

“Despido discriminatorio”

2013

Autor: D'Aurelio María Florencia

Tutor: Dr. Oscar R. Gérez

Carrera: Abogacía

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Índice

Introducción	3
Capítulo I: Marco Teórico	5
Discriminación.....	5
Estabilidad en el empleo en el sector privado.....	5
La regulación del despido en la Ley 20.744.....	7
Casos especiales previstos en la LCT.....	9
Capítulo II: Jerarquía de las fuentes normativas	11
La Constitución y los Tratados Internacionales.....	11
Los Convenios de la OIT.....	12
La Organización Internacional del Trabajo.....	12
Convenio 111.....	16
Ley de Contrato de Trabajo.....	16
Ley 23.592.....	16
Ius Cogens.....	19
Derechos constitucionales.....	19
Capítulo III: Efectos del despido discriminatorio	23
Despido discriminatorio: ¿nulidad absoluta o relativa?.....	23
La reincorporación del trabajador.....	25
Daños y perjuicios.....	31
Capítulo IV: Prueba	35
La prueba en los casos de despido discriminatorio.....	35
Capítulo V: Distintos casos de discriminación	39
Discriminación del representante gremial.....	39
Discriminación del activista gremial.....	41
Discriminación por edad.....	45
Discriminación por enfermedad.....	46
Discriminación por embarazo en período de prueba.....	47
Discriminación de empleada por tratamiento de fertilización asistida.....	48
Discriminación por demandar al empleador.....	49
Conclusión	51
Bibliografía	53

Introducción

Los actos de discriminación son condenados no sólo a nivel nacional sino también en el plano internacional por resultar los mismos violatorios de la dignidad humana y atentar contra los principios de igualdad y de no discriminación que forman parte del Ius Cogens.

La discriminación es un mal social, que afecta todos los ámbitos de la vida de una persona, y el laboral no está exento. Cada vez son más los casos de despido discriminatorio que son llevados a la justicia del trabajo. Sin embargo, los tribunales laborales no cuentan con una ley o con un régimen legal específico para hacer frente a la creciente litigiosidad en esta materia, por lo que fundamentan sus sentencias en base a un conjunto de leyes nacionales y tratados internacionales que a veces no guardan cierta concordancia entre sí, generando de este modo muchas resoluciones polémicas.

El problema principal que se presenta ante los casos de despido discriminatorio es determinar cuál es la solución más favorable, para armonizar los derechos que le asisten a ambas partes del conflicto, es decir, por un lado al trabajador y su derecho a trabajar y, por otro, al empleador y su derecho a contratar o no y con quién hacerlo.

El objetivo principal de este trabajo es precisar, si ante un despido discriminatorio se puede o no obligar al empleador a reincorporar al trabajador despedido y en caso afirmativo, fijar por cuánto tiempo se deberá respetar su estabilidad. En caso contrario, mostrar la necesidad de establecer los parámetros indispensables para delimitar la indemnización que le corresponderá al trabajador.

Como objetivos específicos en el presente trabajo se resaltan las discrepancias que surgen entre los fallos de despido discriminatorio y el sistema de estabilidad en el empleo que rige en la Argentina para el sector privado. También se hace hincapié en la regulación del despido por la ley 20.744, en la protección contra el despido arbitrario y se examinan los casos de discriminación previstos en dicha normativa. Por otro lado, se plantea la desigualdad que surge entre las sanciones que prevé la Ley 20.744 ante los despidos discriminatorios y las que se derivan de la aplicación de la ley 23.592. Además, se analizan las fuentes normativas que utilizan los jueces para fundar sus sentencias, mostrando la gran relevancia que tiene en la actualidad la normativa internacional a partir de la incorporación de los principios de igualdad y no discriminación al ámbito del Ius Cogens. Otro punto importante que se desarrolla son las distintas posturas adoptadas tanto por la jurisprudencia como por la doctrina sobre la forma en que deben resolverse los casos de despidos discriminatorios, es decir, si debe declararse la nulidad absoluta del despido o si por el contrario se trata de una nulidad relativa, si deben priorizarse los derechos constitucionales

del trabajador sobre los del empleador, si se puede forzar a continuar una relación laboral en contra de la voluntad de la parte contratante, si procede la reparación por daño moral, entre otras cosas. Asimismo, se plantea el tema de la prueba en los casos de despido discriminatorio, a quién corresponde la carga de la misma, y la contradicción que surge entre el sistema de despido incausado previsto en el art. 245 de la LCT con la necesidad de probar que la causa del distracto no obedeció a una actitud discriminatoria. Finalmente se analizan distintos casos de discriminación en los cuales se ve la falta de unanimidad que hay sobre este tema y que está generando una gran inseguridad jurídica ya que no hay una ley específica que zanje la cuestión, sino que las soluciones que se dan dependen de la interpretación que los jueces hagan del conjunto de normas tanto nacionales como internacionales que se aplican en estos casos.

Para poder realizar este trabajo se examinaron distintos casos jurisprudenciales, doctrina de reconocidos autores, el régimen legal aplicable actualmente tanto en el ámbito nacional como los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y otros tratados internacionales ratificados por la Argentina, entre otras cosas.

Capítulo I: Marco Teórico

1. Discriminación

La acción de discriminar, según el Diccionario de la Real Academia Española tiene dos acepciones: “1. tr. Seleccionar excluyendo. 2. tr. Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.” Otra definición es la de “establecer una distinción a favor o en contra de una persona o cosa sobre la base del grupo, clase o categoría a la que la persona o cosa pertenece, más bien que según sus propios méritos”.¹

Sobre este tema, la Dra. Plaza dice que:

...en cuanto la discriminación es el acto de distinguir y de diferenciar, el término no tiene por sí mismo, ningún sentido peyorativo, sino que al contrario puede indicar una actitud lícita y necesaria. En cambio, se califica la discriminación como ilícita cuando implica una desigualdad de trato no justificada². Según esta autora, “la expresión contraria a discriminación sería entonces igualdad de trato respecto de personas que por sus condiciones pueden pretenderla.³

La Corte Suprema dice

...que el derecho genérico de las personas a ser tratadas de modo igual por la ley no implica una equiparación rígida entre ellas, sino que impone un principio genérico de igualdad ante la ley de todos los habitantes que no impide la existencia de diferenciaciones legítimas. La igualdad establecida en la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros.⁴

En el ámbito laboral se considera que hay discriminación cuando existe

...un trato diferenciado del empleador hacia el trabajador o trabajadores, que no responde a razones objetivas y que lo coloca en inferioridad de condiciones respecto del grupo, produciéndoles un perjuicio real o potencial, de orden material o moral, durante todas las etapas de la relación laboral.⁵

2. Estabilidad en el empleo en el sector privado.

La estabilidad en el empleo es el derecho del trabajador a mantener la relación de trabajo por todo el tiempo convenido, sea a plazo determinado o indeterminado.⁶

¹ Kiper, Claudio Marcelo, Derechos de las minorías ante la discriminación, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1998.

² Plaza, María E. E., “Discriminación por motivos sindicales”. La Ley 07/06/2012

³ Idem

⁴ CSJN, 7/12/2010, “Álvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”.

⁵ Karpiuk, Héctor H. (2011), Discriminación y Despido en el Ámbito Laboral, Argentina; David Grinberg Libros Jurídicos.

⁶ Grisolia, Julio Armando (2007), Manual de Derecho Laboral, Argentina LexisNexis.

Para algunos, la estabilidad no admite clasificación de ninguna especie, ya que sostienen que la misma implica la posibilidad de conservar el empleo ante un despido injustificado, de forma tal que existe o no, considerando que no es susceptible de admitir graduaciones en su acepción.

Sin embargo, se suele clasificar según la intensidad con que se garantice el derecho a la estabilidad, en propia e impropia.

La estabilidad propia – que puede ser absoluta o relativa – se presenta cuando la norma aplicable prevé la imposibilidad jurídica de extinguir la relación sin causa: el empleador tiene vedada la posibilidad de despedir sin invocar una causa y está obligado a reincorporar al trabajador (absoluta) o, en caso de negarse, debe pagar una indemnización agravada (relativa). En el derecho argentino del trabajo la única que podría considerarse estabilidad propia relativa es la del representante gremial y está prevista en el art. 52, ley 23.551.

La estabilidad impropia –que es la aplicable en la legislación argentina- se da cuando no se le garantiza al trabajador la perduración del vínculo jurídico, pero sí una indemnización en caso de despido sin causa; se trata, simplemente, de evitar el despido antijurídico al imponer una sanción indemnizatoria al empleador que lo dispone.⁷

“El art. 14 bis garantiza la protección contra el despido arbitrario, aunque no obliga a establecer la estabilidad propia para el sector privado”⁸, en cambio sí para los empleados públicos. Este art. en su parte pertinente dice: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: ...protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público...”

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad de los regímenes de estabilidad propia de distintas actividades, como por ejemplo del dec. 20.268/1946, reglamentario de la ley 12.637, de los trabajadores bancarios. El criterio de la Corte se sustenta en que el sistema de estabilidad absoluta es irrazonable porque suprime el poder discrecional del empleador respecto de la integración de su personal, ya que viola la garantía de la libertad de comercio e industria (art. 14 CN) y el derecho de propiedad (art. 18 CN).

La protección contra el despido arbitrario, se reduce a una indemnización basada en el salario y la antigüedad del trabajador; por ello, se puede afirmar que en la práctica existe un régimen de libertad de despido con indemnización tarifada que cubre los daños y perjuicios ocasionados.

Para que se configure daño moral la jurisprudencia excepcionalmente entendió que es necesario que exista una conducta adicional del empleador ajena al contrato, de naturaleza dolosa, es decir, un acto ilícito adicional al despido. La ilicitud se refiere a la antijuridicidad de la conducta que se califica de injuriente, oprobiosa y, por ende, nociva para el trabajador.

El régimen indemnizatorio por despido arbitrario se introdujo en la Argentina cuando en 1934 se reformó el Código de Comercio, mediante la

⁷ Idem

⁸ Idem

ley 11.729, que se aplicó exclusivamente a los empleados de comercio. Las características de este régimen eran el preaviso y la indemnización por antigüedad.

En 1945 se dictó el dec. 33.302/1945 que extendió los beneficios de la ley 11.729 a la mayor parte de los trabajadores en relación de dependencia en el sector privado, con la excepción de los empleados domésticos y los empleados públicos.

En 1974 se sanciona la LCT (ley 20.744 modificada en 1976 por ley 21.297) y comienza a regir el régimen indemnizatorio regulado en los arts. 231 a 254 y en 1998 se dicta la Ley 25.013. En 2004 se sanciona la Ley 25.877, que introduce cambios en el régimen de extinción del contrato de trabajo –preaviso, integración del mes de despido e indemnización por antigüedad- modificando los art. 231, 233 y 245, LCT, y derogando los arts. 5, 6, 7, 8, 10 y 11 de la Ley 25.013.⁹

A partir de la sanción de la Ley 23.592 de antidiscriminación, en el año 1988, parte de la doctrina propició su aplicación al campo laboral, lo cual fue receptado por parte de la jurisprudencia. Esto llevó a que se comenzara a decretar la nulidad de los despidos considerados discriminatorios generando de ese modo un cambio en el sistema de estabilidad impropia que regía en el sector privado hasta entonces, el cual no preveía la nulidad del despido, excepto el caso de los representantes sindicales que será analizado en el próximo ítem.

3. La regulación del despido en la Ley 20.744

De toda la normativa mencionada en el apartado anterior es necesario detenerse en la ley 20.744 en lo concerniente a la regulación del despido.

El despido es una de las formas de extinción del contrato de trabajo que surge de la voluntad de alguna de las partes y puede fundarse en una justa causa o disponerse sin expresión de ésta. Las principales características son las siguientes:

- 1. Es un acto unilateral del empleador (despido directo), o del trabajador (despido indirecto) que extingue el contrato, es decir que se produce por su sola voluntad.*
- 2. Es un acto recepticio, ya que se torna eficaz desde el momento en que el acto llega al conocimiento del destinatario.*
- 3. Es un acto extintivo, porque desde que es recibida la notificación, los efectos del contrato cesan para el futuro y ninguna de las partes puede invocar hechos posteriores para justificar la medida.*
- 4. En principio es un acto informal, es decir que puede manifestarse verbalmente o por escrito (por telegrama, por carta documento) o inclusive surgir de un comportamiento inequívoco de alguna de las partes. Pero en el caso de despido con preaviso y de despido con justa causa, es requisito ineludible la forma escrita.*

El despido se puede clasificar en directo (si surge de la voluntad del empleador) y en indirecto (si lo decide el trabajador). Según haya sido o no expresada la causa para disponerlo, se clasifica en despido con justa causa y despido sin causa (incausado) o sin justa causa.

⁹ Grisolia Julio Armando (2007), Manual de Derecho Laboral, Argentina LexisNexis.

El despido directo es la extinción decidida unilateralmente por el empleador, y puede consistir en un despido sin causa o con justa causa.

El despido sin causa o incausado, es el decidido por el empleador en forma unilateral sin invocar ninguna causa para despedir, o cuando expresa la causa en forma insuficiente, o habiéndola invocado, posteriormente no la prueba.

Es el que no se funda en ningún motivo legalmente contemplado, más allá de la motivación subjetiva que impulse al empleador a disponerlo, y genera el derecho del trabajador a percibir la indemnización por antigüedad.

Esta forma de despido genera al empleador obligaciones indemnizatorias: el deber de pagar al trabajador la indemnización sustitutiva de preaviso, integración del mes de despido e indemnización por antigüedad y las que correspondan según cada caso particular.

Ello, obviamente, además de los conceptos de pago obligatorio cualquiera sea la causa de la extinción del contrato de trabajo.¹⁰

El art. 245 de la LCT establece que:

“En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor.

Dicha base no podrá exceder el equivalente de tres veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo.

Para aquellos trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno.

Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el convenio al que pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa o establecimiento donde preste servicios, si éste fuere más favorable.

El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a un mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo”.

El despido con justa causa es el acto jurídico unilateral por el cual el empleador extingue el contrato de trabajo, con fundamento en el incumplimiento grave de alguna de las obligaciones en que incurre el trabajador.

El empleador debe expresar por escrito, en forma suficientemente clara, la causa que motivó su decisión rescisoria (art. 243 LCT): debe constituir una injuria que impida la prosecución del contrato.

La carga de la prueba de la causa invocada recae en el empleador que, de demostrarla, no debe pagar ninguna indemnización.

El despido indirecto es el decidido por el trabajador ante un incumplimiento del empleador de suficiente gravedad que constituya una

¹⁰ Grisolia Julio Armando (2007), Manual de Derecho Laboral, Argentina: LexisNexis.

injuria que impida la continuación del contrato; debe ser notificado por escrito, previa intimación al empleador para que revea su actitud, expresando en forma suficientemente clara los motivos que justifican su decisión.

