



NEUQUEN, 24 de abril de 2012

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**LISI SERGIO CEFERINO C/ CIAR S.A. S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES**" (**EXP N° 378310/8**) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE LO LABORAL NRO. 2 a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Patricia CLERICI** y **Federico GIGENA BASOMBRIO**, en subrogancia legal -Acuerdo N° 4689 del TSJ- con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Mónica MORALEJO DE GIORGETTI**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la **Dra. Patricia CLERICI** dijo:

I.- La parte actora apela contra la sentencia de fs. 252/259 vta., que hace lugar parcialmente a la demanda, con costas en un 40% a cargo del actor y en un 60% a cargo del demandado.

El quejoso se agravia por el rechazo de la indemnización sustitutiva del preaviso y su SAC, entendiendo que ello constituye un error de la a quo ya que dicha indemnización debió calcularse conforme el salario acogido en la sentencia, es decir lo que al actor le hubiera correspondido percibir si no lo hubieran despedido con antelación al momento establecido por la ley.

Se agravia también por el rechazo de la multa del art. 2 de la Ley 25.323, cuando del expediente surge que el empleador ha sido notificado en forma fehaciente, en dos oportunidades, del requerimiento de abonar la diferencia de la liquidación final. Cita jurisprudencia.

Luego se agravia por el rechazo de las indemnizaciones agravadas establecidas en los arts. 181 y 182 de la LCT. Señala que la sentenciante de grado fundamenta su decisión en un fallo plenario de la Provincia de Buenos Aires, que data de la década del noventa, que si bien hace extensiva la aplicación de la sanción indemnizatoria del art. 182 de la LCT, hace caer la presunción juris tantum del art. 181 de la



misma ley, debiendo el empleado demostrar que su empleador lo despidió por tal motivo. Entiende que ello vulnera el principio de igualdad ante la ley y la garantía de no discriminación. Agrega que a posteriori de este fallo plenario, la jurisprudencia ha sido contundente en poner en un pie de igualdad tanto a los hombres como a las mujeres. Más aún, señala el apelante, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires sentó una doctrina legal distinta de la de aquel plenario. Cita jurisprudencia y doctrina que avala su postura.

Formula queja por la tasa con la que manda la a quo liquidar los intereses, reclamando la aplicación de la doctrina del TSJ, sentada en el precedente "Alocilla".

Subsidiariamente se agravia por la distribución de las costas procesales, señalando que el único rubro rechazado es el de la indemnización agravada, prosperando la demanda en todo lo demás, por lo que entiende que las costas debieron ser impuestas íntegramente a la demandada.

Finalmente apela los honorarios de los letrados de su contraria, por altos.

La demandada rebate los agravios de la actora a fs. 286/291.

Señala que es correcta la doctrina de la normalidad citada por la a quo a efectos del cálculo de la indemnización sustitutiva del preaviso y su SAC, citando jurisprudencia.

Dice que la actora ha omitido intimar los pagos de los rubros por los que progresa la demanda y que la doctrina y jurisprudencia invocada por el demandante con relación a la indemnización agravada es minoritaria. Pone de manifiesto que la demandada no discriminó al actor cuando formó pareja, asignándole inmediatamente una vivienda individual, y se pregunta por que habría de hacerlo por el hecho de que la pareja haya contraído matrimonio civil. Cita doctrina.



Señala que el fallo respeta el precedente "Alocilla" y defiende la distribución de las costas procesales realizada por la a quo.

II.- Ingresando al tratamiento de la apelación de autos, he de comenzar por el agravio referido al rechazo de la diferencia en el pago de la indemnización sustitutiva del preaviso.

Asiste razón a la a quo en orden a que para el cálculo de la indemnización sustitutiva del preaviso debe aplicarse el principio de la normalidad próxima, a efectos de poner al trabajador en la situación remunerativa más cercana posible a aquella en que se hubiera encontrado si no se hubiera resuelto el contrato de trabajo.

Ahora bien, normalmente este parámetro es el del mes anterior al del despido, excepto que existan remuneraciones variables o que en ese lapso el empleador hubiera disminuido alguna posibilidad de ganancia en razón del preaviso.

En autos la sentencia de grado considera como mejor remuneración, a efectos del cálculo de la indemnización por antigüedad, la del mes de octubre de 2007, a la que le agrega un porcentaje en concepto de uso de vivienda y otro por los tickets canasta, extremos éstos no discutidos por las partes. Sin embargo, considera que la indemnización sustitutiva del preaviso está correctamente liquidada, aunque toma un salario que resulta inferior a lo que venía percibiendo el trabajador con antelación. Por ende, a efectos de cumplir con el principio de normalidad próxima debe estarse a la remuneración del ya referido mes de octubre, toda vez que en la correspondiente al mes inmediato anterior al despido el actor ha gozado de licencia por matrimonio, hecho extraordinario que ha importado una disminución salarial para ese período, en atención a la existencia de rubros remunerativos variables.



