

EL "DESPIDO DISCRIMINATORIO"

*Por Dra. Estela M. Ferreriros
Fuente Errepar
07/00*

La Dra. Estela M. Ferreriros, integrante de un Tribunal colegiado del Departamento Judicial de San Isidro, realiza un excelente trabajo sobre el Despido Discriminatorio. Describe la discriminación como acto prohibido por la Constitución Nacional y por las leyes y asimismo dicho acto- produce los efectos de un acto ilícito en los términos de la legislación infraconstitucional.

1. LA IGUALDAD

Toda persona, por el solo hecho de serlo, tiene derecho a la libertad de la cual se desprende la igualdad; se trata de un estatus jurídico que conforma la igualdad civil, cuya aplicación más clara es la eliminación de las discriminaciones arbitrarias entre los hombres.

En la Constitución Argentina se ha consagrado la igualdad ante la ley, que recoge las bases de la igualdad en general, en cuanto requiere: a) el compromiso político y social de remoción de los obstáculos que la impidan; b) que de ello se siga la existencia de un orden social justo; y c) que ello se traduzca en igualdad de oportunidades para todos.

A través de su jurisprudencia, el más Alto Tribunal de Argentina ha expresado que la igualdad exige que se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones; claro está que sin que esto sea una regla absoluta, ya que no obliga al legislador a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que se puedan presentar a su consideración. No se pueden establecer excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, habiendo una obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida dentro de la categoría, del grupo o de la clasificación que le corresponda, evitando distinciones arbitrarias u hostiles.

La medida de la igualdad se debe elaborar sobre la base de la razonabilidad, debiendo tenerse en cuenta también que las desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias; entendiéndose por tales las que carecen de razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores o privilegios, etc.

La igualdad no se afecta, ni por la variación de la jurisprudencia en el tiempo, ni por la existencia de fallos contradictorios dictados por tribunales distintos, ni por la variación del régimen impositivo en el tiempo, ni por la existencia de regímenes jubilatorios distintos según la actividad de cada uno, ni por la existencia de regímenes procesales distintos en el orden federal y provincial, ni por la existencia de distintos regímenes laborales según la actividad, etc.

Por otra parte, además de la igualdad ante la ley que llama al legislador a tratar a todos los hombres de igual manera en los términos expresados, existe también la igualdad jurídica, que es igualdad ante el Estado, ante la

ley, ante la Administración, ante la jurisdicción, y ante y entre los particulares.

El reverso de la igualdad es la discriminación hostil y arbitraria.

En el más alto nivel legislativo, en la cúspide jurídica, es decir, en lo que se ha dado en llamar el Bloque Federal Constitucional, integrado por la Constitución Nacional y los pactos internacionales, se encuentra el techo normativo del país, y allí hallamos el artículo 16 de la Constitución Nacional que dice: "Todos sus habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad".

El artículo 14 bis establece: "Se garantiza igual remuneración por igual tarea".

A ellos se suman, entre otros, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que, en su artículo 26, expresa: "Todas las personas son iguales ante la ley, y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

La Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, en su artículo 5º, expresa: "Los Estados Parte se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: a) el derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia; b) el derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado...; c) los derechos políticos...; d) otros derechos civiles en particular...; e) los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: 1) el derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria, etc...".

2. LA DISCRIMINACION

En nuestra disciplina, no se trata de una conducta que se alza sólo contra la Constitución Nacional y los tratados internacionales, sino que también viola un principio del derecho del trabajo, como es el principio de igualdad de trato y no discriminación.

En el derecho del trabajo surge entonces una necesaria correlación del Bloque Federal Constitucional, sobre todo en lo atinente a los artículos 16 y 14 bis de la Constitución, los convenios (OIT) 100 y 101, la ley 23592, y los artículos 17 y 81 de la ley de contrato de trabajo. Así como también los artículos 172, 180, 182 y concordantes del mismo cuerpo legal, el 7º de la ley 23551 y el

29 de la ley de empleo.

No olvidemos que la Argentina ha ratificado los convenios 100 y 101, relativos, el primero a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor y el segundo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.

La ratificación se ha llevado a cabo mediante el decreto-ley 11595/56 y la ley 17677 y ambos convenios han adquirido especial relevancia después de la reforma constitucional de 1994, en atención a lo normado por el artículo 75, inciso 22), de la Carta Magna.