La prueba de la causa invocada está a cargo del trabajador y, de demostrarla, genera el derecho a cobrar las mismas indemnizaciones que en caso de despido directo sin causa o sin causa justificada: indemnización sustitutiva de preaviso, integración del mes de despido e indemnización por antigüedad, como, asimismo, las que correspondan según cada caso particular.

Así lo dispuso expresamente el art. 246 LCT al consignar que “cuando el trabajador hiciese denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa, tendrá derecho a las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245”.¹¹

4. Casos especiales previstos en la LCT

También la Ley de Contrato de Trabajo prevé indemnizaciones agravadas en ciertas situaciones especialmente protegidas como son los casos de que el despido se produzca por causa de maternidad, matrimonio, durante la licencia por enfermedad o el caso del despido de representantes sindicales.

En el caso de la maternidad existe una presunción legal iuris tantum de que el despido se produjo por maternidad o embarazo cuando fue decidido dentro de los siete meses y medio anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre que la trabajadora haya notificado fehacientemente su embarazo o requerido su comprobación por el servicio médico del empleador. En caso de despido, si el empleador no demuestra que existió una causa justificada, debe pagar, además de las indemnizaciones por despido sin justa causa, una indemnización especial equivalente a un año de remuneraciones, o sea, trece salarios mensuales, ya que se adiciona el SAC. Para su cómputo se debe considerar la remuneración habitual y no el módulo previsto en el art. 245 LCT, por lo cual resulta ajustado tomar un promedio de la devengada en el último año. Tampoco resulta de aplicación el tope salarial del art. 245 LCT.

Con respecto al matrimonio, la LCT establece la presunción iuris tantum de que el despido obedece a causa de matrimonio cuando fue dispuesto dentro de los tres meses anteriores o seis posteriores al matrimonio, sin invocación de causa o si no fuere probada la invocada, siempre que haya sido notificado fehacientemente el empleador y acreditado con la copia del acta de celebración. La indemnización que corresponde es la misma que en caso de despido por maternidad o embarazo.

En caso de despido incausado durante el goce de la licencia paga por enfermedad, establecida en el art. 208 LCT, el empleador debe pagar, además de las indemnizaciones por despido sin justa causa, una indemnización equivalente a los salarios correspondientes hasta el alta médica o el vencimiento del plazo de licencia (art. 213 LCT).

Sobre el despido de representantes sindicales, el art. 52 de la Ley 23.551, otorga una protección especial a los delegados y dirigentes

¹¹ Grisolia, Julio Armando (2007), Manual de Derecho Laboral, Argentina: LexisNexis.

gremiales; la ley fija expresamente el alcance de esta protección, haciéndola extensiva:

- 1. A quienes efectivamente estén ocupando cargos electivos o representativos en las asociaciones sindicales (art. 48);*
- 2. A aquellos que se han postulado para un cargo de representación sindical (art. 50);*
- 3. A los representantes sindicales en la empresa (art. 40)*

La protección legal especial consiste en determinar que no podrán ser despedidos, suspendidos ni con relación a ellos podrán modificarse las condiciones de trabajo, si no mediare resolución judicial previa que los excluya de la garantía, conforme al procedimiento establecido en el art. 47 L 23.551.

En los casos 1) y 3) la duración de la tutela se extiende durante el término de un año a partir de la cesación de sus mandatos, salvo justa causa de despido. En el caso 2), por el término de seis meses a partir de su postulación.

Si un representante sindical fuere despedido sin justa causa, o sin que el empleador diera cumplimiento a las formalidades legalmente establecidas respecto de la previa exclusión de la tutela sindical, y optara por considerar extinguido el vínculo en lugar de accionar por la reinstalación, tiene derecho a percibir como indemnización, además de las sumas que correspondan por el despido incausado, las remuneraciones que faltan hasta la finalización del mandato más un año de remuneraciones.

Si se tratara de candidatos no electos, además de las indemnizaciones por despido sin justa causa, les corresponden las remuneraciones del período de estabilidad no agotado (seis meses) y un año de remuneraciones.¹²

Hasta aquí se ha hecho una breve reseña de nociones básicas sobre qué se entiende por discriminación en el ámbito laboral; cuál es el sistema de estabilidad que rige para los trabajadores del sector privado en la Argentina; cuál es el remedio para la protección contra el despido arbitrario. Asimismo se trató la regulación del despido en la ley 20.744: y los casos de indemnizaciones agravadas que prevé la LCT y la Ley de Asociaciones Sindicales, cuando presumen que un despido fue realizado discriminatoriamente. Es necesario tener presente estas cuestiones para poder distinguir las discrepancias que existen entre el régimen legal existente y aplicable a las relaciones de trabajo y las soluciones que brindan la mayoría de la jurisprudencia y la doctrina ante un despido discriminatorio. En el próximo capítulo se analizará específicamente las fuentes normativas en las cuales fundan los jueces sus sentencias, teniendo en cuenta la jerarquía de las mismas.

¹² Grisolia, Julio Armando (2007), Manual de Derecho Laboral, Argentina: LexisNexis.

Capítulo II: Jerarquía de las fuentes normativas

Tanto a nivel nacional como internacional, existe una gran cantidad de leyes, convenios, tratados, etc., que hacen referencia a la igualdad y a la no discriminación. En este capítulo se tratarán varios de esos textos que son aplicados hoy en día por los jueces al momento de fundar y resolver los casos de despido discriminatorio.

1. La Constitución y los Tratados Internacionales

En primer lugar, se hará alusión a la Constitución Nacional la cual prevé en su artículo 16 que “la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad...”

Este artículo reviste gran importancia porque sienta el principio de igualdad entre los habitantes, el cual debe ser entendido como igualdad ante igualdad de condiciones. Al hacer referencia a la admisión en los empleos establece que lo único a tenerse en cuenta será la idoneidad de las personas, es decir la aptitud para desempeñar determinada tarea.

Más allá de las leyes nacionales, Argentina ha ratificado varios tratados internacionales, algunos con jerarquía constitucional desde la reforma de 1994 (Constitución Nacional art. 75 inc. 22 segundo párrafo). Se pueden citar a modo de ejemplo: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en su artículo 2 inciso 2 dice:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Así como también el Protocolo de San Salvador en su artículo 3 estipula que:

Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su art. 2 establece:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

La Declaración Universal de Derechos Humanos estipula en su art. 2:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión,

opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

El art. 7 de la misma dice:

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Estos son algunos de los tratados, también podemos mencionar la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, entre otros.

2. Los Convenios de la OIT

2.1 La Organización Internacional del Trabajo

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha desempeñado un rol fundamental desde su fundación en el año 1919 en el ámbito laboral. Esta organización ha sancionado una gran cantidad de convenios y recomendaciones que han servido como parámetros a seguir por las legislaciones laborales de los países miembros así como para la jurisprudencia de los mismos.

La OIT es una entidad internacional formada por los gobiernos y las centrales empresariales y sindicales de distintos países, con sede en Ginebra y delegaciones regionales.

La OIT lleva a la práctica su accionar mediante distintas comisiones y comités:

- *La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.*
- *La Comisión de Aplicación y Convenios y Recomendaciones de la Conferencia.*
- *La Comisión de Investigación y Conciliación en Materia de Libertad Sindical.*
- *El Comité de Libertad Sindical.*¹³

De esos organismos se destacan dos: la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical, ya que su carácter permanente les ha permitido constituir una "jurisprudencia" o doctrina completa y elaborada.

La Comisión de Expertos se encarga principalmente de analizar las memorias presentadas periódicamente por los Estados miembros en relación con los convenios que cada uno de éstos han ratificado. Si la Comisión encuentra incompatibilidades entre la legislación o la práctica de un país y la letra o el espíritu de algún convenio, las hace constar en observaciones, que se publican en un volumen anual y se someten a la Conferencia Internacional; ésta última, a su vez selecciona cada año alrededor de veinte casos para un discusión particular. Asimismo, la

¹³ Grisolia, Julio Armando (2007), Manual de Derecho Laboral, Argentina: LexisNexis.

Comisión de Expertos publica anualmente un estudio general dedicado a uno o varios convenios y recomendaciones de la OIT que versen sobre un mismo tema.

El Comité de Libertad Sindical, tiene como función examinar las quejas sobre violación de la libertad sindical, presentadas por las organizaciones de trabajadores o de empleadores o por los Estados. Sus conclusiones, que pueden tomar la forma de recomendaciones, son sometidas al Consejo de Administración, que decide sobre su seguimiento.

Ningún texto de la OIT confiere a las opiniones de estos órganos de control un carácter vinculante para los Estados que han ratificado los convenios respectivos. Tampoco existe ninguna norma que les re conozca formalmente el carácter de intérpretes auténticos de dichos convenios, función que el art. 37 de la Constitución de la OIT sólo atribuye a la Corte Internacional de Justicia y a un tribunal especial que hasta ahora no ha sido establecido. Sin embargo, los órganos de control son los responsables de verificar el cumplimiento de las obligaciones de los tratados por parte de los Estados miembros, con lo que debe necesariamente precisar el significado y alcance de esos instrumentos. Es indudable entonces que, para poder cumplir su mandato, deben efectuar materialmente una tarea de interpretación y que sus competencias y especialización les permiten brindar una interpretación sumamente autorizada de los convenios bajo su responsabilidad.

La propia Comisión de Expertos señaló que “sus opiniones, mientras no las contradiga la Corte Internacional de Justicia, se consideran válidas y de aceptación general”. Si bien precisó que la Comisión “no ha considerado jamás que sus opiniones fueran dictámenes obligatorios, fundados en una interpretación definitiva de los convenios”, estimó que para el buen funcionamiento del sistema normativo de la OIT, es “necesario que un Estado no pueda, al mismo tiempo, oponerse a las opiniones de la Comisión de Expertos con respecto a la aplicación de una disposición de un convenio que ha ratificado y abstenerse de seguir el procedimiento establecido para obtener una interpretación definitiva de dicho convenio”.¹⁴

Las medidas y normas de validez internacional que se adoptan en el seno de la Organización se formalizan en convenios y en recomendaciones.

Los convenios internacionales del trabajo fijan directivas para facilitar la uniformidad de la legislación laboral de los países miembros.

En cambio, por medio de las recomendaciones, la OIT busca establecer mecanismos uniformes de validez internacional para llevar a cabo las medidas a ser adoptadas y orientar a los Estados miembros en la preparación de la legislación laboral.¹⁵

A partir del caso “Ekmekdjian” (de 1992) la CSJN estableció, con apoyo en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que corresponde asignar primacía a estos instrumentos internacionales ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria, solución esta que “resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos.

¹⁴ Héctor C. Guisado (2012), “Interpretación y aplicación de los convenios de la OIT. Su incidencia en la doctrina, la jurisprudencia y la práctica nacional.”, en: Revista Derecho del Trabajo; año LXXII, nº 7, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley

¹⁵ Grisolia, Julio Armando (2007), Manual de Derecho Laboral, Argentina: LexisNexis.

Esa doctrina fue recibida por la reforma constitucional de 1994, por vía del nuevo art. 75, inciso 22, de la Ley Fundamental. Según los párrafos segundo y tercero de este inciso, ciertos tratados y convenciones de derechos humanos, “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional”. Además, conforme al primer párrafo del mismo inciso, todos los demás tratados y concordatos tienen “jerarquía superior a las leyes”.

Los convenios de la OIT son instrumentos que pertenecen a la categoría de tratados, pero con características propias, entre las que se destaca el hecho de que se adoptan en asambleas tripartitas y no solamente gubernamentales. A pesar de sus particularidades, y con excepción de alguna doctrina minoritaria, en nuestro país han sido asimilados a tratados, primero bajo el art. 31 de la Constitución, que alude a los “tratados con las potencias extranjeras”, y actualmente también bajo el citado art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, que se refiere a los “tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales”.

Es cierto que los convenios de la OIT (al igual que los instrumentos propios de las Naciones Unidas o de otros organismos) son adoptados dentro de una organización internacional y no con una de esas organizaciones, como reza el inciso en cuestión. No obstante ello, en el Plenario de la Convención Constituyente de 1994, el Presidente de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales, convencional Juan P. Cafiero, expresó que “...esta convención entiende que los convenios de la OIT que han sido aprobados, tienen la categoría de tratados por lo que resulta innecesario colocarlos en la primera parte del inciso 19 (22 en la redacción definitiva)”.

Por otra parte, el art. 5º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que este ordenamiento se aplicará también “a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional” y, por lo tanto, conforme el 27 de la misma Convención, a esos instrumentos (entre los que se encuentran los convenios de la OIT) no se le puede oponer ninguna norma de derecho interno, dejando a salvo el principio de primacía de la Constitución.

Esa superioridad jerárquica que tienen los tratados respecto de las leyes internas hace necesario que los jueces ejerzan sobre éstas el llamado “control de convencionalidad” de las normas jurídicas internas para ver si las mismas se adecuan a las normas de los tratados internacionales y a las interpretaciones que de éstos han realizado sus respectivos órganos de control.

Con respecto a la Corte Suprema de la Nación, recién a partir del año 2008 ha hecho gran hincapié en los convenios de la OIT y en las interpretaciones que de los mismos han realizado sus órganos de control, en especial, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical.¹⁶

Entre estos fallos podemos citar dos que son los que están relacionados directamente con el tema del presente trabajo. El primero de esos casos es el ya citado de Álvarez c/ Cencosud en el que la Corte en el considerando nº 8 al defender la reinstalación

¹⁶ Héctor C. Guisado (2012), “Interpretación y aplicación de los convenios de la OIT. Su incidencia en la doctrina, la jurisprudencia y la práctica nacional.”, en: Revista Derecho del Trabajo; año LXXII, nº 7, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley

del trabajador despedido discriminatoriamente invocó el Convenio nº 111 y ponderó un estudio general de la Comisión de Expertos el cual dice que:

...la prohibición de discriminaciones injustificadas con respecto a la ley se traduce en una mayor protección a las personas por parte de los tribunales y por el establecimiento de sanciones de diversa naturaleza. El papel de los tribunales y de la jurisprudencia ha sido muy a menudo considerable para determinar los derechos individuales". Aclaró, entonces, que las sanciones habían adoptado distintas formas, entre otras, la "reintegración en la empresa".¹⁷

Otro de los fallos es el de Pellicori c/ Colegio Público de Abogados, en el que la Corte sentó pautas acerca de la carga de la prueba en el despido discriminatorio, a cuyo efecto citó un estudio general y una observación individual de la Comisión de Expertos, ambos relativos al Convenio nº 111.¹⁸

No sólo la Corte Suprema de la Nación se apoya en los convenios de la OIT y en las interpretaciones de los organismos de control a la hora de fundar una resolución, sino también otros tribunales, como la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo o la Suprema Corte de Buenos Aires.