Además debe agregarse a esa remuneración los porcentuales asignados a vivienda y tickets canasta ya que si la demandada no hubiera omitido el otorgamiento del preaviso, el actor hubiera gozado de tales beneficios durante el tiempo establecido para aquél. Consecuentemente la indemnización sustitutiva del preaviso debe ascender a la suma de \$9.862,00. Y comparando este monto con lo efectivamente percibido por el demandante por ese concepto, conforme recibo de haberes de fs. 162, la demandada adeuda al trabajador la suma de \$3.139,75. A esta diferencia debe adicionarse el SAC, por la suma de \$261,65.

III.- Si bien la protección contra el despido fundado en el matrimonio del trabajador se encuentra reglada dentro del título que trata del trabajo de mujeres y aunque se venía aceptando con anterioridad, el fallo plenario 272 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ("Drewes c/ Coselec SAC", DT 1990-A, pág. 893) dispuso que en caso de acreditarse que el despido del trabajador varón obedece a causas de matrimonio, es procedente la indemnización del art. 182 de la LCT.

Ahora bien, disiento con la jueza de grado respecto a la interpretación referida a que de dicho plenario surge que no es operativa, en el caso de los trabajadores de sexo masculino, la presunción prevista en el art. 181 de la LCT, ya que este fallo no se pronunció sobre tal presunción; solamente hizo extensiva la protección legal a los varones. La alusión de los jueces a la acreditación de que el despido se funda en el matrimonio del trabajador no importa opinión sobre la presunción referida, desde el momento que esa prueba puede surgir precisamente de la aplicación de la presunción.

En materia de operatividad de la presunción legal en el caso de los trabajadores varones existen dos posicionamientos doctrinarios y jurisprudenciales, claramente diferenciados. No entiendo que uno sea mayoritario y el otro



minoritario, conforme afirma el apelante, sino que sendas opiniones tienen sostenedores de reconocida trayectoria y prestigio en el derecho laboral.

Adhieren a la tesis restrictiva autores de la talla de Centeno, Fernández Madrid, Carcavallo, Etala y Vázquez Vialard. Para esta postura, entonces, en el caso del trabajador varón la presunción legal no resulta aplicable, por lo que está a su cargo la prueba de que la cesantía fue motivada por el matrimonio; una vez producida esta prueba, aquél puede acceder a la indemnización especial prevista por el art. 182 de la LCT.

El criterio amplio sostiene, en cambio, que la presunción funciona tanto respecto de los trabajadores mujeres como varones, sin que exista posibilidad de efectuar una discriminación sobre la base del sexo que limite su aplicación en toda su amplitud. A esta corriente adhieren Martínez Vivot, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (autos "Molina c/ Algodonera Lavallol", 12/5/1987, TySS 1987, pág. 598; manteniendo el criterio en autos "Servidio c/ Cargill S.A.", 26/2/1991, LL 1991-D, pág. 104), la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, Sala Laboral y Contencioso Administrativa (autos "Santillán c/ Ortega y Cía. S.A.", 25/2/1997, Digesto Práctico La Ley, sum. 8684), el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos (autos "Jacquet c/ Organización Delasoie Hnos. S.A.", 8/9/1989, Digesto Práctico La Ley, sum. 8682) y el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Santa Cruz (autos "Martínez c/ Empresa Dowell Schulmberger S.A.", 15/10/1999, Digesto Práctico La Ley, sum. 8686/90), la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza (Sala II, autos "Vilurón c/ Telefónica de Argentina S.A.", sentencia del 23/12/2004, LL on line AR/JUR/5888/2004).

A nivel local, esta Cámara de Apelaciones se ha pronunciado por la improcedencia de extender la protección que



vengo analizando al trabajador varón, con excepción de la integrante de la Sala II, Dra. Osti de Esquivel (cfr. Sala II, autos "Llano c/ Palacios", P.S. 2002-II, f° 283/287), y reconociendo esta extensión, por la exclusión de la persona del sexo masculino de la presunción del art. 181 de la LCT (Sala I, "Almendra c/ Rent Móvil", expte. 449-CA-98, donde se hace un racconto de las posiciones tenidas por los distintos magistrados).

En orden a adherir a una u otra línea de pensamiento he de tener presente que la prohibición de despido por causa de matrimonio se desarrolló en nuestro país en defensa de la institución familiar y para evitar la discriminación de que eran víctimas, fundamentalmente, las trabajadoras que resultaban despedidas por la sola circunstancia de contraer matrimonio, por empresarios inescrupulosos que pretendían, de ese modo, evitarse las repercusiones negativas que el nuevo estado civil de su dependiente le depararía a su empresa (principalmente por tener que otorgarle diversas licencias) -cfr. Livellara, Carlos, "El despido por causa de matrimonio notificado no celebrado", DT 1991-B, pág. 2229)-.

