

Título: La presunción del artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo en los casos que el despido tiene causa legitimante

Autor: Foglia, Ricardo A.

Cita: MJ-DOC-3801-AR | MJD3801

Producto: LJ

El fallo comentado plantea el tema de la presunción establecida por el artículo 178 de la ley de contrato de trabajo, la que se inscribe dentro del plexo de normas que tienden a proteger a la trabajadora.

El citado artículo establece que, bajo ciertas condiciones que la propia norma enumera, el despido de la trabajadora embarazada o con hijo recién nacido, es disvalioso, y por ende lo sanciona con el pago de una indemnización especial agravada equivalente a un año de remuneración, la que resulta acumulable a la de despido sin justa causa prevista por el artículo 245 L.C.T. La ley no distingue entre la trabajadora casada o soltera de modo que el régimen se aplica a ambas situaciones(1).

Tres son, a nuestro juicio, los requisitos que el artículo 178 de la L.C.T. establece para que el despido se presuma atribuido a las circunstancias indicadas y, por ende, para que nazca el derecho a la indemnización del art. 182 de la L.C.T.(2), al que remite, a estos efectos, la norma citada en primer término:

1) Que la mujer trabajadora haya notificado su embarazo o el nacimiento de su hijo al empleador. El artículo 177 L.C.T., en su parte segunda expresa que "La trabajadora deberá comunicar fehacientemente su embarazo al empleador...". Para ello la ley no exige ninguna forma especial, de modo tal que la notificación puede ser efectuada por cualquier medio en tanto pueda probarse la manifestación, si luego es negada o desconocida por el empleador. Sardegna(3) señala que "La notificación puede probarse por cualquier medio fehaciente, incluso testimonial...". Vázquez Vialard(4) considera que "No obstante la falta de comunicación, la presunción operaría lo mismo, si el hecho, por ser público y notorio debió ser considerado por el empleador". Herrera(5) agrega que, aunque el artículo 178 L.C.T."... condiciona la adquisición del derecho a la estabilidad a que se haga la notificación, ante una situación de abuso del derecho, podría resultar operativa la protección del art. 178 por aplicación del art. 1071 del Código Civil. Imaginamos el caso del empleador que con pleno conocimiento aprovecha la morosidad de una empleada en comunicar su embarazo para apresurar su despido sin causa".

2) Además de notificar tales circunstancias al empleador, la trabajadora debe acreditar "... en forma..." (dice la ley) el embarazo o el hecho del nacimiento. La acreditación "... en forma..." del embarazo es a través de certificados médicos que establezcan dicha circunstancia, conforme lo prevé el art. 177 párrafo segundo L.C.T. que expresa "La trabajadora deberá comunicar fehacientemente su embarazo al empleador, con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto, o requerir su comprobación por el empleador". Con relación a esta última posibilidad, y como lo

expresara Sardegna(6) "... no se nos escapa al respecto la existencia de eventuales posibilidades conflictivas al recurrir a esta no aconsejable alternativa". Lo expuesto no impide el control que pueda efectuar el empleador de las circunstancias invocadas por la trabajadora conforme lo autoriza el art. 210 L.C.T. En cuanto al nacimiento se prueba con las partidas respectivas(7).

3) Que el despido se produzca dentro del lapso que corre entre los siete meses y medio anteriores al parto (en cuyo caso se tratará de un despido por causa de embarazo) y los siete meses y medio posteriores al parto (en cuyo caso será un despido por causa de nacimiento). Sobre este requisito, Herrera(8) considera que "... si el despido fue dispuesto con motivo o en ocasión de la maternidad de la trabajadora, aunque fuera del ámbito temporal de vigencia de la presunción, resultará igualmente abusivo lo que conlleva la sanción de la indemnización agravada. La única diferencia se relaciona con la carga de la prueba del hecho invocado, que en tal caso corresponderá obviamente a la trabajadora".

Cabe preguntarnos si la norma abarca la situación de despido indirecto en que se pudo colocar la trabajadora. Sobre este tema hay discrepancia en la doctrina. Martínez Vivot(9) expresa que el artículo 178 L.C.T. abarca ambos supuestos ya que "... no podría admitirse que en esta situación..." (de despido indirecto) "... pierda la indemnización privilegiada, negándole su derecho ante actitudes injuriantes del empleador, que podría, en esta forma, reducir su responsabilidad forzando a que su dependiente adopte esta decisión por una causa que aparentemente nada tenga que ver con la maternidad". En igual sentido se expresa Sardegna(10).