Respecto a esta última, se puede citar el caso de Cruz Germán Ariel c/ Ematec S.R.L, en el cual la Suprema Corte dijo:

...que, probado que el actor fue despedido por el ejercicio de su actividad sindical, la accionada violó un derecho fundamental -la libertad sindical- consagrado en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional que, de conformidad a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T. es "parte integrante de los derechos humanos fundamentales y piedra angular de las disposiciones que tienen como objetivo asegurar la defensa de los intereses de los trabajadores". Sobre la base de lo que establecen los Convenios 87 y 98 de la O.I.T. y los dictámenes y recomendaciones de los órganos de control de normas de dicha organización supranacional, estimó que los despidos antisindicales no pueden considerarse del mismo modo que los otros tipos de despidos injustificados, ya que el derecho de sindicación es un derecho fundamental.¹⁹

Volviendo al tema de si las decisiones de los organismos de control son o no vinculantes para los jueces, la tesis minoritaria sostiene que carecerían de eficacia vinculante.

En esa corriente se inscribe Corres, quien, si bien considera que la labor de aquellos órganos constituye "una insustituible fuente de hermenéutica" y, por ende "un criterio valioso de interpretación de las cláusulas de los instrumentos de la OIT", estima que "ello es distinto a suponer que se trata de una interpretación obligada o vinculante para el magistrado". Sin

¹⁷ CSJN 07/12/2010 " Alvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud SA. s/ acción de amparo.-

¹⁸ Héctor C. Guisado (2012), "Interpretación y aplicación de los convenios de la OIT. Su incidencia en la doctrina, la jurisprudencia y la práctica nacional.", en: Revista Derecho del Trabajo; año LXXII, nº 7, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley

¹⁹ SCBA, 11/07/2012, "Cruz, Germán Ariel c/ Ematec S.R.L y otros s/ despido".

embargo, prevalece en la doctrina nacional la tesis de la obligatoriedad de las opiniones de los órganos de control.²⁰

2.2 Convenio 111

El Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) 1958 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) en su artículo 1º dispone que:

A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

Otro convenio de la OIT al que se remiten los fallos es el 158 Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo 1982 el cual nunca ha sido ratificado por la Argentina. Sobre este Convenio se hablará más adelante.

3. Ley de Contrato de Trabajo

En el ámbito laboral, también se busca proteger a los trabajadores de los actos discriminatorios, para evitar los despidos arbitrarios. La ley 20.744 de contrato de trabajo en su artículo 17 dice:

...por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.

Y el art. 81 de la misma establece:

El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. 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 sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador.

4. Ley 23.592

²⁰ Hécto C. Guisado (2012), “*Interpretación y aplicación de los convenios de la OIT. Su incidencia en la doctrina, la jurisprudencia y la práctica nacional.*”, en: Revista Derecho del Trabajo; año LXXII, nº 7, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley

No solo la Constitución Nacional insta la igualdad entre los habitantes sino que hay leyes que condenan directamente la discriminación como la ley 23.592 de antidiscriminación, sobre la cual se volverá más adelante al plantearse el tema de su aplicabilidad en materia laboral. Esta ley establece en su artículo 1º:

Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

Existe una discusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia sobre la aplicabilidad de la Ley 23.592 a la relación de trabajo privada, por ser esta una norma de carácter general y no específicamente laboral. Como se dijo en el primer párrafo, esta ley condena directamente la discriminación, la cual es definida en su art. 1 citado precedentemente.

La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, se encuentra a favor de la aplicación de esta ley en el ámbito del derecho individual del trabajo por cuanto:

nada hay en el texto de la ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario; la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia; se reprueba en todos los casos; la aplicación de esta ley resulta por lo demás apropiada y necesaria en el ámbito laboral, dado que la actividad del trabajador, es una actividad humana, per se, inseparable de la persona humana y, por lo tanto de su dignidad; y también sostienen que la ley 23.592 reglamenta directamente un principio constitucional como es el establecido en el art. 16 de la Constitución citado anteriormente.²¹

Coincidente con esto son las palabras de la Suprema Corte en el caso Villalba cuando dice que:

*la Ley de Contrato de Trabajo ...en su art. 17 establece [que] ... se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad", y esta norma, lejos de contraponerse o enfrentarse con la general de la ley 23.592, en rigor se integra y complementa horizontalmente -y, ambas, verticalmente respecto de la Constitución- generando así un régimen de protección amplio, tal y como se verifica en otros tantos supuestos, en que la ley laboral remite -expresa o tácitamente- por supletoriedad al derecho común para que el acreedor laboral pueda obtener el cumplimiento **in natura**, o la ejecución de la obligación legal o contractual incumplida por su empleador.²²*

²¹ CSJN 07/12/2010 " Alvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud SA. s/ acción de amparo.-

²² SCBA, 30/12/2010 "Villalba Franco Rodrigo c/ The Value Brands Company de Argentina s/ Amparo".

Sin embargo, aunque la mayoría está de acuerdo con la aplicación de esta ley a las relaciones laborales, en el fallo Álvarez c/ Cencosud S.A., hay dos posturas con respecto a los alcances de la aplicación del art. 1º. La mayoría, la aplica al pie de la letra, es decir que ante un despido discriminatorio la única solución viable sería dejar sin efecto el acto por lo tanto habría que reincorpora al trabajador despedido además de las indemnizaciones que le correspondan. En cambio la disidencia parcial, dice

...que en el ámbito laboral habría que distinguir entre aquellos actos discriminatorios cuyos efectos se proyectan sobre la relación sin extinguirla, de aquellos orientados a ponerle fin. En la primera de las hipótesis el afectado podrá reclamar tanto el cese de los efectos de la conducta discriminatoria como la reparación pertinente sin que el tracto relacional sufra alteración alguna. En cambio, cuando, el acto discriminatorio se endereza a dar por terminado el vínculo corresponde establecer si, es pertinente ordenar la continuación forzosa del contrato laboral.²³

No solo el fallo de la Corte plantea los alcances que debe dársele a la Ley 23.592, también en la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo el Dr. Pirolo en su voto dijo:

...a la luz de las directivas que emergen de los arts. 14, 14 bis, 17 y 33 de la Constitución Nacional (...) creo indudable que, en el marco del empleo privado, frente a la configuración de un despido que se considere derivado de un acto discriminatorio, en el contexto de las previsiones contenidas en el art. 1º de la ley 23.592, si bien resulta viable la anulación del acto resolutorio, no resulta jurídicamente admisible la reposición en el puesto sin que la condena incluya una limitación temporal para su ejecución compulsiva ni una previsión destinada a que su cumplimiento no implique imponer la vigencia indefinida de un vínculo contractual porque, reitero, la solución que en grado de alternativa prevé el art. 1º de la ley 23.592 sólo puede ser aplicada de modo que, por esa vía, no se afecten derechos garantizados por otras normas de jerarquía superior como las contenidas en los arts. 14, 17 y 33 de la Constitución. Con ello (...) no he querido decir que no deba sancionarse un acto que se repute discriminatorio; sino que sólo he intentado puntualizar que, entre las alternativas que prevé el art. 1º de la ley 23.592, no puede convalidarse una solución que posea evidente aptitud para lesionar otros derechos constitucionalmente garantizados sino aquella que resulte compatible con las garantías constitucionales mencionadas.²⁴

En contra de la aplicación de esta ley podemos citar al Dr. Rodriguez Mancini quien sostiene que el despido discriminatorio hay que resolverlo siempre dentro del marco del art. 245 de la LCT. Señala también que la operatividad del art. 1ª de la ley 23.592, se encuentra neutralizada por el sistema de estabilidad estructurada por la LCT, “y no puede admitirse

²³ CSJN 07/12/2010 “ Álvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud SA. s/ acción de amparo.-

²⁴ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II, 25/06/2007 “Alvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A.

que mediante una norma de carácter tan general como la ley antidiscriminatoria tuviera el efecto de transformar aquel sistema de la LCT en uno de estabilidad absoluta (...).²⁵

5. Ius Cogens

El *Ius Cogens* es un principio de derecho internacional, que hace referencia al conjunto de normas imperativas que no pueden ser dejadas de lado por acuerdo de partes.

La Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 establece en su art. 53 que:

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

En palabras de la Corte el principio de igualdad y prohibición de discriminación pertenecen al *Ius Cogens*,

...puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Así, por su carácter imperativo, rige en el derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, por todos los actos jurídicos de cualesquiera de sus poderes, e incluso de los particulares que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia²⁶.

6. Derechos constitucionales

En este apartado se analizará un tema muy polémico, como es el de si los derechos constitucionales son iguales o hay primacía de unos sobre otros.

En este trabajo se busca encontrar la solución más adecuada para armonizar dos derechos constitucionales que en los fallos de despido discriminatorio se encuentran en pugna; por un lado el derecho del empleado a trabajar, por otro el del empleador a contratar (o no) y con quién hacerlo.

La jurisprudencia habitual de la Corte Suprema sostenía que los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución Nacional tienen igual jerarquía, y que la interpretación debe armonizarlos

²⁵ Héctor H. Karpiuk, (2011) *Discriminación y Despido en el ámbito laboral*, Argentina: David Grinberg Libros jurídicos.

²⁶ CSJN 07/12/2012, "Álvarez, Maximiliano y otros v. Cencosud S.A.

(“Cuello”, Fallos, 255:293; “DRI”, Fallos, 264:94, etc.). Una consecuencia de esta tesis es que un derecho constitucional no debe extinguir a otro.

En caso de confrontación entre dos o más derechos constitucionales hay que procurar armonizarlos: la interpretación de toda constitución debe ser orgánica y sistemática, animada de una política de útil equilibrio entre todas sus cláusulas.²⁷

Sin embargo, actualmente la jurisprudencia mayoritaria en los casos de despidos discriminatorios, consideran que en caso de que exista una confrontación entre los derechos constitucionales hay algunos que al estar directamente relacionados con la dignidad de las personas son más importantes y deben estar por encima de otros.

En palabras de la Corte en el caso Álvarez, la mayoría de los jueces establecieron que:

...El éxito de una empresa, por cierto, de ningún modo podría hacerse depender, jurídicamente de la subsistencia de un régimen inequitativo de despidos arbitrarios (...), puesto que tampoco es admisible la confrontación entre el derecho a no ser discriminado con otros derechos y libertades constitucionales de sustancia predominantemente económica, entre los cuales se hallan los invocados por la demandada. El ser humano es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente- su dignidad intrínseca e igual es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental...²⁸

Si bien esta es la postura que prevalece tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, no es la única.

La disidencia parcial de la Corte en el fallo Álvarez dijo:

...cabe recordar, que la exégesis de la Constitución no debe efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por ella enumerados, para que se destruyan recíprocamente. Antes bien, ha de procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida; cada una de sus partes ha de entenderse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de modo de respetar la unidad sistemática de la Carta Fundamental...²⁹

Concordante con esta postura es la opinión del autor Esteban Carcavallo el cual sostiene que:

...adherimos a todas aquellas soluciones que conduzcan a la armonización del conjunto de derechos y garantías consagrados por nuestra Carta Magna; por ende, cualquier interpretación que se haga de esta para resolver una contienda o controversia, no debe conducir a enfrentar a unos con otros, lo que sin duda podrá conducir a la eliminación u olvido de alguno.³⁰

²⁷ Sagües, Nestor Pedro, (2003), Elementos de derecho constitucional, Tomo 2 , Bs. As; Editorial Astrea

²⁸ CSJN 07/12/2012, “Álvarez, Maximiliano y otros v. Cencosud S.A.

²⁹ CSJN 07/12/2012, “Álvarez Maximiliano y otros vs. Cencosud S.A.”

³⁰ Carcavallo, Esteban, “La representación de los trabajadores ampliada en el marco de la garantía de libertad sindical y sus derivaciones en caso de despido injustificado”. DJ 02/03/2011, 9 – La Ley 10/03/2011, 3.

En los casos de despido discriminatorio, existe un antagonismo entre la libertad de contratar del empleador y el derecho del trabajador a trabajar dentro de un marco de igualdad y no discriminación.

Sin embargo, no se puede sobreponer un derecho sobre otro, porque ambos son importantes y el favorecer a uno más que otro traería como consecuencia otra desigualdad y por ende la relación laboral se volvería más hostil.

A modo de síntesis, de lo tratado en este capítulo cabe destacar que a pesar de la vasta normativa tanto nacional como internacional que establece el principio de igualdad y no discriminación, es necesario que se dicte una ley específica aplicable al ámbito laboral que cubra los vacíos legales que existen en la materia. Si bien, todos los tratados y convenios internacionales, así como las leyes nacionales, definen lo que se entiende por discriminación ninguno brinda una solución específica. Esto genera que los jueces a la hora de resolver deban integrar toda esas normas lo cual lleva a que no haya consenso sino que la solución a la que se arribe dependerá de qué interpretación hagan de las mismas. A continuación se analizará cuáles son las distintas posturas que defienden la jurisprudencia y la doctrina sobre qué sanción corresponde aplicar a los despidos discriminatorios en base a las distintas interpretaciones que hacen de las fuentes normativas tratadas.

Capítulo III: Efectos del despido discriminatorio

1. Despido discriminatorio: ¿nulidad absoluta o relativa?

En los fallos de despido discriminatorio, los jueces en su mayoría sostienen que en estos casos, el despido debe ser considerado nulo de nulidad absoluta.

*La nulidad según la concepción clásica es una sanción legal que priva de sus efectos propios a un acto jurídico, en virtud de una causa existente en el momento de la celebración.*³¹

La nulidad se puede clasificar de distintos modos: en manifiesta o no manifiesta, en total o parcial, en actos nulos o anulables y la más importante a los fines de este trabajo, nulidad absoluta o relativa.

Lo que se busca analizar en este apartado es en cuál de éstas últimas categorías (absoluta o relativa), debe encuadrarse la nulidad del despido discriminatorio.

Como se dijo al comienzo del capítulo, tanto la doctrina como la jurisprudencia, sostienen que esta clase de despido es un acto nulo de nulidad absoluta.

*Se dice que es nulo, por ser prohibido el objeto principal del acto, cual es la discriminación.*³²

El art. 1044 del Código Civil en su parte pertinente dice: “Son nulos los actos jurídicos (...) cuando fuese prohibido el objeto principal del acto (...)”-

*Es de nulidad absoluta, por estar comprometido el interés público, ya que a toda la comunidad, nacional e internacional, le interesa que la convivencia sea pacífica y sin actos de violencia (como son los actos discriminatorios), y las buenas costumbres, por no ser acorde a la convivencia de una sociedad civilizada este tipo de actos arbitrarios e irracionales que causan un daño a los Derechos Humanos fundamentales de una persona.*³³

Sin embargo, es necesario tener presente las características propias que distinguen a la nulidad absoluta de la relativa.

La primera se diferencia de la segunda por el mayor rigor de la sanción legal de invalidez, calidad que a su turno depende de que el acto afectado entre o no en conflicto con el orden público o las buenas costumbres. El acto contrario al orden público o a las buenas costumbres

³¹ Llambías, Jorge Joaquín, (2003), Tratado de Derecho Civil Parte General, Tomo II, Bs. As: LexisNexis Abeledo – Perrot.

