

### **LA MUJER OBJETO Y EL DESPIDO DISCRIMINATORIO**

*El rechazo de una empleada a usar ropa ajustada y menor al tamaño correspondiente llevó a analizar nuevamente el despido discriminatorio*

Nuestro número anterior estuvo dedicado al final abrupto de los contratos de empleo por razones de discriminación; esto es, cuando la conducta del empleado “no calza” con los criterios u opiniones del empleador sobre cuestiones no vinculadas específicamente con el empleo<sup>1</sup>.

El de hoy es un caso similar, pero los hechos fueron más contundentes y claros acerca de la disparidad de criterios entre empleado y empleador.

Valeria parece haber sido (y seguramente sigue siéndolo) una mujer muy agraciada. Trabajaba en una estación de servicio en la provincia de Mendoza. Su jefe le exigió que, para trabajar, usara calzas (leggings o leotards) de una medida inferior a la correspondiente a su talla. No es difícil imaginarse las razones... ¡y las consecuencias! Muchos clientes de la estación de servicio le dijeron obscenidades y no faltó quien le arrojara algún objeto desde su auto.

Valeria se negó a usar las calzas, pero sus razones no “calzaron” con los argumentos de su jefe. Como la situación se fue complicando (llegó a ser suspendida por negarse a

usar “su uniforme femenino” y usar en su lugar el de los empleados masculinos), terminó dándose por despedida.

Valeria hizo juicio contra la empresa. En primera instancia, la justicia le dio *parcialmente* la razón: reconoció que se le adeudaba la indemnización por despido, la falta de preaviso y algunas diferencias salariales, pero rechazó que el despido hubiera sido discriminatorio y que le hubiera provocado daño moral.

Valeria apeló. La Cámara confirmó la sentencia. Descontenta, recurrió entonces ante la Suprema Corte provincial. (Ésta está dividida en varias salas de tres jueces cada una, por lo que la suerte del reclamo de Valeria requería dos votos sobre tres). La sala pidió opinión al Procurador General, que aconsejó rechazar el recurso de Valeria. El tribunal mendocino, sin embargo, decidió analizar la cuestión<sup>2</sup>.

La Corte resumió así el caso: Valeria demandó por haber sido despedida sin causa y por razones de discriminación; su empleador argumentó que ella había abandonado su trabajo, pero no logró probarlo. Y si bien

<sup>1</sup> “Amor y despido”, *Dos Minutos de Doctrina*, XVIII:959, 18 junio 2021

<sup>2</sup> In re “VFM c. Asfalia SA”, SCJ Mendoza (2ª.); CUIJ 13-03586356-1/1 (010405-152510); 7 mayo 2021

el despido fue injustificado, Valeria no logró probar la discriminación.

En su análisis, la Corte tuvo por probado que la empleadora de Valeria la obligó a utilizar como parte de su uniforme de trabajo unas calzas que no eran de su medida, que ella verbalmente solicitó en reiteradas oportunidades otras de su talle y también que en su lugar se le entregara un pantalón de corte de mujer acorde, lo que “descadenó [...] sanciones por negarse a usar el uniforme para finalmente ser despedida [...] por abandono de trabajo”.

La Corte provincial entendió que “la única cuestión a resolver era si resultaba procedente o no la indemnización prevista en la ley anti-discriminación”.

Para decidir, tuvo en cuenta algunas decisiones de la Corte Suprema federal, en la que ésta dijo que el propósito de la ley que castiga la discriminación es el de “conjurar un particular modo de menoscabo del pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional: el acto discriminatorio” contra los trabajadores, a quienes ésta otorga “preferente tutela”.

En los precedentes citados por la corte provincial, la Corte Suprema federal dijo que “las decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de: raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares” son “infracciones muy graves”.