En definitiva, el objetivo final de la norma es la protección integral de la familia, prevista y garantizada por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, de la cual el varón es necesariamente componente. Este fue el fundamento de la extensión de la protección al trabajador del sexo masculino. En el fallo citado precedentemente, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza señaló: *"Es indudable que la voluntad legislativa entrañada en el art. 180 de la ley de contrato de trabajo, al expresar que serán nulos y sin valor los actos que establezcan para su personal el despido por causa de matrimonio, ha comprendido dentro de la prohibición que encabeza el cap. 3° del título VII de la LCT a los trabajadores varones, con el claro propósito de*



garantizarles tanto a ellos como a las empleadas, el derecho de contraer matrimonio y formar familia legítima en perfecta consonancia con las garantías constitucionales relativas a las condiciones dignas de labor y a la protección integral de la familia, salvaguarda esta última que estimo también invocable, no obstante figurar entre los beneficios de la Seguridad Social del 3º apartado del art. 14 bis de la Constitución Nacional porque representa una garantía propia del orden público constitucional argentino...la posibilidad de asumir en forma responsable la constitución de una familia, depende de tener asegurado una fuente de recursos que permita no sólo la subsistencia sino la consolidación del grupo familiar...el derecho a trabajar y el del matrimonio están ligados en forma sustancial a la naturaleza humana, de tal manera que el ejercicio de uno no puede perjudicar al otro...el matrimonio y la familia constituyen instituciones básicas de la sociedad que los constituyentes de 1853 tuvieron en vista a los efectos de la organización política de la Nación. Tanto que posteriormente las instituciones pertinentes de la ley de matrimonio civil y del Código Civil han sido legisladas al nivel del orden público más riguroso, o sea que se ha entendido en todo tiempo que la defensa y el progreso de esas instituciones traducen una exigencia del bien común".

"...La circunstancia que el art. 180 figure dentro de la normativa destinada especialmente al trabajo de la mujer, no es decisiva para restringir el alcance del beneficio porque, como antes se ha visto, la ratio iuris de la misma indica lo contrario en función de lo dispuesto por la voluntad legislativa en armonía con el ordenamiento jurídico tradicional del país".

Ahora bien, encontrándose el trabajador varón protegido contra el despido por causa de matrimonio, no se entiende claramente cual es el motivo de excluirlo de la



presunción legal, ya que no advierto una causa objetiva que habilite la discriminación entre la esposa y el esposo, frente a una situación que los afecta por igual a los dos. La pérdida del empleo remunerado produce daños tanto a la mujer como al varón, en tanto la frustración del proyecto de vida es similar y más aún cuando el despido reconoce su motivación en el ejercicio de un derecho, como es el de contraer matrimonio.

La inexistencia, entonces, de esa causa objetiva y de una diferenciación en la situación de la mujer y el hombre frente al despido, me hace concluir en que excluir al trabajador varón de la presunción determinada en el art. 181 de la LCT importa una discriminación en razón del sexo de las personas prohibida por el art. 16 de la Constitución Nacional, art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 17 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 23 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 10, inc. 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; tratados internacionales, estos últimos, a los cuales corresponde adecuar no sólo la legislación interna sino también su interpretación, tal como lo viene reiterando la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por otra parte, hacer extensiva la protección al varón y luego pedirle una prueba cuasi diabólica, como es la demostración que el verdadero motivo del despido es el matrimonio, importa tanto como anular, en la práctica, aquella tutela especial.

Por lo hasta aquí expuesto, considero que respecto del trabajador varón también resulta operativa la presunción legal, estando siempre a cargo del empleador la destrucción de aquella.

En autos, el despido se ha producido el mes siguiente al que el trabajador contrajo matrimonio,



encontrándose anoticiado el empleador de tal circunstancia desde el momento que le abonó la "licencia por casamiento" (recibo de haberes de fs. 163) y, sin invocación de causa, por lo que la presunción del art. 181 de la LCT opera plenamente (cfr. CNAT, Sala VII, 19/2/1993, "Salvas c/ Lever y Asociados S.A.", DT 1993-B, pág. 1111).

La justificación esgrimida por la demandada en orden a que cuando el demandante formó pareja le otorgó una vivienda individual y continuó con la relación laboral, no resulta suficiente para hacer caer la presunción juris tantum, ya que ella se refiere a hechos anteriores al momento del distracto. Jurisprudencialmente se ha determinado que la aplicación del art. 181 de la LCT no queda obstaculizada por la circunstancia de que con la celebración de las nupcias se haya regularizado un concubinato mantenido por el trabajador o que el origen de su grupo familiar estuviera en dicha relación, pues en modo alguno la norma formula excepción o condicionamiento para ello ni se infiere de su contenido (cfr. SCJBA, 16/2/2000, "Montero c/ Reginald Lee S.A.", DT 2001-A, pág. 124). Y en cuanto a la supuesta inexistencia de contratos que habilitaran la continuidad de la contratación del trabajador, en todo caso ello debió ser comunicado expresamente como causal de la resolución del vínculo laboral, además de no encontrarse probado.