³² Serrano Alou, Sebastián, “La CSJN y el fallo Alvarez: un paso fundamental en la defensa de la dignidad de los trabajadores frente al capitalismo y por la democratización de las relaciones de trabajo”. Publicado en La Ley Online.

³³ Serrano Alou, Sebastián, “La CSJN y el fallo Alvarez: un paso fundamental en la defensa de la dignidad de los trabajadores frente al capitalismo y por la democratización de las relaciones de trabajo”. Publicado en La Ley Online.

adolece de nulidad absoluta, es decir, sufre todo el peso de la sanción legal. En cambio, el acto nulo o anulable que no afecta al orden público ni a las buenas costumbres, sólo es pasible de una nulidad relativa establecida para la protección de un interés particular.

La nulidad absoluta presenta las características consignadas en el art. 1047 del Código Civil que establece que “la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. 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. Puede también pedirse su declaración por el Ministerio Público, en el interés de la moral o de la ley, La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación”. A ello ha agregado la doctrina y la jurisprudencia el carácter imprescriptible de la acción de nulidad absoluta.

A partir de lo dicho en el párrafo anterior, los caracteres de este tipo de nulidad serían los siguientes:

- La nulidad absoluta debe ser declarada de oficio por el juez, cuando aparece manifiesta en el acto.
- La nulidad absoluta puede ser articulada por el Ministerio Público, en el interés de la moral y de la ley. Por tanto el fiscal es titular de la acción de nulidad, en este caso, ya que a él le está confiada la defensa de la colectividad, la cual no podía quedar defraudada por la inacción de los particulares.
- En tercer término, puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo. Es que la acción está abierta a favor de todo el mundo, pues la pretensión de cualquiera condice con la directiva de la ley tendiente a aniquilar un acto que ella reprueba por violatorio del orden público. Sólo basta justificar por parte del accionante un interés legítimo suficiente en la respectiva declaración de nulidad. El único que tiene vedado el derecho a oponer la nulidad absoluta es aquel que ha ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.
- El art. 1047 finaliza diciendo que la nulidad absoluta no es susceptible de confirmación. Esto es así pues la nulidad absoluta, es la sanción civil más rigurosa, instaurada en salvaguardia del orden público que el acto inválido ha quebrantado, por lo tanto no es admisible que ella pueda desaparecer por el mero designio particular en ese sentido.
- La imprescriptibilidad de la acción en este caso, es una consecuencia de la imposibilidad de confirmar el acto. Pues sería contradictorio negar la confirmación y admitir la prescripción de la acción de nulidad respectiva, ya que esto último equivaldría a permitir la confirmación tácita del acto por el solo transcurso del lapso de la prescripción.

En el caso de la nulidad relativa, ella nunca es declarable de oficio, no la puede aducir el Ministerio Fiscal, sólo pueden invocarla las personas en cuyo beneficio se ha establecido la sanción, es subsanable por la confirmación y es prescriptible.³⁴

A partir de esta breve aclaración se puede observar que los casos de despido discriminatorio no encuadran dentro de la clasificación de nulidad absoluta por los motivos que a continuación se detallan.

En primer lugar, la ley 23.592 en su artículo primero establece que:

³⁴ Llambías, Jorge Joaquín, (2003), Tratado de Derecho Civil Parte General, Tomo II, Bs. As: LexisNexis Abeledo – Perrot.

Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados...

Como se dijo anteriormente la nulidad absoluta puede ser declarada de oficio, sin embargo el artículo citado dice “a pedido del damnificado”. Por ende, solo la persona afectada puede pedir que se deje sin efecto el acto discriminatorio o se cese en su realización.

Por otro lado, cabe resaltar, que al ser este tipo de nulidad inconfirmable, el empleado despedido discriminatoriamente tendría que reincorporarse a su puesto de trabajo ya que si aceptara la indemnización por despido estaría confirmando el acto discriminatorio y por ser nulo de nulidad absoluta no es posible de confirmación. Por lo tanto, al poder elegir el trabajador ser indemnizado en lugar de tener que reincorporarse a su puesto de trabajo, la nulidad del despido no tendría carácter de absoluta, sino más bien de nulidad relativa.

Otro tema es el de la prescripción de la acción de nulidad. Tratándose de la nulidad absoluta, no solo no es confirmable, sino que también es imprescriptible, por lo tanto un trabajador podría plantear una acción de nulidad contra un despido discriminatorio cuando quisiera ya que la misma nunca prescribiría generando de ese modo una gran inseguridad jurídica para el empleador.

2. La reincorporación del trabajador.

Ante un caso de despido discriminatorio, surge el interrogante de cuál es la mejor solución para el trabajador.

La respuesta que da la mayoría de la jurisprudencia y la doctrina es la reincorporación del trabajador despedido en su puesto de trabajo, más el pago de las correspondientes indemnizaciones y salarios caídos.

Para arribar a esta solución se fundan tanto en leyes nacionales como en tratados internacionales que han sido analizados en el capítulo II de este trabajo.

A nivel nacional se amparan en la citada ley 23.592. Sobre ella, en el fallo de Villalba la Dra. Kogan dice:

...lo realmente privilegiado por la ley 23.592 es la prevención y la nulificación del acto discriminatorio: impedirlo, si aparece inminente su concepción lesiva; hacer cesar sus efectos (nulificarlo), y luego, hacer reparar las consecuencias dañosas del ilícito discriminatorio, y en ese

contexto, la locución nulificar refiere a la acción jurídica de privación -total- de efectos del acto írrito.³⁵

Con respecto a la normativa internacional los fallos de despido discriminatorio hacen un gran hincapié en ella. Se hace referencia a la doctrina y jurisprudencia del derecho comparado y se resalta la primacía de los tratados internacionales sobre las leyes nacionales. Constantemente fundan su postura en los tratados que componen el “bloque de constitucionalidad”. En palabras de la Suprema Corte:

...todos los actos discriminatorios, incluidos lógicamente los que tienen como destinatario a un trabajador, deben ser juzgados con arreglo al juego armónico de la ley 23.592, de la Ley de Contrato de Trabajo, del Preámbulo y los arts. 14 bis, 16, 31, 33 y 75 incs. 19, 22 y 23 de la Constitución nacional, de los Tratados Internacionales integrados al bloque de constitucionalidad que preservan la igualdad ante la ley y repudian la discriminación y de los arts. 11 y 39 incs. 2 y 3 de la Constitución provincial, que condenan la discriminación, garantizan la protección y libre ejercicio de la sindicalización.³⁶

También se refiere a esto la Corte en el caso Álvarez, al decir que:

...es doctrina permanente de esta Corte que la Constitución Nacional debe ser entendida como una unidad, esto es, como un cuerpo que no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere, como un conjunto armónico en el que cada uno de sus preceptos ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de los demás (...). Luego, dada la jerarquía constitucional que tienen los instrumentos internacionales de los que se ha hecho mérito, dicho cuerpo no es otro que el “bloque de constitucionalidad federal”, comprensivo de aquéllos y de la Constitución Nacional (...), por manera que la mentada armonía habrá de ser establecida dentro de ese contexto...³⁷

Entre los tratados internacionales en los cuales se erige esta solución de la restitución se puede citar el Protocolo de San Salvador cuyo art. 7 inciso d, establece que:

...En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional.

También se apoyan en el Convenio N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 de la OIT cuyo art. 10 dice que:

...si los organismos mencionados en el art. 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.

³⁵ SCBA, 30/12/2010 “Villalba Franco Rodrigo c/ The Value Brands Company de Argentina s/ Amparo”.

³⁶ Idem

³⁷ CSJN 07/12/2012, “Álvarez, Maximiliano y otros v. Cencosud S.A.

A pesar de que este Convenio no fue ratificado por la Argentina, la Corte funda su aplicación en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), que expresó que:

...todos los miembros de la OIT, aun cuando no hubiesen ratificado los convenios respectivos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de sus convenios.

La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia pugna por la reincorporación porque sostienen que es la solución más justa ya que otorga al empleado una reparación íntegra al volver las cosas al statu quo. La Corte, en su mayoría, sostiene que:

...el objetivo primario de las reparaciones en materia de derechos humanos,(...) debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación; ésta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado.³⁸

Con la reincorporación se protege la dignidad humana del trabajador. Sobre esto dice la Dra. Ferreiros: "...la dignidad es consustancial con la persona humana y la discriminación es una de sus primeras destructoras".³⁹

Esta autora también dice que:

...el acto discriminatorio es ilícito y violatorio no sólo de la Constitución Nacional, sino también de las leyes y de los tratados internacionales de los derechos humanos, de manera tal que conlleva la nulidad en sí mismo y la situación debe volver al estado anterior. Empero, a la vez corresponde, junto con la nulificación de los efectos, la reparación del daño material y moral.⁴⁰

El problema de la reincorporación está en si se puede obligar a un empleador a mantener contra su voluntad a un trabajador.

Sobre esto dice la Dra. Ferreirós que:

...cuando se intentó sostener que no se puede obligar al empleador a cumplir una obligación de hacer de este tipo, se omitió considerar que no estamos en presencia de una obligación de hacer, sino de dar ocupación y que aun cuando lo fuere, el art. 629 del Cód. Civil permite en materia de obligaciones de hacer que el deudor pueda exigir inclusive la ejecución forzada de la obligación, con la única excepción de que fuere necesaria violencia.⁴¹

Sin embargo, esta solución de la reincorporación si bien parece ser la más justa genera cierta polémica dentro de la doctrina y la jurisprudencia, porque además de

³⁸ CSJN, 07/12/2010 "Álvarez, Maximiliano y otros v. Cencosud S.A."

³⁹ Estela M. Ferreirós, (2009) "Daño producido por el despido y su reparación", Buenos Aires; Hammurabi.

⁴⁰ Idem

⁴¹ Idem

menoscabar los derechos del empleador relacionados a la contratación, también afectan el régimen de estabilidad impropia.

Por otro lado, cabe agregar, que las leyes laborales prevén ciertos casos en los cuales se presume que el despido realizado en determinado momento obedece a una actitud discriminatoria por parte de la patronal. Como se ha visto al comienzo del trabajo esos casos están claramente legislados y sancionados con una indemnización agravada que se determina en base a los parámetros y topes que fija la ley. Con respecto a esto cabe citar a la disidencia parcial de la Corte que sostiene que:

...en lo concerniente a las situaciones especiales en que se verifica un despido por motivos discriminatorios, si bien la legislación regulatoria del contrato de trabajo tutela el derecho anteriormente mencionado a no sufrir discriminaciones prohibidas, lo hace dentro de ciertos límites que tienden a armonizar los derechos de ambas partes. En tal sentido, la legislación específica contiene soluciones para el supuesto de despidos discriminatorios que postulan una protección más intensa para el trabajador que la que otorga para el supuesto general de despido sin justa causa, pero que no llega a suprimir por completo la posibilidad de que el empleador ponga fin a la relación laboral. De esta manera, los remedios elegidos consisten en elevar considerablemente el costo que debe afrontar el empleador por la decisión de despedir sin causa al trabajador, mientras que, en otras situaciones, la respuesta prevista por la ley es la de cancelar, por tiempo determinado, la posibilidad de despido directo sin causa (art. 177 LCT; arts. 48 y 50 de la Ley de Asociaciones Sindicales, 23.551). En ambos supuestos, la política legislativa tiene un componente común: la presunción de que el despido es discriminatorio tiene vigencia por un plazo determinado. Fuera de esos márgenes temporales, recupera vigencia el régimen general previsto en la LCT sobre el despido sin justa causa.⁴²

En relación con lo anterior, se desprende que en la mayoría de los fallos, cuando se declara nulo el despido por ser considerado discriminatorio, y se exige la readmisión del trabajador, no se fija un límite por el cual deba respetarse esa estabilidad. En el mencionado caso Álvarez, en el considerando N° 7 se habla de la “reincorporación para el litigio y en el litigio”. Respecto a esta frase, el autor Coppoletta dice:

...la reinstalación de la persona discriminada como protección de la dignidad del trabajador parece ser más efectiva en etapa de medida cautelar que como decisión final firme.⁴³

Si se fuerza al empleador a reinstalar al trabajador y encima no se fija un límite de tiempo por el cual deba respetarse su permanencia, se estaría dejando a un lado la estabilidad impropia para pasar a una estabilidad propia absoluta. Además se estarían violando los derechos constitucionales que tiene el empleador y se generaría otra desigualdad entre quienes están contemplados en los casos específicamente legislados en la normativa laboral y quienes, al no encuadrar en ninguno de esos casos, quedan

⁴² CSJN, 7/12/2010 “Álvarez, Maximiliano y otros v. Cencosud S.A.

⁴³ Coppoletta, Sebastián C., “La reinstalación del trabajador como sanción del despido discriminatorio”. DJ 02/03/2011, 9.

abarcados por una ley general como es la 23.592 ya que está ley no solo prevé el pago de indemnizaciones por los daños sufridos, sino que insta a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización. Por lo cual siendo la sanción más grave, les brinda mayor protección a los que estén amparados por ella. La disidencia parcial de la Corte sostiene que:

...la ley 23.592, en razón de su carácter general y transversal a todas las ramas del derecho, requiere de una aplicación apropiada que no distorsione el equilibrio de derechos al que responde cada sector del ordenamiento jurídico, sea público o privado. Por lo tanto, las consecuencias jurídicas que debe tener la comprobación de un acto discriminatorio han de ser definidas en consideración del contexto que ofrece la relación de trabajo privada y el principio de estabilidad impropia que gobierna el derecho laboral argentino que, como se ha establecido ut supra, contempla una reparación agravada para estos supuestos y no incluye la reinstalación forzosa del trabajador en la relación laboral, salvo previsión expresa y siempre por un plazo determinado. (...) Ante la ausencia de previsiones legislativas expresas para otros supuestos de despidos discriminatorios, debe acudir a una solución que, por analogía, repare debidamente los perjuicios sufridos por el trabajador. A tal fin, la aplicación de los parámetros previstos en la LCT para otros supuestos de despidos discriminatorios (...) resulta (...) la medida más adecuada para armonizar los derechos en juego.⁴⁴

Otro tema a tener en cuenta es si esta sanción es la más razonable a la hora de proteger la dignidad humana del trabajador. La Corte dijo:

...el acto discriminatorio ofende nada menos que el fundamento definitivo de los derechos humanos: la dignidad de la persona, al renegar de uno de los caracteres ínsitos de ésta: la igualdad en dignidad de todos y cada uno de los seres humanos, de la cual deriva, precisamente, el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, destinado a proteger en la existencia dicha igualdad en esencia, intrínseca o inherente a aquellos.⁴⁵

Continúa diciendo que:

...la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, per se, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad.⁴⁶

Si bien es cierto, que el despido discriminatorio atenta contra la dignidad del trabajador y es necesario que se sancione debidamente al empleador por su conducta, la reincorporación no parece ser siempre la solución más adecuada para salvaguardar la dignidad mancillada del obrero. El hecho de obligar a una persona a mantener una relación laboral con alguien que no es de su confianza, no significa que la hostilidad ya existente hasta ese entonces, ya sea de manera solapada o patente, que llevó a la finalización del

⁴⁴ CSJN, 07/12/2010 “Álvarez, Maximiliano y otros v. Cencosud S.A.”