Por eso, consideró apropiado que la ley las castigue con “las multas más elevadas” y “en caso de reincidencia, pueda ser clausurado el establecimiento y quedar el empleador inhabilitado para acceder a licitaciones públicas y suspendido de los registros

de proveedores o aseguradores de los estados nacional y provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

El tribunal mendocino reconoció que si bien “la Constitución Nacional es individualista en el sentido de reconocer a la persona *derechos anteriores al Estado*, de los que éste no puede privarla” no lo es “en el sentido de que la voluntad individual y la libre contratación no puedan ser sometidas a las exigencias de leyes reglamentarias”.

En otras palabras, algo más simples: existe la libertad de contratar, pero las leyes pueden establecer ciertos límites a esa libertad. Eso es así “ni bien se repare en que el vínculo laboral supone, regularmente, una desigualdad entre las partes, en desfavor del trabajador”.

Establecido ese punto, el tribunal avanzó un paso más: el tema de la prueba en el caso de que alguien acuse un despido discriminatorio. Se volvió a apoyar en fallos de la Corte federal, para decir que “si bien el sujeto pasivo de un acto de discriminación injusta y despido sin causa *debe probar el acto injurioso*, el empleador tiene a su cargo demostrar que el despido *no entrañó como causa dicha discriminación*, ya que se encuentra en mejor condición para aportar pruebas”.

El tribunal mendocino adoptó el criterio de la Suprema Corte nacional que considera suficiente, para quien dice haber sufrido discriminación, demostrar hechos que resulten idóneos para inducir la existencia de aquella. En ese caso “corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación”.

Evaluar ambas cosas corresponderá a los jueces, “de conformidad con las reglas de la

sana crítica”. Ese principio no supone liberar a quien dice haber sufrido discriminación de la carga de probar el hecho ocurrido: “pesa sobre él la carga de *acreditar los hechos de los que verosíblemente se siga la configuración del motivo debatido*”. Y al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el argumento de la supuesta discriminación.

La corte mendocina también citó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando ésta, en otro precedente, estableció que en la medida que nuestro régimen constitucional y laboral permite el despido sin causa, el empleador puede rescindir el vínculo laboral sin justificación alguna. *Pero para evitar las consecuencias que la ley impone en los casos de despidos discriminatorios, el empleador debe acreditar que el trato dispensado al trabajador en cuestión no obedeció a un motivo discriminatorio reprochado*.

Para conseguirlo, bastará que demuestre que la ruptura del contrato laboral se produjo por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere: *“la única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos”*.

Al aplicar tales precedentes, la corte mendocina dijo que, en este caso, “estaba en presencia de un despido susceptible de ser calificado como discriminatorio” (a pesar de que en la instancia anterior se había establecido que Valeria no había logrado probarlo).

El tribunal tenía “vedado ingresar en el análisis de la injuria, efectuado por el tribunal inferior, por haber llegado firme a esa instancia”, pero sí podía expedirse “sobre la alegada discriminación sufrida por [Valeria]”.

Los jueces mendocinos recordaron que Valeria había sostenido que su empleadora la había obligado “a usar como parte del uniforme unas calzas, [lo que] le provocó secuelas emocionales sobre su propia autoestima”.

El tribunal dijo que no estaba en discusión “un conflicto entre la actora y su empleadora en torno al uso del uniforme reglamentario de la empresa. El motivo de disputa pasaba por el hecho de que a [Valeria] se la obligó a usar calzas en contra de su sentido del pudor y debía soportar frases inapropiadas de los transeúntes varones”.

Para los jueces, “esa circunstancia había quedado acreditada [...] sin que la empresa demandada hubiera desvirtuado tal circunstancia [...] mediante prueba en contrario”.

Eso quedó demostrado por las quejas de Valeria ante las sanciones recibidas por negarse al uso del uniforme: “la sanción” –dijo– “atenta contra mi dignidad de trabajador, dado que, como lo he manifestado en reiterados reclamos formulados al encargado Sergio Ciani, la administrativa Viviana Sánchez, y Ariadna López Anaya, la indumentaria de labor femenina que pretende asignárseme –pantalones tipo calzas– está reñida con mi sentido personal del pudor. Se me castiga por mantenerme fiel a ello pese a haber manifestado mi voluntad en contrario”.