Por su parte, Herrera(11) sostiene que "... para que opere la presunción de la L.C.T. es indispensable una declaración de voluntad rescisoria por parte del empleador". En el caso del despido indirecto, no funcionaría la presunción y para el derecho a la indemnización especial del artículo 182 L.C.T., la trabajadora tendría que probar "... que los actos injuriosos de que fue objeto, encubrían una real voluntad rescisoria calificada, cuyo objeto tendía que quebrar el bien jurídico tutelado".

Entiendo que para la dilucidación de este aspecto hay que tener presente, más allá del principio de interpretación restrictivo de las presunciones, cuál es el espíritu tuitivo de la norma comentada, cuál es el bien jurídico que la misma ampara y tutela. Y en este sentido, cabe señalar que si bien del texto del artículo 178 podría inferirse que la misma solo contempla la hipótesis del despido directo dispuesto por el empleador (en este aspecto la redacción de la norma no luce muy feliz cuando expresa "... el despido de la mujer trabajadora..." agregando más adelante "... cuando fuese dispuesto..."), no resulta razonable tal interpretación ya que abriría una puerta para que, mediante subterfugios, se vulnera el bien jurídico que la propia norma trata de salvaguardar. Adviértase que por esta vía el empleador podría presionar a la trabajadora, tornando imposible la prosecución del vínculo laboral, a efectos de forzar a la misma a colocarse en situación de despido indirecto, y de esta forma intenta eludir —si aceptamos el criterio que cuestionamos— el pago de la indemnización agravada del artículo 182 L.C.T. Por ello, resulta más congruente con el sentido de la norma, teniendo en cuenta que la misma ha tenido por finalidad crear un sistema de protección especial para la trabajadora embarazada o en estado de maternidad por cuanto el legislador consideró que eran situaciones que merecían una protección particular y adicional, es que considero que la norma comprende tanto el despido dispuesto por el empleador, como la situación de despido indirecto en que pueda colocarse la trabajadora, ya que en definitiva, y a los efectos de la protección y el interés que la norma trata de salvaguardar, no se advierte diferencia razonable entre ambos supuestos. Todo ello con las particularidades que analizaremos más adelante.

La ley de contrato de trabajo, en su redacción original(12), establecía que el despido de la trabajadora dentro del plazo de 45 días antes del parto y 45 días después del mismo (con la facultad de la mujer de reducir el período previo a 30 días acumulando los 15 restantes al posterior) se presumía, sin admitir prueba en contrario que el mismo obedecía "... al estado de embarazo de la trabajadora...". Por el resto del período de la ley (o sea en exceso de los días anteriores y posteriores) que lo estableció en seis meses antes y seis después de la fecha de comienzo o finalización, respectivamente, de la licencia por

embarazo o maternidad antedicha, la presunción era "iuris tantum".

La ley 21.297, modificó el criterio de la ley 20.744, estableciendo un período de siete meses y medio anteriores y posteriores al parto, durante el cual rige una presunción simple, esto es de aquellas que admiten la prueba en contra por parte de aquel sobre el que pesa el "onus probandi" por el efecto de la inversión de la carga de la prueba establecida por la ley. De este modo, es el empleador el que debe probar que la causa del despido no fue el embarazo o el nacimiento del hijo de la trabajadora. Esto nos lleva a considerar, que por efecto de la presunción legal, no basta solo con probar que el despido no fue por el embarazo o parto (hecho negativo de difícil prueba) sino también, la real causa del distracto, ya que si el mismo careciera de causa alguna el despido caería bajo los efectos de la presunción del artículo 178 L.C.T., y por ende se generaría el derecho al cobro de las indemnizaciones por despido incausado, y especial para el supuesto que nos ocupa.

Herrera(13) señala que "... si al despedir no se invocó causa no se podrá pretender probar una en el proceso. En cambio, si se alegó justa causa, deberá probarse su existencia y formal eficiencia para justificar la denuncia, con total independencia del estado de embarazo o maternidad de la trabajadora. Caso contrario el despido dará lugar al pago de la indemnización agravada del artículo 178 L.C.T.". En igual sentido, Martínez Vivot(14) expresa que el empleador "... para liberarse de la pesada sanción impuesta para tal supuesto, tiene que probar que existe una causa suficiente capaz de determinar el acto del despido". Por ello, y en base a una interpretación amplia, el citado autor considera que la fuerza mayor o falta o la disminución de trabajo no imputable al empleador habilitan al despido de la trabajadora embarazada o con hijo nacido, sin que proceda la presunción del artículo 178 L.C.T. y por ende la indemnización agravada del artículo 182 L.C.T.