⁴⁵ Idem

⁴⁶ Idem

vínculo laboral, vaya a desaparecer. O sea, que sólo se estaría exponiendo al trabajador nuevamente a ese ambiente de trabajo desfavorable.

Con respecto al derecho a contratar, la disidencia parcial de la Corte en el caso Álvarez dice que:

...la libertad de contratar integra en nuestro ordenamiento el complejo de la libertad como atributo inherente al concepto jurídico de persona, y comporta la posibilidad de elegir la clase de comercio que más conviniese a su titular y la de ejecutar los actos jurídicos necesarios para el ejercicio de ese comercio. En el ámbito del contrato de trabajo esta libertad de contratar se encuentra reglamentada por normas de carácter imperativo que generan restricciones al contenido de la relación laboral, es decir, a las condiciones a las que está sujeta dicha relación.

Así, establecido el vínculo contractual, tanto las bases como la forma en que el trabajo ha de realizarse y cómo habrán de ser resueltos los conflictos que se susciten durante su prestación, no están librados a la voluntad de las partes sino a la reglamentación que dicte el poder público, en cumplimiento de los deberes de justicia distributiva y del fin inmediato de la autoridad, que es el establecimiento y resguardo del orden público y de la paz social.

Sin embargo, esta reglamentación no alcanza, salvo en casos excepcionales, a la facultad de contratar o de no hacerlo y, en su caso, de elegir con quien. Al respecto, la garantía constitucional a la libertad de contratar incluye su aspecto negativo, es decir, la libertad de no contratar que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 de la Constitución Nacional) y un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 de la Constitución Nacional).

Que en esta línea, este tribunal ha señalado que no se puede obligar a un empleador –contra su voluntad- a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia.

También manifestó que una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto se debe reconocer al trabajador el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido...⁴⁷

No solo en la Corte se planteó esta postura, también en la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al tratarse el caso Álvarez, el Dr. Pirolo, en su voto dijo que:

...la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la intrínseca injusticia que supone un sistema que excede lo que constituye el legítimo derecho a la indemnización por despido arbitrario, afecta las bases sobre las que se apoya la libertad de contratar, (que, como he dicho, se encuentra protegida por el art. 14 de la CN). Luego de señalar, que una disposición de esas características, también afecta la garantía al derecho de propiedad (art. 17, CN), la Corte dijo explícitamente que, una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto, debe reconocerse el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido; y concluyó descalificando la validez constitucional del sistema que contemplaba la posibilidad de reponer compulsivamente en su puesto a un empleado despedido en el marco del empleo privado (CSJN, 25/2/69, “De Luca, José y otro c. Banco Francés del Río de la Plata s/ reincorporación”, F:273:87). En numerosos precedentes dictados con posterioridad, al mencionado fallo, la Corte Federal sostuvo la misma doctrina (...). Al

⁴⁷ CSJN 07/12/2012, “Álvarez, Maximiliano y otros v. Cencosud S.A.

pronunciarse en los autos “Figuerola, Oscar y otro c/ Loma Negra SA” (CSJN, 4/9/84) sostuvo que una disposición convencional que, por vía de un sistema de estabilidad absoluta, suprime el poder discrecional que es imprescindible reconocer a un empleador en lo concerniente a la integración de su personal, menoscaba la garantía del art.14 de la Constitución – que consagra la libertad de comercio e industria – y lesiona la garantía al derecho de propiedad.⁴⁸

Por ende, para quienes defienden esta postura la solución más adecuada ante un despido discriminatorio es permitir la ruptura de la relación laboral pero condenar al empleador a pagar una indemnización agravada que guarde proporción con el daño generado al trabajador.

Coincidente con esto es la opinión del autor Carcavallo quien sostiene que:

...el propósito de asegurar la integralidad de cualquier reparación no debe buscarse descuidando otro derecho de rango constitucional como el de propiedad (art. 17 CN); por ello debe atenderse al cúmulo de reparaciones que se estiman en casos como el debatido, aun cuando medien las conductas discriminatorias más deleznable de parte del dador de trabajo, pues no debe perderse de vista la necesaria razonabilidad y prudencia a la hora de establecer el quantum de aquéllas, a fin de no gravar un patrimonio con cargas desmedidas....⁴⁹

3. Daños y perjuicios.

La necesidad de combatir los casos de discriminación en el ámbito laboral y proteger la dignidad humana del trabajador, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a buscar la mejor solución para desagraviar al empleado víctima de un acto discriminatorio. Como se ha visto en los puntos anteriores, lo que se trata es que éste pueda obtener una reparación integral por el perjuicio sufrido. Esta reparación consistiría en declarar la nulidad del despido, restituir al trabajador en su puesto y pagarle las indemnizaciones correspondientes por los daños tanto morales como materiales que haya padecido.

La citada ley 23.592, prevé que ante un caso de discriminación, la persona que generó la ofensa, “...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”.

Es decir, que ante un caso de despido discriminatorio, como la mayoría de la jurisprudencia y la doctrina sostienen que esta ley es aplicable a las relaciones laborales, se deriva que el trabajador afectado puede reclamar el pago de los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, generados por la discriminación.

⁴⁸ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II, 25/06/2007 “Alvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A.

⁴⁹ Carcavallo, Esteban, “La representación de los trabajadores ampliada en el marco de la garantía de libertad sindical y sus derivaciones en caso de despido injustificado”. DJ 02/03/2011, 9 – La Ley 10/03/2011, 3.

El daño material como se puede ver en la mayoría de los casos de despido discriminatorio en los cuales se hace lugar a la reincorporación del trabajador, consiste en el pago de los salarios caídos, debido a la ruptura de la relación laboral, desde la fecha del despido hasta el dictado de la sentencia.

En este sentido la Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo sostuvo en un fallo que:

el hecho de haberse dispuesto el despido del accionante por haber participado activamente en la política gremial de la empresa, supuso un despido susceptible de ser encuadrado en la órbita de la ley antidiscriminatoria y que genera, como consecuencia de ello, no sólo la reinstalación del trabajador en su puesto de trabajo, sino también la reparación del daño material sufrido, que se traduce en el pago de los salarios caídos desde la ratificación del distracto hasta la fecha de incorporación a su puesto de trabajo.⁵⁰

En otro caso de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, dicho Tribunal confirmó la sentencia de primera instancia en la que el juez a quo consideró que la empleadora había vulnerado el principio de libertad sindical, al disponer el despido de la trabajadora y en la que si bien ésta no había sido electa como dirigente gremial, los testigos dieron cuenta de su actuación en tareas sindicales en defensa de los derechos de las trabajadoras mujeres, que no tenían representación específica en la comisión interna, e hizo lugar a la reinstalación de la actora en su puesto de trabajo y también condenó a la demandada al pago de los salarios caídos hasta la efectiva reincorporación de la trabajadora.⁵¹

De acuerdo con esto dice el autor Karpiuk:

El despido discriminatorio se encuentra vedado por la CN y por los instrumentos internacionales aplicables en nuestro ordenamiento interno y, en ese contexto, el trabajador, puede perseguir la nulidad del acto hostil con apoyo en la ley 23.592 con más el requerimiento de reinstalación en el empleo y el pago de los salarios caídos, devengados hasta la reincorporación al estar viciado de nulidad el acto.⁵²

En lo referente al daño moral, este consiste en palabras de la Dra. Ferreiros:

en una lesión que afecta a la víctima, en cuanto a sus sufrimientos o molestias no producidos por pérdidas pecuniarias, sino por el ataque a los sentimientos o, como se ha dicho algunas veces, al patrimonio moral.

Se Trata de un detrimento de orden espiritual, de un sentimiento lastimado, de un dolor sufrido...⁵³

⁵⁰ S.D. 16.149 del 29/03/10, "Rivero, Mariano Gabriel c/ Fate S.A. s/ Acción de amparo"

⁵¹ CNAT, Sala VI, sent. 56.971, 10/03/04, "Balaguer, Catalina Teresa c/ Pepsico de Argentina S.R.L. s/ Juicio sumarísimo"

⁵² Héctor H. Karpiuk (2011), *Discriminación y Despido en el ámbito laboral*, Buenos Aires; David Grinberg Libros Jurídicos.

⁵³ Estela M. Ferreiros, (2009), *Daño producido por el despido y su reparación*, Buenos Aires; Hammurabi

Según la Dra. Ferreiros, en el supuesto de discriminación, donde rige la ley 23.592, que específicamente hace referencia a la indemnización de daño moral, la misma procede, más allá aun de que se haya producido, en caso de despido, la reinstalación en el cargo.

En el ámbito jurisprudencial, la Sala VII de la CNAT reconoció el derecho al trabajador despedido a una indemnización por daño moral, atento que el acto rescisorio se apoyó en la acusación evidentemente discriminatoria de prácticas homosexuales no acreditadas en autos. El calificativo utilizado perjudicó la imagen del trabajador frente a los demás, con la consiguiente carga emocional negativa que ello le irrogó.⁵⁴

En otro caso en que se probó que el motivo del despido del trabajador fue su afiliación al sindicato respectivo la Sala II consideró la conducta del empleador como un acto contrapuesto al principio de no discriminación contemplado en el art. 16 de la Constitución Nacional y por las Declaraciones y Convenciones Internacionales a las que el art. 75, inc. 22 de la C.N. otorga jerarquía constitucional. También consideró, que dicha conducta fue violatoria de disposiciones de derecho interno como la ley 23.592 y el art. 17 de la LCT, por lo que configuró un ilícito contractual que, necesariamente, provocó una agresión de índole moral a la otra parte y cuyas consecuencias no se encuentran contempladas en los límites de la tarifa legal. El tribunal destacó que no correspondía asimilar dicha reparación a la prevista en el art. 52 de la ley 23.551 pero consideró que, aun así, correspondía abonar al actor, además de la indemnización tarifada prevista para el despido incausado, una suma en concepto de daño moral.⁵⁵

Otro caso en el cual se acreditó que en ocasión de ausentarse el trabajador de la empresa por estar guardando reposo aquejado de una infección con cuadro febril, el codemandado fue a su domicilio, perdió el control y profirió insultos al actor y su esposa aludiendo de manera despectiva a su color de piel y nacionalidad, con el objeto de que se presentara a trabajar. Tal actitud no sólo puede considerarse como desafortunada o lamentable, sino también despectiva y discriminatoria, por los que es procedente la reparación por daño moral solicitada por el trabajador.⁵⁶

Como se puede ver, en los fallos es decisión del juez si corresponde o no el pago de la indemnización por daño moral al trabajador y el monto de la misma. Todo dependerá de lo que el trabajador reclame y la prueba que ofrezca.

En este capítulo se trató todo lo que tiene que ver con los efectos o consecuencias que acarrea un despido discriminatorio es decir, si el mismo debe ser sancionado con la nulidad y en ese caso si la misma es absoluta o relativa y qué reparaciones le corresponden al trabajador damnificado. En el siguiente capítulo se analizará un tema muy delicado como es la prueba de la conducta discriminatoria y a quién corresponde la carga de la misma. La importancia de la prueba y la valoración que se haga de la misma radica en las consecuencias gravosas, recientemente planteadas, que traen aparejados estos despidos.

⁵⁴ CNAT, Sala VII . Sent. del 26/05/93, T.C. c/ Oga S.R.L . y otro s/ Despido.

⁵⁵ CNAT, Sala II S.D. 94.575 del 26/10/06, Chiappara Arroyo, Mario Andrés c/ Trans American Air Lines S.A.)-

⁵⁶ CNAT, Sala VII 27/3/06, Paucar Flores, Jorge L. c/ Compañía de Comunicaciones Capital S.A. y otros.

Capítulo IV: Prueba

El vocablo prueba, es utilizado para designar los distintos medios con los cuales puede ser acreditada la existencia de un hecho.

La prueba judicial, constituye el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre hechos que interesan al proceso.

El conocimiento de los hechos que interesan a la litis, no puede alcanzarse a través de un medio de prueba que los constata por sí mismos; sino indirectamente mediante la prueba de ciertos y determinados hechos que no están constituidos por la representación de éstos, y a partir de los cuales se los induce “mediante un argumento probatorio”, según normas de experiencia común o científica del magistrado.

Hay casos en los que la ley establece ciertas presunciones. Las presunciones pueden ser absolutas (iure et de iure) o relativas (iuris tantum). En el caso que un hecho se encuentre amparado por una presunción absoluta, queda exento de prueba y sólo es necesario acreditar la existencia del hecho previsto por el legislador para que opere este tipo de presunción legal, es decir, que la ley declara ineficaz la prueba contraria a la presunción e inútil la que sea favorable a ella. En cambio, al tratarse de una presunción relativa, ésta genera una inversión de la carga probatoria, es decir que admite prueba en contrario.

Otro tipo de presunciones son aquellas que no están establecidas por la ley también conocidas como presunciones hominis, que importan deducciones lógicas del juez, quien parte de un hecho conocido (indicio) y concluye en la existencia de otro hecho desconocido.⁵⁷

Con respecto a sobre quien recae la carga de la prueba, el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone:

Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

1. La prueba en los casos de despidos discriminatorios

La autora Plaza, María E. E. dice que:

...en cuanto al “onus probandi, existen en doctrina básicamente tres posturas:

La primera considera que la discriminación debe ser probada por quien la alega, según las reglas generales de la prueba. Esta tesis, actualmente, encuentra poca aceptación por la doctrina y la jurisprudencia.

Desde una segunda opinión se sostiene que cuando el trabajador se siente discriminado por alguna de las causas de distinción reprobadas por el ordenamiento jurídico como base de diferenciación, el onus probandi pesa sobre el empleador.

⁵⁷ Arazi, Roland (2004) Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo I, Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores.

Por último, la tercera tendencia afirma que basta que el trabajador proporcione un cuadro indiciario que permita la sospecha del acto discriminatorio, para que se desplace hacia el empleador la carga de acreditar que su actuación obedeció a causas extrañas a la vulneración de los derechos fundamentales ofendidos. Actualmente, es la tesis dominante en la jurisprudencia de los tribunales laborales.⁵⁸

En efecto, la jurisprudencia mayoritaria adoptó la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas según la cual no corresponde exigir al trabajador plena prueba de la razón o causa discriminatoria, bastando que aporte indicios verosímiles y concordantes de dicho extremo.

Según la teoría de las cargas dinámicas probatorias, quien se encuentra en mejores condiciones, es quien debe demostrar objetivamente los hechos en los que sustenta su obrar. En los casos de despido discriminatorio, quienes apoyan la aplicación de esta teoría, consideran que el empleador se encuentra en mejores condiciones para demostrar los hechos objetivos determinantes del distracto.