Resulta procedente, entonces, la indemnización agravada del art. 182 de la LCT, la que asciende a la suma de \$...

IV.- Respecto de la multa del art. 2 de la Ley 25.323, y si bien a fs. 230 obra nota de intimación no desconocida por la demandada, he de tener en cuenta que no resultaba claramente procedente el reclamo formulado por el demandante, en atención a las distintas opiniones y antecedentes jurisprudenciales, por lo que la demandada pudo



creerse con razonable derecho a oponerse a la pretensión del trabajador.

Consecuentemente, en uso de la facultad otorgada por la norma en cuestión al magistrado, entiendo que corresponde eximir a la accionada del pago de este recargo indemnizatorio.

La queja referida a la tasa de interés determinada por la a quo no ha de tener acogida favorable, ya que ella respeta el precedente "Alocilla" del Tribunal Superior de Justicia local, al que el apelante pretende que se adecue.

V.- Resta por analizar el agravio referido a la imposición de las costas procesales.

No obstante el resultado de la apelación, reiterando lo ya señalado en el apartado anterior en orden a la complejidad de la cuestión referida a la determinación de la remuneración y la operatividad de la presunción del art. 181 de la LCT en el supuesto del trabajador varón, dadas las posiciones encontradas, ha de confirmarse lo resuelto en primera instancia.

En cuanto a la apelación arancelaria, teniendo en cuenta que la modificación del capital de condena importa, también, la adecuación de las regulaciones de honorarios, su tratamiento ha devenido abstracto.

VI.- En mérito a lo antedicho propongo al Acuerdo modificar parcialmente el resolutorio apelado y elevar el capital de condena, el que se fija en la suma de \$...., confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Dada la variación del capital de condena se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios de la instancia de grado, las que han de determinarse oportunamente, una vez establecida la nueva base regulatoria inclusiva de capital e intereses.

Las costas de la presente instancia, por los motivos ya explicitados en el Considerando V, se imponen en el



orden causado (art. 68, CPCyC), difiriendo la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con elementos a la tal fin.

El Dr. **Federico GIGENA BASOMBRIO** dijo:

Adhiero al voto que antecede en lo que refiere en los considerandos II y IV, discrepando en relación a la procedencia de la indemnización agravada del artículo 182 de la ley de contrato de trabajo.

Ello por cuanto, y como se señala en el voto que antecede, tengo una postura contraria a la de mi colega y no encuentro razones suficientes como para dejar de lado dicha posición.

Al respecto y en la causa citada sostuve:

Disiento con la solución a la que arriba el voto que me precede y aunque habré de sostener la confirmación de la sentencia de primera instancia conviene precisar mi opinión respecto de la procedencia de la indemnización agravada prevista en el art. 182 de la L.C.T. para el trabajador varón, desde que no comparto las conclusiones de la mayoría en el plenario de la CNAT N° 272.

El citado fallo contiene, en definitiva, la base de los fundamentos del señor juez a-quo para el rechazo de la demanda, tanto como para el progreso de la acción, en la opinión de mi distinguida colega de Sala, difiriendo ambos únicamente con relación a la evaluación del plexo probatorio en orden a la acreditación de la verdadera causal del despido.

En la especie se ha tenido en cuenta numerosa jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones de la justicia nacional y algún que otro fallo de esta Cámara de Apelaciones, aunque con otra composición, fallos en los que se alude a la procedencia para el varón de la indemnización en caso de despido con motivo del matrimonio del trabajador.

Al respecto existe sentencia de la Sala I de esta Cámara, en anterior composición, con voto del Dr. García en



los autos caratulados: **"ALMENDRA ROBERTO FABIAN C/ RENT MOVIL S.A. S/ DESPIDO"** (Expte. N° 449 -CA-98), donde se sostuvo que existen cuanto menos dos posturas antitéticas, sustentadas respectivamente por la SCBA y por la CNAT, y sopesando los argumentos vertidos en ambos sentidos se juzgó más atinado el criterio sustentado por el plenario de la CNAT. Ello por cuanto -se afirma- "la protección reforzada del matrimonio se basa en el dato empírico de que los empleadores -dentro del pragmatismo que suele regir el manejo empresario- suelen discriminar contra la mujer que contrae matrimonio, por cuanto el embarazo y las responsabilidades propias de la maternidad y la atención del hogar pueden derivar en licencias pagas prolongadas y merma en el rendimiento laboral. Ello no ocurre en igual medida en relación con los trabajadores de sexo masculino, quienes generalmente no son afectados por el hecho de formar una familia, sino en sentido positivo, en cuanto les refuerza el sentido de responsabilidad, ordena sus hábitos de vida y, en consecuencia, mejora el desempeño en el trabajo".