Como dijera, el empleador, para desvirtuar el efecto de la presunción, debe probar que el despido de la trabajadora no tuvo por causa el embarazo o maternidad de la trabajadora, debiendo, además acreditar la real causa del distracto. Ello nos lleva a considerar si debe probarse —por parte del empleador— la existencia de justa causa de despido, en los términos del artículo 242 L.C.T., o si basta probar que la causa del distracto, aunque no constituya justa causa, no fue el embarazo o la maternidad de la trabajadora.

Tal es el tema del fallo que nos ocupa. En el caso se trataba de una trabajadora embarazada, que notifica su estado al empleador, conforme la exigencia que contiene el artículo 178 L.C.T. Con posterioridad a ello, el empleador despide a la trabajadora, que se desempeñaba como gerente comercial del área hogar de la demandada "... por incorporación de nuevas actividades y cambio de sede...", con pago de las indemnizaciones por despido sin justa causa (indemnización sustitutiva de preaviso, indemnización por antigüedad, vacaciones y S.A.C. proporcionales). La demandada, conjuntamente, despidió a 5 gerentes y 26 empleados fuera de convenio. La actora demandó el pago de la indemnización del artículo 182 L.C.T.

El fallo de la Sala IX de la CNAT confirma la sentencia de primera instancia, que hizo lugar a la demanda, y por ende declara procedente el pago de la indemnización agravada prevista por el artículo 182 L.C.T. En el decisorio, se expresan dos consideraciones destacables. La primera es que a los efectos de la presunción del artículo 178 L.C.T., no resulta relevante analizar si la actitud del empleador fue en base a las atribuciones que le confiere el artículo 66 L.C.T. "... sino de discernir si su actitud frente a la actora estuvo motivada por razones ajenas a su embarazo". El segundo aspecto, que hace al tema bajo análisis, es que la sentencia considera que el empleador no invoca "... motivaciones específicas, ajenas a su estado..." (de embarazo) "... que se tuvieran para decidir su desvinculación...".

Tal como fuera planteado el tema, nos lleva a considerar el referente a la causa del despido —en el sentido de causa fuente(15)—, para luego vincularla con la presunción estatuida por el artículo 178 L.C.T., para el supuesto del embarazo o maternidad de la trabajadora.

La primera distinción que creo conveniente efectuar al respecto, es entre el despido con causa, y el que carece de la misma. Para el primer supuesto, cabe considerar que la ruptura del vínculo laboral tiene un hecho antecedente en el cual se apoya el distracto. Este hecho antecedente puede o no constituir justa causa de despido.

Los primeros (con causa justa) se fundamentan en un hecho que hace a la relación del trabajador con el empleador, hecho, que como lo señala el artículo 242 L.C.T., torna imposible "... la prosecución de la relación". Ese hecho jurídico agresivo, que se denomina injuria, es el que justifica la ruptura del vínculo contractual, y como dijera, nace de la propia relación entre los sujetos del contrato. En este caso no hay deber de reparar, ya que el trabajador ha realizado un hecho (o una abstención) que le es imputable y que ha afectado material o moralmente al empleador.