Para Valeria, la posición de la empresa “encuadraba en un supuesto de discriminación por sexo, dado que para la realización del mismo tipo de labores que el personal masculino se me exige la exhibición de mi humanidad”.

Agregó que el pedido de uso de otro tipo de uniforme respondía también a cuestiones de seguridad y conveniencia, que había expuesto a sus superiores: “manejo dinero

que me es dado en pago y al carecer las calzas de bolsillos, no tengo dónde guardarlo ni cómo ejercer cómodamente su custodia por la que debo rendir cuentas”.

La empresa había respondido a esas quejas diciendo que “el uniforme que usted se niega a utilizar se ciñe a las exigencias de la empresa en cuanto a la indumentaria que debe utilizar el personal que se desempeña en las estaciones de su marca”. Además, agregó la demandada, “nuestra exigencia se encuentra dentro de las facultades que nos confiere la ley atinentes a las facultades de organización y dirección de la empresa. [Además], Ud. viene utilizando el uniforme femenino que provee la empresa desde el inicio de la relación laboral y de manera alguna puede Ud. aducir que existe discriminación de ningún tipo”.

Los jueces señalaron la falta de respuesta concreta de la empresa a esas notas de su empleada y su falta de impugnación a las conclusiones de la pericia psicológica hecha sobre Valeria que demostró que presentaba “secuelas desde lo psicoemocional, al mostrar síntomas de angustia subyacente, ansiedad y malestar frente a situaciones semejantes, a partir de lo cual su autoestima se vio disminuida, al haber quedado sensibilizada al vivenciar situaciones similares a los hechos sufridos”.

Según la Corte mendocina, Asfalia SA “no logró desvirtuar mediante prueba en contrario que, en definitiva, [Valeria] fue obligada a usar como parte de su uniforme unas calzas que ponían en evidencia sus formas físicas” que resultaban “violatorias al pudor”, “haciéndola sentir incómoda desde que debía soportar las frases de corte inapropiado proferidas por los varones que transitaban por el lugar, llegando al extremo de arrojarle un objeto desde un auto”.

Para la Corte, lo sufrido por Valeria constituyó un menoscabo a su condición de mujer. Entonces hizo jugar las disposiciones de la “Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”, de 2009. (¿No había otro nombre más corto? En algunos países a las leyes se las “bautiza” para referirse a ellas más fácilmente).

Esa ley está “orientada a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres [...] promueve y garantiza la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida, el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia, las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos, como también, la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”. Para hacerlo, “garantiza a las mujeres [...] amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos”.

Esa base legal permitió a la Corte, al evaluar el testimonio de Valeria, atender “no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas” para “lograr desterrar las prácticas nocivas derivadas de la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, que tanto daño ha causado por los usos y costumbres de los operadores judiciales” tomando en cuenta “la vulnerabilidad porque [...] la igualdad, como criterio formal de realización de la justicia es hoy un criterio insuficiente porque no permite

matizar ni colocarse ‘en los zapatos’ de la persona cuya posición en la sociedad y en la vida resulta fragilizada por circunstancias diversas”.

Por esas consideraciones y la consecuente “plasticidad” probatoria, la Corte mendocina decidió tener por demostrado el daño moral sufrido por Valeria como consecuencia de la discriminación sufrida y otorgarle “un resarcimiento económico extracontractual adicional”, es decir, agregar la indemnización por daño moral del derecho común a la indemnización laboral correspondiente.

El monto de la indemnización por daño moral (“librado al prudente arbitrio del juzgador” y que “no requiere prueba directa, sino que se infiere presuncionalmente [sic] del acontecimiento vivido –en el caso, el despido discriminatorio– de por sí negativo para cualquier persona”) se estableció, según los jueces, “ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que puedan procurar las sumas reconocidas”.