Se concluye, entonces, en que: "Es por ello que los arts. 181 y 182 están insertos dentro del capítulo referido a la protección del trabajo femenino, y aún admitiendo la aplicación extensiva al varón de la garantía referida al matrimonio, no hay razón para presumir que todo despido ocurrido dentro de los lapsos legales responde a dicha causa".

Como se ve, las opiniones se inclinan mayoritariamente en extender el derecho de protección también al varón, sin embargo he de dejar a salvo mi criterio por la negativa y, en ese sentido, existen razones para apartarme del razonamiento que venimos comentando.

Así, los argumentos en cuanto a que el empleador puede sentirse motivado para despedir a la mujer que se casa, en tanto el matrimonio del trabajador varón no le produce la misma inquietud, que parece esbozarse en el voto de la Sala I



referido más arriba, es justamente la razón por la cual, en mi opinión, el legislador en el origen de la ley 20.744 había incluido el instituto en el título VII "Trabajo de mujeres" y la situación del varón quedaba claramente reducida a lo dispuesto en el art. 299 que rezaba: "Lo dispuesto en el art. 198 de esta ley podrá extenderse excepcionalmente al caso del trabajador despedido, de acuerdo a las circunstancias de cada caso apreciado con carácter restrictivo".

Pese a la polémica suscitada por los alcances del instituto, con la sanción de la ley 21.297 que suprimió lisa y llanamente el art. 299, la intención del legislador ya no dejó dudas, en tanto se **excluyó al trabajador varón de la protección contra el despido por causa de matrimonio, pues dependía enteramente de dicho postulado.**

No se puede sortear que donde el legislador indica "restringir" se pueda leer "ampliar", así la sanción de la ley 22.248 para los trabajadores rurales muestra a las claras que se requiere de una actividad legisferante, si lo que se intenta es la solución expresada por la mayoría (es por otra parte la posición receptada por la minoría de la CNAT en el plenario N° 272, en el voto del Dr. Guibourg).

También el Dr. Vásquez Vialard en el voto fundante negativo al tema que se planteara en el plenario de la CNAT N° 272 sostiene que: "las razones de orden social que juegan en el caso del matrimonio de la trabajadora mujer (una ampliación de su responsabilidad familiar y la posibilidad de que en un período determinado deba faltar con motivo de su embarazo y maternidad, lo que resiente su prestación laboral), han hecho que el legislador haya considerado oportuno sancionar con mayor energía su despido por esa causal."

Para concluir que: "En el caso del hombre, esa situación no se compadece con nuestra realidad social, ya que el despido del varón por matrimonio no es presumible por ser



inhabitual e improbable" (véase, su voto en los autos: "Drewes c. Coselec", en DT, 1990, A-903).

Concuero entonces con el distinguido jurista en que: "aunque el empleado varón acredite que el despido obedeció a causa de matrimonio" no tiene derecho a reclamar una indemnización superior a la que establece el art.245 de la L.C.T. por no existir norma que disponga lo contrario".

En cuanto a las costas del proceso entiendo que debe ser confirmado lo dispuesto en la Primera Instancia atento el progreso parcial de la demanda y el rechazo del rubro principal en cuanto a su cuantía económica.

Con relación a la apelación arancelaria, la misma deviene abstracta en función de la modificación del monto de condena que se propone.

Por lo expuesto propongo se confirme la sentencia apelada en lo principal, elevándose el monto de condena a la suma total de \$18.674,40, con más sus intereses en la forma dispuesta en la sentencia. Costas de Alzada en el orden causado atento la forma en que se resuelve. Los honorarios serán dejados sin efecto, procediéndose a una nueva determinación en base a las pautas arancelarias y el nuevo monto de condena. Los de Alzada se determinarán de conformidad con lo previsto por el artículo 15 de la ley 1.594.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. **Marcelo MEDORI**, quien manifiesta:

I.- Que habré de adherir al voto de la Dra. Patricia Clérici respecto a la procedencia de la indemnización que prevé el art. 182 de la Ley de Contrato de Trabajo y la aplicación de la presunción establecida en el art. 181 de la citada ley que fuera expresamente denunciada por el actor en forma extrajudicial y al postular su reclamo (fs. 230 y 2/8) y por la que cabe presumir que su despido fue por causa del matrimonio celebrado el 24 de noviembre de 2007 (fs. 8),



mientras la parte accionada no invoca causal en su misiva de distracto del 14 de diciembre de ese año (fs. 229) ni tampoco acredita la invocada en su responde a pesar de haberlo postulado (fs. 20, 3er. párr.).