El motivo por el cual se adoptó dicha teoría en los casos de despido discriminatorio, es porque la aplicación de la teoría tradicional sobre la carga probatoria podría importar para el trabajador una frustración de sus derechos por la dificultad de probar el acto de discriminación.

El Dr. Zas en el fallo D'Errico c/ Le Lis S.A., destacó la dificultad probatoria de los actos de discriminación emanados de particulares y afirmó que, en estos casos, debe producirse un desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de las cargas de la prueba. También sostuvo que la desigualdad en el proceso entre el trabajador (litigante débil) y el empleador permite que la ley introduzca factores de compensación o corrección que favorezcan la igualdad entre ambas partes.

En relación a la carga de la prueba es imprescindible destacar el fallo P. L. S. c/ Colegio Público de Abogados, en el cual la Corte Suprema, estableció que basta un mero indicio de la existencia de una actitud discriminatoria para que la carga de la prueba de la inexistencia de la discriminación recaiga en el empleador.

En este caso, la Corte fundamenta su postura no sólo en el ordenamiento jurídico interno argentino y en los tratados internacionales ratificados por el país, sino que ha hecho alusión a la legislación comparada, mencionando directivas de la Unión Europea, leyes francesas, la Constitución de Bélgica, entre otras. También cita numerosa jurisprudencia de tribunales extranjeros como el Tribunal Constitucional de España, la Cámara de los Lores Inglesa, etcétera.

⁵⁸ Plaza María E. E. "Discriminación por motivos sindicales" La Ley 07/06/2012.

En el considerando N° 7, la Corte hace referencia a un estudio especial titulado “Igualdad en el empleo y la ocupación”, elaborado por la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones de la OIT en el cual se planteó que:

...uno de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el empleo o la ocupación se refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto incriminado, lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido”, continúa diciendo, que lo más frecuente “es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar (...) tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación”. Por consiguiente “en algunos países la legislación o la jurisprudencia invierten a veces la carga de la prueba o, por lo menos, dan una cierta flexibilidad a la parte de la carga de la prueba que corresponde al demandante.⁵⁹

La Corte concluye en el presente caso que:

resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual 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.⁶⁰

El Dr. Juan José Etala (h.) en su comentario al mencionado fallo, dijo que este:

...resulta sumamente grave para las empresas, a quienes entre otras cosas, pone en un manifiesto lugar de desigualdad y facilita la ya de por sí intensa litigiosidad existente en materia de despidos discriminatorios.(...).

Lo que se propone es que el empleador produzca una prueba negativa, que el despido no obedeció a motivos discriminatorios, lo cual es demostrar que hubo justa causa de despido, cuando en realidad el despido se ha producido sin justa causa, algo que se encuentra permitido por el art. 245 de la ley de contrato de trabajo y por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, lo que indicaría que, para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en todo despido sin justa causa puede existir algo oculto y pernicioso.

Si el empleador, haciendo uso de su facultad legal, despide a un trabajador sin invocar causa alguna, no puede después tener que demostrar que ha existido una causa para el despido, al solo efecto de demostrar que existía una causa objetiva y que no ha existido discriminación, cuando en realidad no ha existido causal para la extinción del contrato ya que para ello la ley permite el despido incausado mediante el pago de la correspondiente indemnización....⁶¹

Como corolario de todo lo analizado y tratándose de la acreditación de un despido discriminatorio, no debería flexibilizarse las reglas en materia probatoria sino por el contrario

⁵⁹ CSJN 15/11/2011 Pellicori Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo.

⁶⁰ Idem

⁶¹ Juan José Etala (h.), (2011), “La carga de la prueba” en: Derecho del Trabajo, LXXI N° 12, Argentina: La Ley.

habría que exigir pruebas convincentes y no meros indicios, ya que lo que se busca es invalidar un acto con apariencia de derecho lo cual trae consecuencias sumamente gravosas para el empleador.

En concordancia con esto, la Sala III en Sent. 91.757 del 22/02/2010, “Christensen, Viviana y otro c / Automóvil Club Argentino s/ Despido”, señaló que:

...cuando se habla de despido discriminatorio, se entiende que es el dispuesto por el empleador –aún cuando no lo exprese- por motivos tales como la raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión pública o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos del trabajador (arts. 17 y 81 LCT y 1º ley 23.592). En este caso de conformidad con lo dispuesto por esta última ley, el empleador 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 ocasionado. En atención a las consecuencias que acarrea un despido discriminatorio, la prueba debe ser convictiva y la carga probatoria corresponderá a quien pretende que la cesantía constituye un acto de tal índole ilegítima.⁶²

A lo largo del trabajo, se han analizado las fuentes normativas aplicables a los casos de despidos discriminatorios, las sanciones que se derivan de los mismos y las reparaciones que les corresponden a los trabajadores afectados, también se trató el tema de la prueba y la importancia de que esta sea convincente, entre otras cosas. A continuación se analizarán distintos casos de despidos motivados en distintas causas; edad, actividad sindical, embarazo, enfermedad para demostrar la falta de unanimidad y como la jurisprudencia ante casos parecidos llega a distintas soluciones.

⁶² Héctor H. Karpiuk (2011), *Discriminación y Despido en el ámbito laboral*, Buenos Aires; David Grinberg Libros Jurídicos.

Capítulo V: Distintos casos de discriminación

En este apartado se tratarán distintos casos de despidos discriminatorios que han sido resueltos por los tribunales nacionales.

1. Discriminación del representante gremial

La Constitución Nacional, garantiza la estabilidad en sentido amplio a los representantes gremiales, toda vez que en el art. 14 bis de la misma se dispuso que "...los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo".

También el art. 8 inc. 1 ap. "a", del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados Partes en dicho Pacto se comprometen a garantizar el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección y que conforme el Convenio N° 98 de la OIT los trabajadores deben gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo y que dicha protección debe ejercerse contra todo acto que tenga por objeto despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

La ley 23.551 establece un abanico de normas destinadas a proteger y tutelar la libertad sindical. Así se puede observar que se establece un procedimiento sumarísimo en su art. 47 que puede aplicarse en todos los casos en los que exista una conducta antisindical. También en su art. 52 se regla un procedimiento especial que afecta su contrato de trabajo y que en el 53 se prevé en forma amplia diversas acciones que limitan y excluyen u obstaculizan el ejercicio de la libertad sindical.⁶³

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en una sentencia del 05/07/01 (Martínez, Eduardo Jesús c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ Juicio sumarísimos, Rev. La Causa Laboral, Año I, N° 2, Dic/02, pág. 56) en un caso en el que a un delegado gremial le aplicaron un apercibimiento, señaló la necesidad de previa exclusión de la tutela sindical para una medida como la tomada por la empleadora. También consideró que existió respecto de tal trabajador discriminación en el otorgamiento de horas extras.

Manifestó el Tribunal que la circunstancia de que el art. 52 de la ley 23.551 se refiera especialmente a la suspensión y el despido, no implica que se deba excluir al apercibimiento, ya que en el caso esa medida disciplinaria implicaba una modificación de las condiciones de trabajo, privando al trabajador de una parte del premio por productividad y presentismo.

Se indicó que no tenía por qué prever el convenio colectivo que tal medida no podía aplicarse a los dirigentes gremiales, ya que ello derivaba de la interpretación del art. 52 de la ley 23.551 y que el apercibimiento, al modificar las condiciones de la remuneración, constituía de por sí una modificación de las condiciones de trabajo, por lo que el empleador no

⁶³ Héctor H. Karpiuk (2011), *Discriminación y Despido en el ámbito laboral*, Buenos Aires; David Grinberg Libros Jurídicos

estaba facultado a aplicarlo sin peticionar previamente la exclusión de la tutela sindical.

En el caso no se discutió que resulta facultativo para el empleador el otorgamiento de horas extras, sino si incurrió en discriminación, es decir, si privó al actor de aquello que concedió a la generalidad de los trabajadores de su sector. Sostuvo además que si bien el empleador goza en materia de horas suplementarias de cierta discrecionalidad, ello no puede justificar un proceder arbitrario, vale decir que no puede ejercer tal potestad en forma irrazonable o arbitraria, sino con adecuación a los principios de buena fe, diligencia y solidaridad.

En el caso “Larrobe, Viviana Gabriela c/ Casino de Bs. As. S.A. Compañía de Inversiones de Entretenimientos S.A. U.T.E.” del 2010, la trabajadora solicitó la declaración de nulidad de su despido, y la Sala II rechazó tal pedido pero admitió su reclamo por las indemnizaciones derivadas de la rescisión injustificada decidida por el empleador, a raíz de la participación de aquella en determinadas medidas de fuerza llevadas a cabo en el marco de una puja intersindical, en la que se debatía la aptitud representativa de dos entidades sindicales con personería gremial.

Valoró el Tribunal que la trabajadora no había logrado acreditar que ejerciera un cargo de representación gremial ni que contara con una postulación formal como candidato en un proceso eleccionario dispuesto por una entidad sindical, como para considerarlo comprendido en la tutela específica que prevén los arts. 40, 48 y 52 de la ley 23.551.

En la sentencia 69.131 del 21/12/06, “Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo” en su voto en mayoría el Dr. Simón consideró que no era posible recurrir a la ley general antidiscriminatoria (ley 23.592) cuando, como en el caso, existe un régimen protectorio específico (ley 23.551). Así, al configurarse el despido sin causa del actor, motivado por su actividad sindical en la empresa (candidatura a delegado suplente”, le corresponde la protección instrumentada a través de los arts. 48 a 52 de la ley 23.551, que debe interpretarse en forma amplia, pues el fuero sindical, aún antes de la instrumentación legal, nace en la Argentina en función de lo establecido en el art. 14 bis de la CN y también en la exigencia que en tal sentido contiene el art. 1º del Convenio 98 de la OIT.

La Sala VII de la CNAT en su S. D N° 40.306 del 09/08/2007, “Méndez, Raúl Emilio c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ Despido”, tuvo que valorar la conducta de la empleadora, que negó al actor, técnico de vuelo, el entrenamiento en el simulador de vuelo, ante el vencimiento de su licencia porque contaba con cincuenta y nueve años. Fundó tal decisión la principal en el hecho de que, por encontrarse cercano a su jubilación el trabajador, consideró que los costos de dicho entrenamiento serían estériles. Por ello también ignoró su carácter de delegado gremial y lo intimó a que iniciara los trámites jubilatorios en los términos del art. 252, LCT.

Los magistrados consideraron que se encontraron en presencia de actos discriminatorios, hostiles e injuriantes, y que en el caso se configuró una doble discriminación, por edad y por el ejercicio de la actividad gremial, ya que el último supuesto del art. 252, no le podía ser aplicado al trabajador.

La Sala IX en sentencia 9102, del 23/10/01, “Campos, Juan Carlos c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo”, consideró que en el caso se configuró la discriminación antijurídica que se invocara al demandar, pues se verificó que la empleadora actuó con una improcedente discrecionalidad arbitraria al privar infundadamente al accionante de la utilización de los instrumentos materiales y de la posibilidad de realizar

horas extras cuando se le concedían tales derechos a los demás trabajadores que se desempeñaban en idéntica categoría y área, por lo que se debe presumir que lo hizo por su carácter de representante gremial. (art. 53, inc. j, ley 23.551).

Señaló, que la condena resultaba ajustada a los términos previstos en el art. 1º de la ley 23.592 conforme el cual, quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionado.⁶⁴

2. Discriminación del activista gremial

El artículo 47 de la ley 23.551 establece que:

Todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la presente ley, podrá recabar el amparo de estos derechos ante el tribunal judicial competente, conforme el procedimiento sumarísimo establecido en el artículo 498 del CPCCN o equivalente de los códigos procesales civiles provinciales, a fin de que éste disponga, si correspondiere, el cese inmediato del comportamiento antisindical.

Atento ello, puede acudir a dicha vía procesal cualquier trabajador y no solo quienes gocen de estabilidad gremial, cada vez que su empleador incurra en un comportamiento discriminatorio antisindical.⁶⁵

En el caso de la CNAT Sala VIII “Ayala, Jorge Carlos c/ FATE SA s/ juicio sumarísimo”, el actor fue despedido por haber incumplido el apercibimiento previo por el cual se lo exhortaba a abstenerse de participar en paros ilegales, junto con 80 operarios de la empresa demandada. Es decir, que la empresa decidió extinguir el vínculo con el actor y con el resto de sus compañeros, como respuesta a la adhesión a la huelga, y no por la calidad de activista sindical que se le atribuyó. La característica particular de la motivación de la práctica social discriminatoria es la subsunción sin resto del sujeto en una identidad (generalidad), es decir, la adjudicación a un sujeto de la pertenencia a un grupo. Cuando la causa inmediata del despido se genera a partir de un acto, en el caso, dirigido a ocasionar un daño a su empleador -más allá de la legitimidad o no de la huelga-, el interés sobre la condición social del sujeto (activista) es desplazado por el valor de su conducta, cuya connotación agresiva provocó el despido. Por ello, debe ser revocada la sentencia de primera instancia en cuanto ordena la reinstalación del trabajador y la indemnización adicional por el carácter discriminatorio que se le adjudicó al despido.⁶⁶

En otro caso,

...al producirse el despido dispuesto por el empleador, el trabajador contesta mediante carta documento, sosteniendo que el despido obedece

⁶⁴ Héctor H. Karpiuk (2011), *Discriminación y Despido en el ámbito laboral*, Buenos Aires; David Grinberg Libros Jurídicos

⁶⁵ Idem

⁶⁶ CNAT **Sala VIII** Expte. N° 37.249/07 Sent. Def. N° 37.365 del 16/07 /2010 “Ayala, Jorge Carlos c/ FATE SA s/juicio sumarísimo”. (Catardo - Morando).

a su actividad gremial y resulta discriminatorio, la demandada lo rechaza y manifiesta que se halla a su disposición la liquidación final y el certificado de trabajo. El actor percibió los importes correspondientes a dicha liquidación. Este acto adquiere trascendencia y determina la improcedencia del reclamo, porque el proceder de las partes es esencial en los conflictos de aristas debatibles y lo cierto es que el trabajador percibió los rubros emergentes de la LCT y ratificó así la validez de lo acontecido, al menos en su eficacia extintiva. La conducta del actor implica asumir una posición que impide su ulterior impugnación, ya que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior (CSJN Fallos 275:235 y 458:294 y 307:1602), resultando dicho comportamiento deliberado, jurídicamente relevante y plenamente eficaz.⁶⁷

La Sala I (sent. del 05/09/07, “Macaroff, Estela E c/ Peprico de Argentina S.A.”, DT, 2007-A-685) resolvió un caso en el que una trabajadora apeló la sentencia de primera instancia que rechazó su pretensión de que se declarara nulo su despido dispuesto por la empleadora. La dependiente sostenía que dicho despido fue discriminatorio y fundó su acción en los arts. 47 de la ley 23.551 y 1º de la ley 23.592. La Cámara confirmó la sentencia e indicó que si bien se encontraba acreditado que la actora era del grupo de trabajadores que más se preocupaba de defender los derechos propios y los de sus compañeros, tal conducta no la transformó en un delegado gremial que justificara acceder a su reinstalación. Asimismo, sostuvo que si bien en todo grupo humano existen personas que adquieren un mayor protagonismo por distintas razones, dicha conducta, por sí sola, no lleva a concluir en que la actora tenía actividad gremial, aún cuando ella pudo haber tenido mayor protagonismo que otros compañeros. Es improcedente concluir que todos los participantes o que incitaron a la convocatoria a la asamblea o que hicieron sentir su voz, fuesen delegados de hecho o tuviesen actividad gremial.

