboral; c) Avanzar con un posible acuerdo, realizándole una propuesta económica por (\$80.000).

“Ante mis negativas a llevar adelante algunos de estas alternativas, el Sr. O. se comprometió a replantear mi caso ante los Sres. R. y C., para mejorar la propuesta económica antes de que finalice mi licencia por maternidad, puesto que el objetivo

de estos últimos era desvincularme de la empresa, como habían hecho con la mayoría de las mujeres del sector que se encontraban en la misma situación durante el último año".

La actora sostiene que la demandada "ejerció presión durante todo mi embarazo hasta el punto que se tornó insoportable. Durante casi ocho meses no sabía si mantendría o no mi puesto de trabajo, tampoco conocía el motivo por el cual habían decidido deshacerse de mi, hasta que tomé contacto con otras empleadas de la empresa, que habían gozado de licencia por maternidad en el último período y curiosamente habían sido despedidas u obligadas a renunciar; entonces, finalmente comprendí los motivos que impulsaba las acciones coordinadas del Área de Recursos Humanos".

Con relación al contexto general, la actora refiere que "Desde hace un par de años la empresa realiza cambios profundos, a partir de la fusión con C.-J.; la reestructuración se valió de varias tandas de despidos, algunos arreglados a modo de renuncia o convenios efectuados ante escribano público en el mismo ámbito de la empresa".

III. ADVERTENCIA PRELIMINAR.

Como premisa básica, debe delimitarse el ámbito de competencia de este Instituto, tendiente a determinar la existencia o no de un acto o conducta discriminatoria en los términos de la Ley N° 23.952 y -en su caso- establecer los cursos de acción que correspondan, de acuerdo a lo estipulado por la Ley N° 24.515.

IV. ANÁLISIS.

1. Para llevar adelante el análisis del presente pedido de informes, corresponde -en primer término- analizar el derecho aplicable a la cuestión planteada.

En este sentido, la Constitución Nacional consagra el derecho a la igualdad, en sus artículos 16 y 75, incs. 22 y 23. Es precisamente el artículo 75, inc. 22 el que otorga jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos allí enumerados, los cuales a su vez consagran el mencionado principio de igualdad y no discriminación en más de una oportunidad (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 2; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 1; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 24; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 2, 3 y 7; Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 1; Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 2 y 30).

En segundo lugar, el artículo 1 de la Ley N° 23.592 establece que: "Quien arbitrariamente 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, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos". La

previsión del citado artículo no es más que una derivación de lo prescripto por los instrumentos internacionales *ut supra* mencionados.

2.- En este punto, corresponde analizar la situación concreta.

En el caso sometido a estudio se solicita a esta Asesora Legal que determine si los hechos expuestos en el escrito de demanda por la Sra. M. J. del M., constituyen un acto o práctica discriminatoria, en los términos del artículo 1º de la Ley N° 23.592.

Sin embargo, se plantean dos hipótesis de trabajo.

Por un lado, la Sra. Del M. sostiene que era una práctica habitual de la denunciada rescindir los contratos de las mujeres embarazadas.

Por otra parte, la Sra. Del M. refiere una situación de *caos de la empresa, los despidos masivos, la inexistencia de tareas y directivas claras, todo ello derivado de la fusión D. - J., me ocasionó un stress que me obligó a guardar reposo absoluto por riesgo de parto prematuro desde el 1º de noviembre al 10 de noviembre del año 2006. (...) Desde hace un par de años la empresa realiza cambios profundos, a partir de la fusión con CENCOSUD-JUMBO; la reestructuración se valió de varias tandas de despidos, algunos arreglados a modo de renuncia o convenios efectuados ante escribano público en el mismo ámbito de la empresa.*

Ahora bien, si el despido de la Sra. Del M. estuvo motivado directamente en su condición de mujer embarazada, entonces, el

mismo fue un despido discriminatorio. Sin embargo, si el despido de la Sra. Del M. fue uno más, en el marco de un contexto de despidos masivos, entonces no cabría catalogar el mismo como un despido discriminatorio.

Ahora bien, corresponde a esta Asesora Legal ahondar en la primera hipótesis de trabajo.

En este sentido, resulta necesario referirse a la normativa que ampara a la mujer embarazada. En el caso de la Sra. Del M., la protección está dada por la Constitución Nacional¹, tanto por su condición de trabajadora como por su estado de gravidez.