En el caso, se consideró “el valor de algún bien que ponga de manifiesto las preferencias y gustos del trabajador o alguna constancia que permitan evaluar el ‘precio del consuelo’; es decir, encontrar una satisfacción sustitutiva que pudiera acercarse con el mayor grado de certeza posible a una justa compensación que procure resarcir en alguna medida el daño moral que el hecho le ha producido”.

Como, según la Corte “no existía prueba concreta para determinar el ‘precio del consuelo de la trabajadora’, es decir, algún elemento que permitiera determinar específicamente qué bien o actividad resultaría gratificante para la actora, de manera de poder contar con pautas más específicas a la hora de cuantificar el daño”, se consideró razonable fijarlo “en razón de las circunstancias discriminatorias que rodearon el despido y

que afectaron la dignidad de la trabajadora, su estado de salud y la angustia e incertidumbre que produce la pérdida de un trabajo”.

Aunque hubo unanimidad de los tres jueces de la sala, algunos señalaron algunos detalles.

Uno de ellos resaltó que Valeria no pudo demostrar el despido discriminatorio y que la empresa tampoco logró probar el abandono de trabajo. Pero “si bien la causa que motivó el despido no fue concretamente la actitud discriminatoria de la empleadora no es menos cierto que la supuesta causa invocada de abandono de trabajo solapó una serie de actitudes que violentaron derechos fundamentales de [Valeria]”.

Ese mismo juez señaló que “si bien la empresa legalmente puede imponer el vestuario, ello es ilegal cuando contiene una dimensión diferente para mujeres y hombres, atento a que hoy no existe argumento que justifique esta diferencia”. Y si, a pesar de la oposición de Valeria a usar su uniforme, “la empleadora continuó con su postura carente de toda lógica, [ello] la convirtió en discriminatoria”.

Para ese mismo juez, “el derecho de la mujer trabajadora a que sean respetadas sus garantías constitucionales y convencionales, en pie de igualdad con el hombre exige una mirada con perspectiva de género, bajo el paradigma social que supone que la mujer trabajadora sufre una vulnerabilidad Especial que requiere tutela para su no discriminación”, pues “la desigualdad del hombre y la mujer, construida a partir de patrones socio-culturales, da lugar a la violencia estructural contra la mujer que encuentra su fundamento en las relaciones desiguales y jerarquizadas entre los sexos”.

Ese juez sostuvo que “la limitación impuesta por la empleadora fue dirigida sólo a la trabajadora por su condición de mujer, evidenciando una clara discriminación por razón de sexo, sin otra justificación objetiva y razonable de su decisión”. La obligación de usar un uniforme determinado constituyó “un mandato estereotipado y discriminatorio”.

“La libertad de empresa”, agregó “no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas. El hecho de haber determinado qué vestimentas eran para varones y cuáles para mujeres tal como fue notificado en una nota dirigida a [Valeria] implicó desde ya un estereotipo patriarcal tendiente a visualizar a la mujer destacando su cuerpo como instrumento. La imposición de vestimenta claramente sexista importó una cosificación y degradación del cuerpo de [Valeria]”.

“Bajo tal análisis”, añadió, “cuando la empresa obligó a la actora a usar calzas para realizar sus labores sin otra justificación que lo avalara y ella respondió que esa vestimenta [...] atentaba contra su pudor, el respeto a su dignidad y libertad debió ser primordial a fin de garantizar la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse conforme a sus convicciones personales”.

Ese juez, en lugar de ordenar que el monto del daño fuera establecido en la instancia inferior, lo fijó en el mismo monto que Valeria lo había estimado en su demanda, con intereses a partir de la fecha del reclamo judicial.