Consideraron además los señores jueces que aún cuando la actora hubiere recibido el apoyo de diferentes personalidades del ámbito legislativo, gremial, político, profesional y de derechos humanos, que se han pronunciado ante su despido respecto de si ella era una perfecta desconocida o no hubiese realizado actividades gremiales, y más allá de la solidaridad del planteo, sólo debe tenerse en cuenta para dilucidar la cuestión en el ámbito jurisdiccional, el aporte que se ha hecho a la causa. Tratándose de la acreditación de un despido discriminatorio, se requiere una prueba muy convictiva y una apreciación muy exigente de los elementos acompañados, porque se impone suma prudencia ya que se trata de invalidar un acto con apariencia de derecho, y está en juego la libertad de contratar...

La misma Sala en el caso “Risso, Carlos Fernando c/ Fate S.A s/ Juicio sumarísimo, estimó que debía considerarse nulo, en los términos de la ley 23.592, el despido de un colaborador sindical, quien previo a su desvinculación fuera intimado por la empleadora a abstenerse de participar en medidas de fuerza. Indicó que a través del despido incausado el empleador expresa su voluntad de rescindir el contrato sin fundamentarlo o explicando una razón de conveniencia.

⁶⁷ (Del voto del Dr. Vilela, en minoría). CNAT **Sala I** Expte. N° 10.514/2010 Sent. Def. N° 86.699 del 31/ 05/2011 “Albarello, Ángel Omar c/Molinos Río de la Plata SA s/juicio sumarísimo”. (Vázquez – Vilela – Pasten de Ishihara).

También indicó que la ley 23.592 autoriza a dejar sin efecto el acto discriminatorio de acuerdo a lo previsto en su artículo 1º y está destinada a neutralizar las conductas discriminatorias, permitiendo declarar la ineficacia del acto cuestionado, equiparándolo al acto jurídico de objeto prohibido. Corresponde entonces declarar nulo el despido decidido por el empleador y procederse a la reinstalación del trabajador en su puesto y el derecho a percibir salarios caídos desde el distracto hasta que se cumpla la medida, más un recargo por discriminación.

Un viejo fallo de la Sala II del 29/03/96 (“Mundo, Néstor L. c/ Consejo Federal de Inversiones”, DT, 1996-A-2089), en la que el Tribunal consideró que si el trabajador se encontraba excluido de la tutela dispuesta en los arts. 48 y siguientes de la ley 23.551 –no ejerció un cargo de representación que le permita la reinstalación en el puesto de acuerdo a lo normado por el art. 52 de dicha ley-, resultaba improcedente la vía sumarísima articulada con fundamento en el art. 47 de la ley 23.551 ante su despido, puesto que tal norma no resulta hábil para neutralizar actos extintivos eficaces relativos a trabajadores que se encuentren comprendidos en un régimen común de estabilidad relativa.

Consideró el Tribunal que sólo tendrían derecho a la estabilidad los trabajadores que invistieran una representación sindical orgánica –no los activistas, militantes o colaboradores vinculados a la entidad profesional pero que no han sido electos delegados-, puesto que la norma prevé una acción sumarísima para cuando se encuentren obstaculizados los derechos emergentes de ella, destinada al cese inmediato del comportamiento antisindical y se refiere a la posibilidad de que una sentencia judicial en forma imperativa imponga una conducta negativa o de abstención, pero de ningún modo implicaría la posibilidad de ordenar la reinstalación de un trabajador despedido ni importaría la protección absoluta de un vínculo que carece de estabilidad, ya que por el principio de legalidad y reserva contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional, ello requeriría una norma expresa que calificara la ilicitud del acto rescisorio y tal extremo no se extraería de lo prescripto en el art. 47 de la ley 23.551.

Por otro lado, sostuvo el Tribunal que la improcedencia de la vía prevista en la mentada norma ante el despido de un trabajador comprendido en un régimen común de estabilidad relativa, no debe ser entendida como una exclusión de todos los trabajadores que no son delegados o representantes sindicales del ámbito de protección contenido en la mencionada norma, sino sólo considerar que tal tutela no permite extenderse e invalidar el ejercicio de potestades resolutorias, que una norma expresa no ha afectado, por lo que el despido de un trabajador comprendido en un régimen común de estabilidad relativa –con independencia de que la conducta del empleador habilite una acción de querrela por práctica desleal en los términos de los arts. 53, 55 y concordantes de la ley 23.551 –no puede ser solucionado por la vía elegida.

La misma Sala II (S. D. nº 94.575 del 26/10/06, “Chiappara Arroyo, Mario Andrés c/ Trans American Air Lines S.A.”) en un caso en el que se probó que el motivo del despido del trabajador fue su afiliación al sindicato respectivo (aún sin llegar a ser delegado gremial), consideró la conducta del empleador como un acto contrapuesto al principio de no discriminación contemplado en el art. 16 de la Constitución Nacional y por las Declaraciones y Convenciones Internacionales a las que el art. 75, inc. 22 de la CN otorga jerarquía constitucional.

También, consideró que dicha conducta fue violatoria de disposiciones de derecho interno como la ley 23.592 y el art. 17 de la LCT,

por lo que configuró un ilícito contractual (concomitante al despido) que, necesariamente, provocó una agresión de índole moral a la otra parte y cuyas consecuencias no se encuentran contempladas en los límites de la tarifa legal.

El tribunal destacó que no correspondía asimilar dicha reparación a la contemplada en el art. 52 de la ley 23.551 –limitada a los trabajadores amparados por las garantías previstas en los arts. 40, 48 y 50, LAS- pero consideró que, aún así, correspondía abonar al actor, además de la indemnización tarifada prevista para el despido incausado, una suma en concepto de daño moral.

La Sala V tuvo que pronunciarse en un caso en el que en primera instancia se rechazó la demanda entablada por un trabajador despedido para obtener la nulidad del distracto y su reinstalación en el cargo, con invocación de la ley 23.592 y el art. 47, LAS, quien había invocado la existencia de una supuesta conducta antisindical. El Tribunal tuvo en cuenta, entre otras cuestiones, que el demandante, al tiempo de ser despedido, había cesado tiempo atrás como delegado sindical y había expirado el plazo de ultraactividad previsto en la ley 23.551.

Aquél Tribunal en su sentencia 66.890 del 17/02/04, “Failde, Carlos c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ Sumarísimo”, consideró que correspondía rechazar la demanda –tendiente a que se declarara nulo un despido incausado y se dispusiera la reinstalación del cesanteado, con invocación del art. 47 LAS, en la que se alegó la existencia de una conducta antisindical del empleador –si el distracto se produjo luego de que venciera el plazo de vigencia de la tutela sindical, pues sólo gozan del derecho a la estabilidad quienes poseen representación sindical orgánica actual y no los activistas o militantes vinculados a la asociación profesional que no hubieran accedido a los cargos ni fueron electos delegados o han cesado en sus mandatos con expiración del plazo de ultraactividad.

También consideró que una respuesta de ineficacia tan intensa, como es la nulidad del despido, que se vincula a una conducta que el ordenamiento juzga reprochable, requiere una prueba muy convictiva y una apreciación muy exigente de los elementos acompañados (dictamen N° 25.980 del 12/11/98, “Sindicato Único de Trabajadores del Automóvil Club Argentino c/ ACA”, emitido en la causa N° 35.823/96, del registro de la Sala II), toda vez que, se trataría de dejar sin efecto un acto con apariencia plena de ejercicio regular de un derecho, siendo necesaria suma prudencia para invalidar un despido, porque está en tela de juicio la libertad de contratar, que lleva implícita la posibilidad de rescindir contratos.

Consideró además el Tribunal que no corresponde interpretar que el texto del art. 47 de la ley 23.551 importaría una prohibición temporal de despedir sin causa a los trabajadores que estuvieran incluidos en el régimen común de protección contra el despido arbitrario, en los momentos en que estuvieran ejerciendo alguna actividad sindical.

En cambio, el Dr. Zas en el caso “Quispe Quispe, Néctar c/ Compañía Argentina de la Indumentaria S.A. s/ Juicio sumarísimo” de la misma Sala, señaló que la situación de real o aparente desarmonía entre el art. 47 de la ley 23.551 y la ley 23.592 y sus posibles interpretaciones, debe ser resuelta en el sentido más favorable a la trabajadora; esto es, admitiendo que constituyen un conjunto normativo armónico que, ante un caso de despido discriminatorio por motivos antisindicales, habilita a la actora a demandar, por la vía sumarísima, la nulidad del despido, la reinstalación en el puesto de trabajo y la reparación de los daños y perjuicios sufridos.

También, se señaló que el carácter sindical de la acción desplegada por la actora, fluye de un contexto conformado por su participación activa

en la organización de los trabajadores en la empresa demandada para la mejora de las condiciones de trabajo, en la petición al sindicato y a la autoridad de aplicación para la convocatoria a la elección de delegados y en la denuncia ante la Subsecretaría de Trabajo, ratificatoria de reclamos anteriores. Es menester destacar que actos como los realizados por la trabajadora coadyuvan a la defensa del interés colectivo a los trabajadores, más allá de su afiliación sindical, teniendo en cuenta que fueron realizados respecto de una empresa que carecía de delegados sindicales. En el caso, ante la presencia de una sucesión de datos cronológicos, temporal y causalmente conectados entre sí, puede deducirse que el despido de la actora obedeció verosímilmente a su actitud de ejercer derechos incluidos en el ámbito de la libertad sindical.

En minoría, la Dra. García Margalejo señaló que en las acciones donde se pretende nulificar el acto extintivo de la contratación laboral, se requiere para su procedencia la producción de una prueba muy convictiva y una apreciación muy exigente de los elementos acompañados, sin que constituya prueba en este sentido, que simplemente se señale, refiera o manifieste, en una denuncia efectuada por la propia interesada u otras personas, que dicen estar en igual situación, pues de seguirse tal criterio la propia parte podría preconstituir prueba en su favor, tan sólo con presentar una denuncia. Entonces, el caso no consistió en un delegado gremial regularmente designado.

En un caso, que llegó a la SCBA “Careri, Juan Carlos contra Jockey Club Asociación Civil. Diferencias Salariales -Diferencias indemnizatorias”, se sostuvo que: “Tras analizar los elementos probatorios producidos en la causa, el tribunal de grado concluyó que el actor no acreditó haber notificado al empleador de la postulación o el cargo en la asociación sindical con anterioridad a que aquél le notificara el despido (19-V-2004); ello así, pues si bien se celebró una asamblea informal en el mes de enero del 2004, en la cual el accionante fue electo como secretario general, el sindicato aún no había sido formalmente constituido ni inscripto y no se acreditó que la accionada hubiera tomado conocimiento de tal circunstancia. En cambio -precisó el juzgador- la única notificación que se produjo de la elección del actor, fue cursada con posterioridad al despido (27-V-2004, fs. 9 y 13, vered., fs. 377 y vta.). Añadió que tampoco resultó demostrado que la cesantía hubiera constituido un acto discriminatorio como represalia por la actividad sindical desempeñada por el señor Careri, en tanto no se probó que la accionada hubiera tomado conocimiento del desempeño de sus tareas gremiales, ni que éste hubiera representado a los trabajadores ante el empleador en momento alguno”, continúa diciendo que: “la circunstancia de que con anterioridad al despido se hubiera publicado la resolución mediante la cual fue inscripta la asociación sindical que refiere haber integrado el actor (res. 256/04; ver informativa de fs. 321/324), no gravita para definir la cuestión, toda vez que lo único que puede reputarse conocido a partir de esa publicación es la existencia misma de dicha inscripción por parte del sindicato, no así la designación del demandante como uno de sus representantes o su desempeño sindical, ni el conocimiento de tales hipotéticas circunstancias por el empleador, que es lo que en definitiva el quejoso pretende se tenga por acreditado”.⁶⁸

3. Discriminación por edad

⁶⁸ Héctor H. Karpiuk (2011), *Discriminación y Despido en el ámbito laboral*, Buenos Aires; David Grinberg Libros Jurídicos

La Sala II en S.D. 97.121 del 17/09/09, “Cartolano, Antonio y otros c/ Peugeot Citröen Argentina S.A.”, indicó que la edad se encuentra entre las causas que no se admiten como válidas para efectuar distinciones en materia de empleo y ocupación, puesto que ello no lleva necesariamente implícita la falta o la pérdida de capacitación para un puesto de trabajo, y así debe entenderse a la luz de la normativa vigente al respecto

La Sala III, en S.D. 89.775 del 30/05/08, “Privitera, Héctor Eduardo y otros c/ Peugeot Citröen Argentina S.A. s/ Despido”, refirió que Peugeot Citröen S.A. inició en diciembre de 2001 un procedimiento preventivo de crisis con el objeto de despedir empleados en forma colectiva y consideró que su política de despedir a los trabajadores en función de su edad y teniendo en cuenta su proximidad a la jubilación, configuró un acto de discriminación. Por ello, dado que los trabajadores superaban los 55 años al momento de la cesantía, concluyó que la demandada actuó en forma discriminatoria al prescindir de sus servicios.⁶⁹

4. Discriminación por enfermedad

El caso “D.C.A. c/ Sowne Fitness Wear S.R.L s/ Daños y perjuicios”, de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, no se trata de un despido, sino que la discriminación se encuentra en el acceso al empleo. Se trata de un hombre que transitó por un proceso de selección para un puesto de trabajo como empleado administrativo contable. Uno de los requisitos era hacerse un examen preocupacional del cual surgió como resultado que el actor era portador del virus de HIV. Luego de conocer dicho resultado la demandada manifestó que el accionante no era apto para ocupar ese empleo ya que no había pasado el examen técnico. Al no poder probar la demandada que el actor no superó el examen técnico, y luego de valorar otros elementos como declaraciones testimoniales, la notificación del resultado del examen preocupación a la demandada, entre otras cosas, la Cámara decidió condenar a Sowne Fitness Wear S.R.L., al pago de “una suma de \$30.000 en concepto de reparación de los daños y perjuicios sufridos por la discriminación arbitraria” de la cual fue objeto el actor.