La ley 23592, por su parte, se refiere de manera amplia a 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, ya que 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; y considera a esos efectos, como actos u omisiones discriminatorios, los determinados por razones de raza, religión, nacionalidad, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

Por cierto, que la ley incluye el ámbito laboral en todos sus alcances.

Por su parte, el artículo 17 de la ley de contrato de trabajo prohíbe cualquier discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad, en una enumeración que es meramente enunciativa, motivo por el cual cualquier otro tipo de trato que encierre discriminación arbitraria está alcanzado por la norma, cuya proyección no termina en la celebración del contrato, sino que abarca la totalidad de su vida y la extinción del mismo.

El artículo 81 del mismo cuerpo normativo obliga al empleador a dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones y agrega que se considerará que 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 sustenta en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador.

Resulta claro para el observador que el legislador de la ley de contrato de trabajo ha advertido que la igualdad de trato es un principio en el que se asienta toda la disciplina, pero especialmente la vida del contrato de trabajo, su desarrollo, su vigencia y cómo la misma se va desarrollando en íntima relación con el principio de buena fe, que obliga a las partes a ajustar su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo.

Las consecuencias de las conductas tenidas de discriminación arbitraria son las que corresponden a un acto prohibido por la Constitución Nacional; además de ser nulo en los términos del artículo 1044 del Código Civil,

produce los efectos de un acto ilícito del artículo 1056 del mismo Código. Se sigue de ello que el perjuicio causado por dicha conducta debe ser reparado reponiendo las cosas a su estado anterior al del acto lesivo.

Es que resultan de aplicación no sólo el artículo 1044 del Código Civil, sino también los artículos 1056, 1067, 1068, 1083 y concordantes del mismo cuerpo legal.

Se trata, como digo, de un acto nulo, porque es prohibido por la Constitución Nacional y por la ley, y lo es en los términos del artículo 1044 del Código Civil, pero además de ser nulo produce los efectos de un acto ilícito, en razón de que el artículo 1056 del mismo cuerpo expresa que los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de los actos jurídicos, producen sin embargo los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas.

Es por lo expuesto que el daño que se produce necesariamente, ya que el daño es elemento esencial del acto ilícito y conlleva una connotación de perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, debe ser reparado, volviendo las cosas al estado anterior al acto lesivo. Allí es donde juegan los artículos 1067 y 1068 del Código Civil.

Claro está que los magistrados deben tener en cuenta en cada caso la naturaleza del derecho conculcado, juntamente con la entidad del perjuicio producido.

Es que, en la situación descripta, confluyen los elementos ilícitos considerados por Vélez Sarsfield en los artículos 1066, a 1068 de nuestro Código y por ello acarrearán, necesariamente, la aplicación de la sanción prevista en los artículos 1044 y 1083, es decir, la nulidad como sanción legal que priva de sus efectos propios y normales a un acto jurídico por adolecer de ciertos defectos originarios, orgánicos y esenciales.

Cuando digo originarios, quiero decir constitutivos, anteriores o contemporáneos al acto. Por orgánicos, se entiende que están instalados dentro del negocio mismo y, en cuanto al requisito de esencial, refiere a lo indispensable.

También es cierto que la nulidad no agota las sanciones a las que da lugar la discriminación, ya que a ello puede unirse el reclamo de reparación del daño producido.

3. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO A LA LUZ DE LOS CONCEPTOS PRECEDENTES

A) EL DESPIDO DISCRIMINATORIO POR LA MATERNIDAD Y EL EMBARAZO

Ya me he referido al artículo 172 de la ley de contrato de trabajo que inicia el Título VII referido al trabajo de mujeres. Allí se prohíbe el trato

discriminatorio en lo atinente al sexo o estado civil de la mujer y se garantiza la plena observancia del principio de igual retribución por trabajo de igual valor.

Empero, la norma convocante en este tema es la del artículo 178, que crea una presunción "iuris tantum", y establece que el despido de la mujer trabajadora obedece a causas de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete meses y medio 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 embarazo, así como, en su caso, el nacimiento. En tales condiciones, dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el artículo 182 de la ley.