El tercer juez también estuvo de acuerdo en que “no existió la supuesta causa de abandono de trabajo que alegó la empleadora, conclusión que habilita a calificar al despido por razones de discriminación”, al que dio por probado, puesto que “respondió

a la resistencia a usar el uniforme femenino por parte de [Valeria], uniforme que además era diferente al pantalón que usaban los varones que le resultaba más apropiado para el desarrollo de las labores por contener bolsillos que le permitían guardar el dinero de manera segura”.

Para ese tercer juez, “los hechos descriptos evidencian rápidamente una situación de desigualdad y discriminación por la condición de mujer de la trabajadora que imponen una evaluación del contexto en el cual se inscribió la relación de trabajo y de las circunstancias de vulnerabilidad de la trabajadora desde una perspectiva de género”.

En consecuencia, “se impone entonces una atención mayor para la persona que debe juzgar, alertada de que ciertas desigualdades pueden pasar desapercibidas para el sistema de justicia y para las personas involucradas (incluidas las partes, sus patrocinantes y la magistratura)”. Eso exigió “una tarea interpretativa de los hechos y las pruebas que reparen en el contexto, en las condiciones de particular vulnerabilidad o discriminación, en la existencia de vínculos de poder entre las personas involucradas, en la existencia de discriminaciones múltiples, en el análisis de si las normas aplicables responden a estereotipos sexistas y tienen un impacto diferenciado para la persona y para el contexto. También suponen una mirada de la normativa que garantice mejor el derecho a la igualdad, que resuelva las asimetrías de poder o desigualdad estructural, que repare en las medidas de acciones positivas disponibles, etc”.

En su opinión, “analizar con perspectiva de género permite tomar medidas que contrarresten las desigualdades estructurales basadas en estereotipos, que impiden el pleno goce de derechos”.

En el caso, en su opinión, “[Valeria] sufrió un contexto de violencia y discriminación en su trabajo por su condición de mujer, en tanto fue obligada a usar calzas que afectaban su pudor y su dignidad y a raíz de ello recibió un trato inapropiado por parte de hombres que transitaban por el lugar y ante su resistencia justificada y razonable a usar el uniforme femenino y su reclamo de usar el masculino fue sancionada y despedida. Además sufrió un trato desigual y discriminatorio en relación a sus compañeros varones a los cuales se les permitía usar el pantalón con bolsillos más apropiado y seguro para el desarrollo de las tareas que a ella se le negó por la única razón de ser mujer”.

Para el juez “el trato desigual en relación a sus compañeros varones, a los cuales sí se les permitía el uso del pantalón, corresponde a un sometimiento basado en estereotipos que autorizan a poner a la mujer en un lugar de cosificación, como objeto de atracción de clientes, razón por la cual se les asigna un uniforme que exponga sus cuerpos, a pesar de que el mismo afecte su dignidad y el desarrollo de las tareas”.

Como para este juez también resultó probado que Valeria “sufrió un trato discriminatorio en su trabajo por su condición de mujer que le produjo una afectación de su dignidad y de su estado psico-emocional además de angustia y preocupación por la pérdida del trabajo”, correspondía la indemnización por daño moral establecida por la ley antidiscriminatoria.

En resumen: todos los jueces reconocieron la existencia de un despido discriminatorio. Sólo hubo un pequeño disenso acerca de si debían establecer la indemnización ellos mismos o si debía hacerlo el tribunal inferior. Pero la mayoría estuvo de acuerdo en fijarla en un monto “suficiente para que la recurrente pudiera realizar un pequeño viaje reparador, comprar algún bien o realizar salidas de esparcimiento que le permitan compensar los padecimientos sufridos”.

El fallo está bien, aunque algunos de sus fundamentos se acercan más a la sociología que al derecho. Además, un análisis detenido muestra alguna incongruencia entre lo sometido al tribunal y lo resuelto por éste.

\* \* \*

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a [np@negri.com.ar](mailto:np@negri.com.ar).

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.  
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**