¹ *Artículo 14.-* Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Artículo 14 bis.- El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

(...) El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

Artículo 75.- Corresponde al Congreso: (...)23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

Asimismo, muchos de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional a los que antes me referí, contemplan la situación de la Sra. Del M..

A modo de guisa, el artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece que "Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayudas especiales".

El Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 7 dispone que "Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual". Y oportunamente, el artículo 10 dice: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen 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 la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. 2. 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. 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la

explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil".

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en su Artículo 1 dice "A los efectos de la presente Convención, la expresión `discriminación contra la mujer´ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera". Mientras que el artículo 11 de dicha Convención establece que "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo; c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico; d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo; e) El

derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas; f) 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. 2. A 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 los beneficios sociales; c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella. 3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda".

En el plano de la normativa nacional, la Ley N° 20.744, en su artículo 17 establece la prohibición de hacer discriminaciones² y la obligación del/a empleador/a de dispensar

² Ley N° 20.744, Buenos Aires, 13/5/1976. Artículo 17.- *Prohibición de hacer discriminaciones. Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.*

Artículo 81.- *Igualdad de trato. El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que*

a todos/as los/as trabajadores/as igual trato en identidad de situaciones.

Asimismo, en materia procesal, la Sra. Del M. cuenta a su favor con la presunción establecida por el artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo, que dice: "Despido por causa del embarazo. Presunción. Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio (7 y 1/2) meses 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, en su caso, el del nacimiento. En tales condiciones, dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el artículo 182 de esta ley".

Ahora bien, llegado este punto, corresponde traer a colación la definición de discriminación brindada por el Convenio N° 111 de la OIT³, que dice "A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, 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

existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador.

³ C111 Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958. Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Ratificado por Ley N° 17.677.

otros organismos apropiados. 2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación. 3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo".

Si efectivamente la rescisión del vínculo laboral de la Sra. Del Mármol con la demandada estuvo motivada en su condición de mujer embarazada, entonces, se trató de una exclusión basada en motivos de sexo, que tuvo por efecto inmediato anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Lo que esta Asesora Legal ha sostenido hasta aquí ha sido sobre el presupuesto de que la empleadora estuvo debidamente notificada del embarazo de la Sra. Del M.. *Para que opere la presunción de que el despido se debió al estado de embarazo, la trabajadora debe acreditar que comunicó y acreditó fehacientemente su estado mediante la entrega del certificado médico correspondiente, ya que si tal prueba no se ha producido, la presunción no puede aplicarse*⁴.

Asimismo, resulta pertinente recordar que la protección del art. 178 LCT, también es aplicable al caso del despido indirecto, ya que de otro modo el empleador colocaría a la trabajadora en condición de tener que soportar cualquier injuria durante ese plazo: el empleador que pretenda eximirse de sus efectos debe acreditar que el despido fue motivado en otra causa. Si el empleador despide a la trabajadora en el período fijado por el art. 178 LCT y no demuestra que existió justa causa -o sea que el despido respondió a una causa ajena al embarazo o a la maternidad-, debe abonar una indemnización

⁴ Grisolia, Julio Armando, "Manual de Derecho Laboral", Segunda Edición Ampliada y Actualizada, Editorial Lexis Nexis, pág. 390.

agravada (art. 181). Esa indemnización es equivalente a un año de remuneraciones (en realidad son 13 meses, porque se debe incluir el SAC), además de las indemnizaciones que le correspondan por despido sin justa causa (arts. 232 y 245, LCT)⁵.

V. CONCLUSIÓN.

Por los motivos expuestos, esta Asesora Legal, considera que el despido de la Sra. M. J. Del M. -si estuvo directamente motivado en su condición de mujer embarazada- fue un acto discriminatorio, en los términos del artículo 1º de la Ley N° 23.592.

Es cuanto considero útil informar.

Enviar copia al congreso (comisiones pertinentes) y a la
Secretaría de Ambiente.-

⁵Grisolia, Julio Armando, "Manual de Derecho Laboral", Segunda Edición Ampliada y Actualizada, Editorial Lexis Nexis, pág. 391.



INADI

Instituto Nacional contra la Discriminación,
la Xenofobia y el Racismo.
Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos.

BUENOS AIRES,

Visto el informe que antecede, solicitado en el marco de los autos caratulados “DEL M., M. J. c/ D. S.A. y OTROS” (Expte. N° 11975/08), en trámite ante el Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Laboral N° 61, Secretaría Única. NOTIFIQUESE. ARCHIVESE.-