Pero hay otros supuestos en que, la ruptura del vínculo laboral tiene una causa, que no llega a configurar una "justa causa" en el sentido del artículo 242 L.C.T. y que por ende dan lugar a la reparación tarifada. Dentro de estos supuestos se ubican los distractos debidos a circunstancias ajenas a la voluntad del empleador y del trabajador, como son los derivados de razones económicas u organizacionales, en cuyo caso la ley reduce la indemnización tarifada "normal" (artículo 245 L.C.T.) en un cincuenta por ciento (50%). Así, el artículo 247 L.C.T., a pesar de considerar que el despido es por causa "... no imputable al empleador..." le impone a éste el pago de una indemnización reducida. Este sistema, que pudo haber tenido sustento y explicación en otras épocas, entiendo que actualmente conspira contra la subsistencia de las propias empresas en situación de crisis o de reconversión, al imponerles una carga adicional por situaciones que le resultan ajenas y que derivan de la propia dinámica económica. Por otra parte, cabe considerar que no puede, tampoco, dejarse al trabajador en una situación de desamparo por circunstancias de las que también él es ajeno. Por ello en una futura revisión de este tema, la respuesta deberá buscarse por el lado de la comunidad que, a través de los mecanismos solidarios, debería hacerse cargo de estas situaciones. Como señala Vázquez Vialard(16) refiriéndose a las cargas que el derecho del trabajo impuso al empleador, en su momento, por su carácter protectorio: "Esto último parece oportuno atemperarlo, ya que la empresa, en las condiciones actuales, sometida a una dura competencia, no puede soportar ese peso que va más allá de sus posibilidades reales. La protección que el trabajador necesita (entre otras, seguridad, prestaciones referidas a los infortunios no laborales, capacitación técnica, etc.), debe ser cubierta por la comunidad global que, además, debe velar para que cuando una persona pierde su empleo, pueda hallar uno nuevo". Como se advierte en estos supuestos, la causa del distracto es la propia subsistencia o continuidad de la empresa, como fuente generadora de empleo, que por razones de competitividad, incorporación tecnológica, cambio de modas o costumbres, reconversión, etc., se ve obligada a prescindir de parte de su personal. Indudablemente, la evaluación de estas circunstancias deberá ser estricta a efectos de evitar que se constituyan en un subterfugio para eludir el sistema protectorio.

En el otro extremo, tenemos los despidos por causas ilegítimas o abusivas, como el supuesto de los dispuestos por motivos de sexo, raza, religión, etc.(17). En estos últimos casos la ley asigna una protección especial, y es justo que así lo haga, ya que considera que los derechos subsumidos por la misma son particularmente valiosos, y por ende sanciona agravadamente su violación (son los casos de despido por causa de embarazo o maternidad —artículo 178 L.C.T.—, matrimonio —artículo 182 L.C.T.—, enfermedad —artículos 212 y 213 L.C.T.—, funciones gremiales —artículo 217 L.C.T. y artículos 50 y 52, ley 23.551—, ruptura "ante tempus" del contrato de trabajo a plazo fijo —artículo 95 L.C.T.— o por temporada —artículo 97 L.C.T.—).

Herrera(18) se refiere a los supuestos de despidos abusivos, y señala que "Desde antiguo la ley erigió barreras especiales para impedir el despido en tales circunstancias, cuando por sus características se presentaba como particularmente antisocial, es decir como un verdadero acto abusivo".

Como se advierte, la causa, en los supuestos comentados, puede hallarse tanto en el vínculo de las partes (despido abusivo), como fuera de él (por razones económicas u organizativas). También están los supuestos de despidos sin causa alguna (despido porque quiero), aunque son los menos frecuentes.

Ahora bien, el artículo 178 L.C.T. para desvirtuar la presunción que el mismo contiene, exige que la causa (real o encubierta) no sea la situación del embarazo o maternidad de la trabajadora, aunque la misma no constituya justa causa de despido en los términos del artículo 242 L.C.T. Como señalara, la citada norma establece una presunción "iuris tantum" de que el despido de la mujer embarazada o madre, obedece a tal causa cuando, luego de cumplido el requisito formal de la notificación al empleador y sustancial de verificación del hecho, el mismo se produce en un lapso, cuyo punto de partida es la fecha de parto. De modo que basta que el empleador pruebe que el despido obedeció a otra causa (justa causa o causa legítima aún sin llegar a ser justa), para desvirtuar el efecto de la presunción. La ley penaliza un supuesto de despido con causa ilegítima o abusiva conforme viéramos.

Debemos recordar la finalidad tuitiva de la norma que sanciona al empleador cuando despide a su empleada por hechos que el legislador considera valiosos como son el embarazo y la maternidad. A ello se circunscribe la protección legal que recurre a la herramienta jurídica del sistema presuncional que hemos visto. También se debe tener en cuenta, como ya señaláramos, que para evitar que la situación invocada no constituya un ardid para eludir el pago de la indemnización agravada, la prueba requerida, y su análisis, debe ser más estricto.

En el caso comentado, el empleador puede encarar un proceso de reestructuración (causa invocada legítima), en cuyo caso deberá abonar las indemnizaciones pertinentes, y este proceso de reestructuración, desvirtúa el hecho y por ende la presunción, de que el empleador despidió a su trabajadora por causa del embarazo o de la maternidad (que es el bien jurídico protegido); es decir que, para la ruptura del vínculo laboral no tuvo en cuenta la situación personal y especial de la trabajadora embarazada, sino otras consideraciones organizativas o económicas que fueron las causantes de la ruptura contractual, y no el embarazo o maternidad de la trabajadora. Nos encontramos frente a una causa legítima de distracto (no justa causa) que hace nacer la obligación de reparar, pero no constituye un supuesto de despido arbitrario o abusivo.