II.- Que frente al análisis que impone la cuestión traída a entendimiento, el Procurador General del Trabajo en el plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en la causa "Drewes, Luis A. c. Coselec S.A. (23/03/1990 Publicado en LA LEY 1990-C, 466 - DT 1990-A, 893 - IMP 1990-B, 2202, reseña - DJ 1990-1, 913), se expide favorablemente a la aplicación de ambas normas que he citado frente al supuesto del despido posterior al matrimonio del trabajador varón, respecto a la evolución y déficit legislativo en la materia, consideraciones a las que adhiero en tanto describen:

"Ciertamente, el desacierto metodológico del legislador ha dado pie a que se considerara este tópico como exclusivamente referido a la protección del trabajo de las mujeres, cuando de una adecuada exégesis del régimen legal no debiera extraerse una conclusión que sólo deriva de la estructuración formal del dispositivo normativo y, además, consagraría una manifiesta inequidad en relación a la tutela de los derechos de los trabajadores, en especial cuando la ley positiva excluye toda discriminación en base al sexo.

"En esa inteligencia, débese recordar que la ley 12.383 -en su art. 1º- receptó de manera amplia la vigencia de la protección del trabajador que contraía matrimonio sin formular distinción acerca del sexo, norma que fue reemplazada cuando, con la vigencia de la ley 20.744, se la estableciera en el art. 196 con idénticos alcances, ya que allí se alude a una nulidad de todo acto o contrato o reglamentación interna que establezca el despido por causa de matrimonio para su personal, lo que evidencia que aunque se lo incluyera en el título de "Trabajo de mujeres" el ámbito de comprensión del precepto es mayor porque no existía ninguna razón para limitar



una protección legal impuesta con toda amplitud en 1938, avalando esta conclusión lo dispuesto en el art. 299 en cuanto a la extensión del art. 198 al trabajador despedido, con ciertas limitaciones pero, obviamente, presuponiendo su aplicación a todo el personal sin diferenciación entre mujeres y varones.

"La reforma introducida por la ley 21.297 al régimen de contrato de trabajo suprimió el art. 299 por lo que a esa innovación puede atribuírsele efectos dispares según sea la interpretación que se le quiera otorgar a la derogación. Por un lado, entender que con ello ha quedado ratificado que el cap. III sólo rige para el trabajo de mujeres o, por el contrario, teniendo en cuenta el mensaje que precede al dictado de la ley 21.297 en cuanto que a través de sus modificaciones no se intenta excluir el principio protectorio del derecho laboral ni cercenar ningún derecho al trabajador, como es el de formar una familia, institución esta última que goza de una protección integral con base constitucional según el art. 14 nuevo, concluyendo que se otorga a todo trabajador, sea mujer o varón, una protección de las mismas características (SC Buenos Aires, mayo 12-987, "Molina, Gustavo F. c. Algodonera Llavallol, S. A." (L.37.510) en T. y S. S., año 1987, p. 598).

"Como un dato esclarecedor a la orientación en la que se inclina la legislación, débese resaltar lo dispuesto por la ley 22.248 que con lineamientos semejantes en cuanto a la protección del matrimonio de los trabajadores ubicó el tópico fuera del capítulo "Trabajo de mujeres" para implementar medidas tendientes a conjurar despidos por esa causa (Martínez Vivot, Julio J., "El trabajador varón y el despido por causa de matrimonio" en T. y S. S., año 1982, p. 667).

"En virtud de lo expuesto, debe darse una respuesta afirmativa al interrogante porque de otro modo se produciría una discriminación por el sexo que no tiene razón de ser si la



protección que quiere otorgar la ley está dirigida a la situación de los trabajadores que al inaugurar un cambio en su sistema de vida -que habitualmente genera mayor responsabilidad económica- puedan ver comprometida su estabilidad por un despido incausado.

"En consecuencia y como ya se lo expresara en la introducción, estímase que de ser mayoritaria la tesis afirmativa debiera entenderse que todo el cap. III del tít. VII resulta aplicable al trabajador varón porque a través de esa solución se confiere "una protección integral a la familia" consagrada por la Constitución Nacional (Martínez Vivot, Julio J., "Destinatario de la protección legal en los casos de despido por causa de matrimonio", T. y S. S., año 1987, p. 598) y por lo tanto, adoptarse como doctrina legal esa solución extendiendo así el marco del interrogante originario".

Que diversas y antagónicas voces resultan del citado plenario, favorables como la de los Dres. Fernández Madrid, Perugini, Capón Filas, Morando, González, Vaccari, Billoch, Pigretti, Lescano, Morell, Morasso, Rodríguez, Cascelli, Boutigue, Moreno, Pacilio, Vilela, Arcal- como en contrario - Vazquez Vialard, Guibourg, Lasarte- algunas citadas por los vocales preopinantes y a las que me remito por razones de brevedad, no sólo respecto a la procedencia de la indemnización sino también ante la carga probatoria frente a la causal del distracto por casamiento del trabajador varón, no obstante destacar que como bien cuestiona el Procurador General, sólo se obtuvo pronunciamiento a favor de la primera, mas no se expidió sobre la segunda, presuponiendo ello el requisito de acreditar la actividad discriminatoria del empleador.