Se trata del equivalente a un año de remuneraciones, que se acumulará a lo establecido en el artículo 245, es decir, la indemnización por antigüedad o despido.

Se trata de una presunción "iuris tantum" temporal, ya que queda instalada durante el período previsto y sujeta a los requisitos enumerados. De tal manera, el empleador puede destruirla probando la legitimidad del despido, ya que en ese caso no aparece como discriminatorio, sino revestido de legitimidad.

Es por eso que se ha insistido, por parte de la jurisprudencia, en el sentido de que para desvirtuar la presunción legal de despido por causa de embarazo contenida en el artículo 178 de la ley de contrato de trabajo, no es suficiente la alegación de una causa distinta para el distracto, sino la acreditación del motivo invocado y su eficiencia para justificar la medida (CNTrab. - Sala IV - 15/12/1986).

Recordemos que cuando un hecho goza de presunción legal, sea que admita o no prueba en contrario (en este caso la admite), está exento de prueba y tal es, como señalan los procesalistas, el objeto de las presunciones. La presunción no es prueba, sino exención o dispensa de prueba, en este caso para la trabajadora, quedando la carga pertinente de acreditar la existencia de otra causal en cabeza del demandado.

La felicitación del empleador por dicho estado efectuada públicamente, los comentarios generales en presencia del empresario, etc, resultan circunstancias que cumplen con la finalidad de la ley, que es el conocimiento del hecho por parte de quien decide el despido.

Para el segundo tramo de los quince meses la notificación se debe referir al nacimiento del hijo, hecho que se acredita con la partida o con el certificado del Registro Civil.

En el supuesto de despidos masivos que se deben a fuerza mayor, falta de trabajo, quiebra, liquidación de la empresa, cierre de secciones, etc., es obvio que existen causales claras que alejan la presunción en estudio.

Por cierto que no procede distinguir a estos efectos entre despido directo e

indirecto, ya que en lugar de despedir como reacción ante el estado de embarazo, el empleador puede poner a la trabajadora en un estado de imposibilidad de proseguir con la relación laboral en los términos del artículo 242 de la ley de contrato de trabajo y la situación sería similar.

B) EL DESPIDO DISCRIMINATORIO POR MATRIMONIO

Los artículos 180 a 182 de la ley de contrato de trabajo conforman un bloque de protección para los trabajadores que contraen matrimonio de tal forma que el artículo 180 fulmina con la nulidad y les quita valor a los actos o contratos de cualquier naturaleza que se celebren entre las partes o las reglamentaciones internas que se dicten, que establezcan para su personal el despido por causa de matrimonio.

Se trata de una nulidad absoluta y manifiesta, en los términos del artículo 1047 del Código Civil, lo que habilita al juez a declararla aun sin petición de parte y puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

Es una nulidad que puede ser también pedida por el Ministerio Público en interés de la moral y de la ley, y que no es susceptible de confirmación.

Sobre dicha base, el artículo siguiente, el 181, establece también una presunción, tanto en favor de la mujer como del varón, en el sentido de que el despido responde a la causa del matrimonio cuando el mismo fuese dispuesto sin invocación de causa por el empleador, o no fuese probada la que se invocare, y el despido se produjere dentro de los tres meses anteriores o seis meses posteriores al hecho y siempre que haya mediado notificación fehaciente del mismo al empleador, no pudiendo esa notificación efectuarse con anterioridad o posterioridad a los plazos señalados.

También en este caso se trata de una presunción "iuris tantum", que puede ser enervada por el empleador si acredita justa causa para la decisión rescisoria.

Por cierto que el trabajador o la trabajadora deben acreditar la existencia del matrimonio con la copia del acta pertinente.

Para que se haga efectiva la presunción debe existir la notificación fehaciente del matrimonio; el despido debe carecer de justa causa o no probarse la invocada, y producirse dentro del plazo señalado de tres y seis meses antes o después. Claro está que al igual que en el supuesto anterior, la notificación que se requiere puede ser reemplazada por el conocimiento acabado que por otros medios haya podido tener el empleador.

También es aplicable, en este caso, la sanción, cuando el despido es indirecto.

Esa sanción surge precisamente del artículo 182 y alcanza también a un año de remuneraciones que se acumula a la indemnización del artículo 245, al preaviso y en su caso, a la integración del mes de despido. La base, también

aquí, alcanza al último año trabajado y debe computarse el sueldo anual complementario; el importe cubre todos los años y el equivalente al año de sueldos, no registra tope alguno.