NOTAS

(1) Ubi lex non distinguit nec nous distinguit debemus.

(2) Amanda Caubet considera que a tenor de lo establecido por la ley 23.592, el despido por razones de maternidad o embarazo sería nulo. Ver Caubet, Amanda en La estabilidad especialmente protegida en los casos de discriminación: el despido nulo de la mujer embarazada y de representantes sindicales, Revista Doctrina Laboral, Nov. 1996, N° 135, pág. 941 y ss.

(3) Ver Sardegna, Miguel Angel en Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada, pág. 386, Editorial Universidad, año 1995.

(4) Ver Vázquez Vialard, Antonio en Derecho del trabajo y seguridad social, T. 1, pág. 310, Ed. Astrea, año 1981.

(5) Herrera, Enrique en Tratado de derecho del trabajo dirigido por Antonio Vázquez Vialard, T. 5, pág. 302, Ed. Astrea, año 1993.

(6) Ver ob. cit., pág. 386.

(7) Artículos 79 y ss. del Código Civil.

(8) Ver ob. cit., pág.302.

(9) Ver Martínez Vivot, Julio J., en *Ley de Contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada coordinada por Altamira Gigena*, T. 2, pág. 178. Ed. Astrea, año 1981.

(10) Ver ob. cit., pág. 386, N° 3.

(11) Ver ob. cit., pág. 304.

(12) Artículo 193, Ley 20.744.

(13) Ver ob. cit., pág. 303.

(14) Ver ob. cit., pág. 177, N° 2.

(15) Como dijera, en esta materia la causa equivale a la causa fuente, esto es aquellos hechos jurídicos generadores de obligaciones. Sin embargo, cabe advertir que la palabra causa es un vocablo multívoco y que tiene relevancia tanto en el ámbito de la filosofía como en el mundo jurídico. El sistema de pensamiento aristotelicatomista distinguió cuatro tipos de causas, la formal, la material, —que eran el sustento de la teoría hilemórfica de la materia prima y la forma sustancial— la eficiente y la final. En el ámbito del derecho, nos referimos básicamente, a la causa-fuente y a la causa-fin, dentro de las teorías causalistas. La primera está constituida por aquellos hechos jurídicos que hacen nacer obligaciones y la segunda es la finalidad subjetiva jurídicamente relevante. Es bien conocida la polémica doctrinaria acerca de si los artículos 499, 500, 501 y 502 del Código Civil se refieren a la primera, a la segunda o a la causa-fuente el artículo 499 y a la fin los restantes. Sobre este tema puede verse a: Boffi Boggero, Luis María en *Tratado de las obligaciones*, T. 2, pág. 1 y ss., Ed. Astrea, año 1973; Alterini, Atilio Aníbal, Ameal, Oscar José y López Cabana, Roberto M. en *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, pág. 60 y ss., Ed. Abeledo Perrot, año 1995; Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A. en *Derecho de las obligaciones*, T. 1, pág. 110 y ss., Ed. Librería Editorial Platense, año 1979; LLambías, Jorge Joaquín en *Tratado de derecho civil - Obligaciones*, T. 1, pág. 39 y ss., Ed. Perrot, año 1973; Borda, Guillermo en *Tratado de derecho civil argentino - Obligaciones*, T. 1, pág. 21 y ss., Ed. Perrot; Salvat, Raymundo M. en *Tratado de derecho civil argentino (Obligaciones en general)*, pág. 12, N° 24 y ss., Ed. Librería y casa editora Jesús Menéndez, año 1935; Zannoni, Eduardo en *Código Civil y leyes complementarias - Comentado, anotado y concordado, dirigido por Augusto C. Belluscio*, T. 2., pág. 533 y ss., Ed. Astrea, año 1979.

(17) Artículos 17, 81 L.C.T. Con relación al tema de la discriminación y tratamiento igualitario, puede verse a Zamorano, Eduardo en *Actualidad del principio del tratamiento igualitario*, en DT -B-1977. También a Bidart Campos, Germán en *Principios constitucionales del derecho del trabajo (individual y colectivo) y de la seguridad social en el art. 14 bis*, Revista TySS, 1981-481.

(18) Ver ob. cit., pág. 299, N° 149.