III.- Que aún cuando la controversia suscitada está relacionada con el déficit legislativo desde que el capítulo III de la Ley de Contrato de Trabajo sobre la protección



contra el despido por causa de matrimonio, se encuentra dentro del Título VII, denominado "Trabajo de mujeres" y que la última reforma a la ley suprime el art. 299, lo cierto es que la genérica previsión del art. 180 cuando alude a "personal", sin distinguir entre mujeres y varones habilita la interpretación amplia y coherente con la manda constitucional y restante legislación vigente, interna e internacional, que obsta y condena a asumir una conducta discriminatoria entre mujeres y hombres.

Que en el sentido expuesto, considero liminar que la previsión del art. 14 bis en su amplia tutela al trabajador y comprensiva del derecho a constituir una familia protege aquel vínculo que la presupone en sus fines, como es el matrimonial, y en tal sentido los arts. 180 a 182 de la Ley de Contrato de Trabajo constituyen un bloque protectorio para los trabajadores que deciden contraer matrimonio, no infiriéndose distinción entre las personas que lo celebran en cuanto a las consecuencias que pueden derivarse luego de ello en la relación laboral, fulminando de nulidad y sin valor el citado art. 180 a toda convención o reglamento que prevea el distracto por dicha causal, y particularmente en el supuesto de que el empleador lo decida por ese motivo, previendo el art. 182 de la LCT el pago de una indemnización agravada a cargo del empleador.

Que en este punto resulta orientador y despeja la interpretación, el método utilizado en otra norma que contempla el tema en estudio, en el caso el texto de la Ley 22.248, que estableció el Régimen Nacional de Trabajo Agrario en la que el supuesto del despido por causal de matrimonio no se incluyó en el capítulo V referido al trabajo de mujeres, sino en otro capítulo, el VI, denominado "Prohibición del despido por causa por matrimonio" de las disposiciones generales".



Que el art. 119 prevé que "será nula toda prevención que establezca el despido del trabajador permanente por causa de matrimonio" y el art. 120 que "Se presumirá que el despido obedece a la causal mencionada cuando no se probare la que se invocare, si el mismo tuviere lugar dentro de los tres meses anteriores o seis meses posteriores al matrimonio y su celebración, con indicación de fecha, se hubiere notificado fehacientemente al empleador".

A su vez entre los fundamentos que abonan la interpretación jurisprudencial mayoritaria está el principio de la no discriminación, esto es, que los varones y mujeres deben ser tratados de idéntica manera, porque lo que está en juego en estos casos es la institución familiar y si un varón es despedido por causa de matrimonio o dentro de la cobertura de la presunción que establece el artículo 181 de la Ley de Contrato de Trabajo, merece igual respuesta jurídica que la mujer en idéntica situación.

Que el fundamento por el que, independientemente del sexo, en el supuesto que nos ocupa, tanto el hombre como la mujer merecen semejante respuesta jurídica ante idéntica situación, se asienta en el principio de no discriminación, ello en coincidencia con las previsiones contenidas en el art. 2º de la Declaración universal de derechos humanos, art. 2º del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, el art. 3º del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, el art. 1º de la Carta de la Organización de Estados Americanos, y art. II, 2 de la Carta Latinoamericana de los derechos y libertades de los trabajadores y los pueblos, el art. 1º del Pacto de San José de Costa Rica sobre derechos humanos, que receptado por ley 23504 prevé la protección integral de la familia (art. 17) y el derecho a igual protección de la ley (art. 24), y la expresa tutela establecida en la Ley 23.592 de Penalización de



Actos Discriminatorios frente a aquellos motivados por razones de sexo.

Que en punto a lo expuesto, aquel argumento que justificaba la distinción para favorecer a la mujer que contraía matrimonio, presumiendo que el empleador vería afectado su nivel de actividad frente a futuras responsabilidades familiares, en particular la maternidad, carece de un correlato actual, desde que la asistencia a los hijos y las tareas domésticas son compartidas por los cónyuges, ello como consecuencia de sucesivos cambios de los roles que se comprueban en tales vínculos, resultado de la adecuación o adaptación a la vigente dinámica social y económica en que se desarrollan.

En tal sentido el Dr. Juan C. Fernandez Madrid destaca en parte de sus fundamentos desarrollados en la causa "Drenes" que "... Además, esta línea de pensamiento es coherente con la afirmación del principio de no discriminación, por razón de sexo, que lo encontramos consagrado en los arts. 17 y 81 de la ley de contrato de trabajo y la ley 23.592 por lo que resultaría vulnerado también este principio si pudiera despedirse al hombre por matrimonio sin reconocerle los derechos indemnizatorios del art. 182, a los que en cambio tendría derecho la mujer".