C) DESPIDO DISCRIMINATORIO INCLUIDO EN LA LEY 25013

El artículo 11 de la ley 25013 se refirió concreta y genéricamente al despido discriminatorio y expresó: "Será considerado despido discriminatorio el originado en motivos de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial..." pero el Poder Ejecutivo al promulgar dicha ley mediante el decreto 1111/98, publicado en el Boletín Oficial del 24/9/1998, redujo las causas y dejó subsistentes sólo la raza, el sexo y la religión, eliminando todas las demás.

En suma, la norma, que ahora se limita a esos tres supuestos, establece además que la prueba del hecho estará a cargo de quien invoque la causal.

La indemnización prevista en el artículo 7° de la misma ley se incrementará en un 30% y no se aplicará el tope establecido en el segundo párrafo del mismo.

Vale decir que la cuantía de la indemnización está dada por la indemnización por antigüedad correspondiente, según la vigencia de la ley en cuestión, con más un 30%.

Por cierto que no queda afuera el preaviso y el sueldo anual complementario, en su caso.

Se trata de una doceava parte de la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuere menor, por cada mes de servicio o fracción mayor de diez días, y se le incrementa un 30%.

La liquidación consiste, entonces, en tomar una doceava parte de la mejor remuneración mensual, normal y habitual, y multiplicarla por cada mes o fracción mayor de diez días que de antigüedad posea el trabajador; al monto obtenido se le saca el 30% y se le adiciona.

En rigor de verdad, no se trata de una norma que favorezca la desaparición de conductas discriminatorias en la extinción del contrato de trabajo.

En primer lugar, se aparta del modelo de la ley de contrato de trabajo y no crea presunción alguna, simplemente pone la prueba del hecho en cabeza del discriminado, lo cual es de realización verdaderamente dificultosa y, por otra parte, la sanción cuantitativa no indica una verdadera reparación por el daño sufrido, ya que su cuantía no es importante.

Claro está que la creación de la nueva figura no empece la utilización por parte de los damnificados de las leyes que también sancionan, pero en este caso más severamente, una conducta tan despreciable.

Cuando la ley 23592 sanciona con dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y reparar el daño moral y material ocasionado, no sólo ha ampliado el marco de posibles casos de agravio, sino que brinda al damnificado la posibilidad de obtener una reparación integral que alcance inclusive el daño moral.

De cualquier manera siempre la prueba será suya.

El ámbito apropiado para la dilucidación del tema es, en cuanto se trata de controversias entre trabajadores y empleadores, el fuero laboral y, por otra parte, el juez de trabajo podrá utilizar para la obtención del cese del acto discriminatorio, o para dejarlo sin efecto, las sanciones conminatorias del artículo 666 bis del Código Civil, si fuere necesario.

Y en cuanto a la reparación, cierto es que el derecho del trabajo suele incluir indemnizaciones tarifadas; empero, no es impropia ni ajena a su ámbito la posibilidad de ordenar la reparación de un daño de manera integral y aún incluir la reparación por daño moral, como expresa la propia ley. En ese caso se torna necesaria la prueba no sólo del daño, sino también su "quantum".

Claro está que en temas tan delicados tanto para el trabajador como para el empleador debe campea una extraordinaria prudencia.

CONCLUSIONES

El legislador viene tomando conciencia de la necesidad de sancionar estas conductas no sólo dolorosas, sino fundamentalmente antijurídicas. Si bien se desarrollan cada día en el mundo fáctico o de las conductas humanas, bueno es que desde el ámbito normativo se busquen soluciones para paliar el daño material y moral que acarrearán.

Todo un futuro de construcciones nos espera a los juristas a este respecto, ya sea en cuanto a la descripción de las conductas discriminantes, las que seguramente irán variando con el correr del tiempo, como también en cuanto a las sanciones que deben preverse.

Parece razonable plantearse además, para cada caso, el tipo de sanción más viable, jurídico, prudente y efectivo, ¿será mejor una norma perfecta o pluscuamperfecta? ¿Debe apelarse a la nulidad como sanción o a la reparación del daño o a ambas?