Si bien es cierto que hubo una actitud discriminatoria al momento de contratar, porque de lo que surge de la causa no se pudo probar que existiese otro motivo por el cual no otorgarle el puesto de trabajo, debido a que no se pudo demostrar que no reunía los requisitos técnicos solicitados, también hay que tener en cuenta que el monto de la indemnización es excesiva debido a que a pesar de haberse realizado una serie de tratativas, nunca se configuró una relación laboral. El empleador tiene amplias facultades de organización de su empresa tal como surge del art. 64 de la LCT y entre ellas está la de

⁶⁹ Héctor H. Karpiuk (2011), *Discriminación y Despido en el ámbito laboral*, Buenos Aires; David Grinberg Libros Jurídicos

elegir al personal con el que quiere trabajar y no debería verse obligado a contratar a alguien por el solo hecho de estar enfermo.

En otro caso,

...el actor fue despedido al finalizar su tratamiento sin causa alguna, lo que se entiende como un elemento indiciario suficiente para considerar que el despido fue discriminatorio. En la materia, debe atenderse a la conducta del empleador que sigue a una situación de extrema vulnerabilidad del dependiente, que permite presumir que su permanencia en la empresa podía resultar inconveniente para el normal desarrollo de su actividad, si tuviera una recaída en su enfermedad, lo que expresaría solo la búsqueda del beneficio por el empresario. Por ello atendiendo a los bienes que deben protegerse en estos casos, corresponde consolidar firmemente la protección del empleado en situación de vulnerabilidad, quien no debe estar sujeto a ninguna consecuencia perjudicial derivada de su enfermedad, máxime cuando se trata de quien ha buscado y logrado la recuperación. De modo que aquellos empleadores que decidan la terminación de la relación laboral, deben justificar acabadamente que la cesantía no guarda relación con la enfermedad.⁷⁰

En otro fallo,

...si bien el actor reclamó una indemnización por daño moral con sustento en la ley 23.592, por considerar que el despido decidido por la empresa por "reestructuración" fue discriminatorio, ya que la causa real de la cesantía fue la disminución de la capacidad física del trabajador producto de la dolencia columnaria que adquirió, precisamente, por prestar tareas pesadas para su empleadora, lo cierto es que, más allá de posiciones de orden moral o ético que podrían sostenerse en relación con el caso en consideración, la ley no mejora el nivel de estabilidad en el empleo a los trabajadores que, por alguna razón, adquieren una disminución de su capacidad laboral. En efecto, tanto esos empleados, como aquellos que se hallan en la plenitud de sus capacidades físicas y mentales, pueden ser despedidos válidamente por sus empleadores, sin causa justificada – tal como acontece en autos - , caso en el que sólo son acreedores a las indemnizaciones tabuladas que el ordenamiento legal prevé para tal supuesto (como regla, las previstas en los arts. 156, 232, 233 y 245 LCT). La aparente incapacidad física del accionante sería atribuible a una lumbociatalgia aguda que no podría razonablemente generar posiciones negativas acerca de sus cualidades personales, aspecto sobre el que, de cualquier modo, no se invocó ni se probó. Por lo que no resulta suficiente para sostener lo contrario el hecho de que la accionada haya invocado una causal presuntamente falsa para despedir al actor (reestructuración empresarial), ya que su intención no fue intentar justificar su decisión para desligarse de su responsabilidad indemnizatoria.⁷¹

5. Discriminación por embarazo en período de prueba

⁷⁰ CNAT **Sala VI** Expte N° 20.954/08 Sent. Def. N° 63.088 del 15/07/ 2011 "V.,O. A. c/ Societe Air France S.A. s/ Despido". (Fernández Madrid – Raffaghelli).

⁷¹ (Del voto del Dr. Guisado, en mayoría). CNAT Sala IV Expte N° 23.044/08 Sent. Def. N° 95.701 del 31/8/2 011 « Núñez, José Roberto c/ Proflar S.A. s/despido » (Marino – Guisado – Pinto Varela).

Durante el período de prueba cualquiera de las partes está legitimada para denunciar la relación de trabajo sin responsabilidad indemnizatoria; a su término se consolida retroactivamente la vigencia de la relación de trabajo, y el trabajador comienza a gozar de la llamada “estabilidad relativa impropia”, situación que lo hace acreedor a la indemnización por despido si no ha existido una justa causa. El embarazo –preexistente o sobreviniente- de la trabajadora no posee virtualidad para alterar el estatus jurídico que resulta del período de prueba. No existe norma que prevea tal efecto, ni la excepción puede ser inferida de reglas o principios relacionados con la proscripción de conductas discriminatorias, que se encuentran excluidas, en tal hipótesis, porque a los fines legales, la trabajadora integra la clase de trabajadores sujetos a período de prueba que constituye un universo cerrado que no admite circunstancias particulares –edad, sexo, nacionalidad, religión, opiniones políticas, actuación gremial, estado de salud, etcétera- excluyentes de la regla general aplicada a todos ellos. Por ello, no procede la indemnización agravada cuando la trabajadora es despedida estando embarazada durante el período de prueba⁷²

En otro caso, se sostuvo que es discriminatorio (art. 1 ley 23.592), y por lo tanto nulo, el despido de la trabajadora quien comunicara su embarazo con anterioridad, aún cuando la modalidad adoptada para la relación laboral fuera el contrato a prueba (art. 92 bis L.C.T.), por lo cual cabe la reinstalación en su puesto de trabajo y el pago de los daños y perjuicios sufridos con motivo del acto discriminatorio y los salarios caídos.⁷³

6. Discriminación de empleada por tratamiento de fertilización asistida.

En este caso de la Sala VI de la Cámara Nacional del Trabajo, caratulado como V. G. M. I. c/ Grupo Concesionario del Oeste S.A. s/ despido, una trabajadora fue despedida mientras se encontraba de licencia médica por la realización de un tratamiento de fertilización asistida. En primera instancia consideró que no se acreditó el carácter de discriminatorio del despido y desestimó la aplicación de la ley 23.592, rechazando la reparación reclamada en concepto de daño moral. Sin embargo, en segunda instancia se hizo lugar al reclamo de la actora ya que estableció que los dos certificados médicos fueron recepcionados por la empleadora y que ésta tenía pleno conocimiento de los tratamientos que estaba realizando la trabajadora en su búsqueda de la maternidad.

El Tribunal estableció que:

...se encontraba en juego una garantía de rango constitucional como lo es la tutela de la mujer frente a conductas discriminatorias por cuestiones de género, de conformidad, con lo previsto en el art. 16 de la CN y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y lo que surge de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. VII), del Pacto Internacional de

⁷² CNAT, Sala VIII, 23/9/08 Petrillo, Paola Natalia c/ Nas Argentina S.A.

⁷³ CNAT Sala VII Expte. N° 6.208/10 Sent. Def. N° 43.712 del 05/08/2011 “L., E. M. c/ Qualytel de Latinoamérica SA s/despido”. (Rodríguez Brunengo – Ferreirós).

Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 10) y fundamentalmente de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y las leyes 26.485 y 23.592.

Al respecto, la ley 26.485 sobre Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, en lo que hace al caso en análisis, califica como violencia contra la mujer a aquellas conductas que discriminan a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo.

Por su parte, la Convención contra la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer expresamente establece: La obligación de los estados de instrumentar políticas con el fin de eliminar la discriminación contra la mujer (art. 2º); La necesidad de adoptar medidas apropiadas para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre (art. 3º); Reconoce que la maternidad tiene una función social y como tal debe ser protegida (art. 5) y establece la obligación de los Estados Partes de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, y en lo que concierne a la problemática analizada, el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción y la prohibición de toda discriminación por razones de matrimonio o maternidad, especialmente el despido por motivo de embarazo o licencia por maternidad (art. 11).⁷⁴

El Tribunal continúa diciendo que:

...en el caso, cabe tener en cuenta que la demandada conocía en forma fehaciente la fecha de iniciación del tratamiento de fertilización asistida y en definitiva de la fecha en que se produciría la gestación, y el despido tuvo lugar luego de llevado a cabo la fertilización del ovulo y de su implantación en el vientre materno, mientras la trabajadora se encontraba de licencia por tal motivo.

Entiendo que está en juego una cuestión de género, porque si bien es cierto que los trabajadores de ambos sexos pueden realizarse tratamientos médicos que requieren de licencia, lo cierto es que las intervenciones producto de los tratamientos de reproducción asistida, sólo afectan directamente a las mujeres...⁷⁵

7. Discriminación por demandar al empleador.

Es necesario destacar que no todo trato diferenciado, arbitrario, reprochable e, incluso, de revancha, puede conceptualizarse como discriminación ilegítima en los términos que nuestra legislación positiva estigmatiza. Para poder calificar así a alguno de esos actos, el sujeto o grupo de sujetos afectado debe contar con alguna cualidad, característica o condición que lo torne particularmente sensible a la discriminación y, a la par, el comportamiento censurable deberá fundarse en esa cualidad o

⁷⁴ CNTRab., Sala VI, 31/05/2012 V. G. M. I. c Grupo Concesionario del Oeste S.A. s/ despido

⁷⁵ Idem

*circunstancia que ha hecho que la sociedad actual reputé inadmisibles a tal punto esos comportamientos como para conceptualizarlos en una categoría especial – discriminatorios a fin de someterlos a un régimen jurídico diferenciado y pasible de una peculiar y más intensa tutela para la víctima a la par que de un agravado reproche para el autor del acto denostable. Desde esta óptica, no parece factible considerar – sin más – discriminatorio en los términos del art. 1 de la ley 23.592 al despido incausado, aun cuando pudiese, al sólo efecto conjetural de este análisis, ser considerado una injusta revancha ante una demanda del trabajador.*⁷⁶

⁷⁶ CNAT **Sala IV** Expte N° 15.345/09 Sent. Def. N° 95.425 del 23/5/2 011 « Quiroz, Juan Domingo Matías y otro c/ Matriplast S.A.s/despido » (Marino – Guisado).

Conclusión

Como corolario de todo lo expuesto a lo largo de este trabajo, se puede ver que, los casos de despido discriminatorio aún suscitan muchas cuestiones que no son fáciles de resolver.

En primer lugar, no hay que llegar al extremo de creer que todo despido incausado oculta un acto discriminatorio, ya que lo único que se lograría con esto es crear un estado de incertidumbre que agudizaría los conflictos entre la parte patronal y la obrera.

Es necesario que los jueces sean prudentes a la hora de valorar la prueba ofrecida, la cual debe ser convincente y no tratarse de meros indicios ya que las consecuencias que se derivan de la anulación de un despido con apariencia de derecho, son sumamente gravosas para la parte patronal. La aplicación de la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas si bien beneficia al trabajador afecta notablemente el derecho de defensa en juicio del empleador, ya que probar el real motivo de un despido, más en el caso de nuestra ley laboral que prevé el despido sin causa (art. 245 LCT), es sumamente complicado.

Otro tema a tener en cuenta, es que ningún derecho constitucional tiene supremacía sobre otro, sino que en caso de conflicto, estos deben ser armonizados buscando una solución que permita conciliar los intereses de ambas partes.

Ante un despido discriminatorio, en el cual se enfrentan el derecho a trabajar en un ámbito de igualdad y no discriminación del empleado y el derecho a contratar o no y a ejercer toda industria lícita del empleador, el forzar la permanencia en su puesto de trabajo del obrero, en contra de la voluntad de la patronal, más el pago de los daños materiales y morales ocasionados, generaría una desigualdad entre los derechos ya que se pondría los del trabajador sobre los del empleador.

Por ende, ante un caso de despido discriminatorio, debería permitirse la ruptura del vínculo laboral y condenar al empleador al pago de una indemnización agravada que sea acorde al perjuicio realmente irrogado al empleado.

Sin embargo, de optarse por ordenar la reincorporación del trabajador, es imprescindible que se establezca un límite hasta el cual deba respetarse su permanencia ya que de lo contrario se estaría desvirtuando el sistema de estabilidad impropia que rige para los empleados del sector privado.

Por otro lado, no todas las normas, en las cuales se funda la jurisprudencia y la doctrina hoy en día para resolver estos casos, son específicas del ámbito laboral, por lo tanto dan lugar a muchas lagunas, lo cual crea una gran inseguridad jurídica, ya que como se vio en el presente trabajo, el resultado del pleito dependerá del criterio jurisprudencial que prevalezca.

En consecuencia, es necesario que haya una ley específica que regule este tema tan delicado y fije los parámetros necesarios para que los jueces determinen la indemnización que corresponda a cada caso, o al menos que se incorpore un artículo a la LCT que se pueda aplicar a los otros casos de discriminación que no están tipificados. Lo importante es que no se deje el quantum de la indemnización a discreción de los jueces sino que se establezcan una serie de lineamientos a los cuales deban atenerse, para de ese modo evitar arbitrariedades.

Bibliografía

- Arazi, Roland (2004), *Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo I*, Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores.
- Aronna, Carlos, Gérez, Oscar y Jovtis Alfredo (2002), *Guía de las reformas laborales*, Bs. As.; LEXIS NEXIS, Depalma. (Cap. VI, pag. 139 y ss).
- Carcavallo, Esteban, “*La representación de los trabajadores ampliada en el marco de la garantía de libertad sindical y sus derivaciones en caso de despido injustificado*” en: La Ley 10/03/2011.
- Coppoletta, Sebastián C., “*La reinstalación del trabajador como sanción del despido discriminatorio*”. DJ 02/03/2011, 9.
- Etala , Juan José (h.), (2011), “*La carga de la prueba*” en: Derecho del Trabajo, LXXI N° 12, Argentina: La Ley.
- Ferreiros , Estela M., (2009), *Daño producido por el despido y su reparación*, Buenos Aires; Hammurabi.
- Grisolia, Julio Armando (2007), *Manual de Derecho Laboral*, Argentina: LexisNexis.
- Guisado, Héctor C., “*Interpretación y aplicación de los convenios de la OIT. Su incidencia en la doctrina, la jurisprudencia y la práctica nacional*” en: Revista Derecho del Trabajo; año LXXI, n°7, Argentina: La Ley.
- Karpiuk, Héctor H. (2011), *Discriminación y Despido en el Ámbito Laboral*, Argentina: David Grinberg Libros Jurídicos.
- Kiper, Claudio Marcelo, *Derechos de las minorías ante la discriminación*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1998.
- Llambías, Jorge Joaquín (2003), *Tratado de Derecho Civil Parte General Tomo II*, Argentina: LexisNexis Abeledo – Perrot.
- Plaza, María E. E., “*Discriminación por motivos sindicales*”: La Ley 07/06/2012.
- Sagües, Nestor Pedro, (2003), *Elementos de derecho constitucional*, Tomo 2, Bs. As; Editorial Astrea.
- Serrano Alou, Sebastián, “*La CSJN y el fallo Álvarez: un paso fundamental en la defensa de la dignidad de los trabajadores frente al capitalismo y por la democratización de las relaciones de trabajo*” en: La Ley Online.
- www.pjn.gov.ar/publicaciones/00008/00051632.pdf