Que por otra parte, con semejantes alcances que la previsión del art. 182, razones de sexo del dependiente contrayente no habilitan a excluir de la regulación contenida en el art. 181 de la LCT, todos aquellos supuestos en que el despido acontece entre los tres meses anteriores y los seis posteriores a la celebración del matrimonio notificado, presumiéndose que aquél fue el motivo cuando el empleador no señalara causa o no se acreditara la invocada.

Resulta relevante que se trata de una presunción "iuris tantum", es decir que puede ser enervada por el empleador y, como acontece para cualquier otro supuesto de



distracto, cuenta con la posibilidad de acreditar que el despido fue por una justa causa distinta al matrimonio.

Que el Dr. Juan C. E. Morando -al adherir al voto del Dr. Fernandez Madrid en el fallo "Drewe" - explica a su respecto:

"Si se considera conveniente proteger especialmente a trabajadores que hayan contraído matrimonio o estén próximos a hacerlo, debe ser porque el legislador considera que ciertos empleadores podrían despedirlos por esa causa. Como debe ser excluido, por intrínsecamente absurdo, que esos empleadores lleguen a actuar de tal manera para atacar la institución matrimonial, es razonable pensar que su motivación es la sospecha de que la asunción de responsabilidades familiares podría afectar la capacidad productiva de los sujetos. Sin evadirse del contexto de libertad de despido que consagra la ley, se ha dibujado una isla, cuyos habitantes, en caso de ser despedidos, tendrán derecho a percibir una indemnización diferencial. Me pregunto si no se da una situación análoga cuando un trabajador deja de resultar atractivo como productor por otras causas -envejecimiento, enfermedad, disminución de las aptitudes tenidas en cuenta al contratar-, hipótesis en las que debe contentarse con las indemnizaciones comunes. Producto sin duda, de ciertas improntas que caracterizan la conducta social de los argentinos, vemos como, a partir de una situación circunstancial, asumida como desafío por quien fue un agudo político y un reformador social, nuestra ley laboral ha elevado a la categoría de elemento estructural diferenciado, diseñándole una normativa específica, a lo que no pasa de ser uno de los supuestos incluibles en la generalidad de los casos aprehendidos por la protección contra el despido arbitrario constitucionalmente prevista."

Que en el sentido expuesto la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se ha pronunciado por la aplicación de la presunción también en el caso de los



trabajadores varones (SCBA, 12/05/87, "Molina, Gustavo c/ Algodonera Lavallol S.A." y SCBA, 26/02/91, "Servidio, Hugo c/ Cargill S.A.).

IV.- Que finalmente la Ley 26.618 al sustituir el art. 172 del C.Civil ha modificado el régimen del matrimonio habilitando la celebración entre personas del mismo sexo, trascendiendo el ámbito de la familia con alcances en la regulación del contrato de trabajo, en particular cuando su art. 42 contempla que "Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico, se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo como al constituido por dos personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos personas de distinto sexo".

Que en la materia analizada ciertamente adquiere relevancia esta modificación porque, a su respecto, la posición amplia que se postula resultaría neutra, en tanto no excluiría a ninguno de los cónyuges del derecho a gozar de la indemnización del art. 182 ni limitaría la aplicación de la presunción del art. 181 de la LCT.

Que sin embargo, en la hipótesis de adoptar la postura restrictiva, tratándose de un matrimonio celebrado entre hombres, ninguno de los dos accedería a la tutela, mientras que en el integrado por dos mujeres, a ambas la ley les otorga la protección, evidenciándose un tratamiento desigual y efectos discriminatorios.



Que, entonces, con la regulación citada se confirma la corrección de la interpretación amplia postulada aquí en tanto también queda desvirtuado el fundamento sustentado en la realidad social y familiar por el que se tutelaba con mayor intensidad a la mujer despedida por causa de matrimonio, entendiéndose que ello era inhabitual o improbable, y no presumible, respecto del varón.

Por lo expuesto, **POR MAYORIA**

SE RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia de fojas 252/259 en lo principal, elevando el monto de condena, a la suma de pesos (\$...).

2.- Imponer las costas de esta instancia en el orden causado (art. 68, CPCyC).

3.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia recurrida las que se efectuarán en la instancia de grado, una vez practicada la planilla de liquidación del capital con mas los intereses devengados.

4.- Diferir los honorarios correspondientes a esta Alzada, hasta tanto se cuente con pautas para ello (art. 15, LA).

5.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRÍO - Dra. Patricia M. CLERICI - Dr. Marcelo J. MEDORI

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA

REGISTRADO AL N° 42 - T° I - F° 195 / 208

Protocolo de **SENTENCIAS -S A L A I-** Año 2012