

LA TUTELA DEL DESPIDO DISCRIMINATORIO

(COMENTARIO C.N.AT. SALA V, SENTENCIA DEFINITIVA 69.131 DEL 21.12.06 AUTOS "ARECCO MAXIMILIANO C/ PRAXAIR ARGENTINA S.A. S/JUICIO SUMARÍSIMO")

por Horacio Schick

I.- Introducción

La sentencia que se comenta dictada por la sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, constituye una importante construcción jurisprudencial que reafirma el sendero iniciado con los fallos dictados en el caso "Stafforini,"¹ y continuado con los precedentes "Balaguer",² "Parra"³, "Greppi"⁴ de la misma Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, y también receptada por Tribunales Provinciales.⁵

En todos estos casos se decide la nulidad de despidos por causas discriminatorias determinando consiguientemente la reinstalación del trabajador objeto de la cesantía y en la mayoría de los casos se ordena el pago de los salarios caídos por todo el tiempo que transcurriera entre el acto nulificado y la readmisión en el empleo.

El tema tiene relevancia. El 30 por ciento de las denuncias comprobadas por el instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (Inadi) en los dos últimos años son por actos de discriminación ocurridos en el ámbito laboral, que ocupa el primer lugar en el ranking de denuncias por motivos políticos, sindicales o políticos.⁶

Cabe destacar que antes de esta secuencia de fallos la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo tenía una postura altamente restrictiva en orden al reconocimiento de la tutela genérica del representante sindical, incluso, se había llegado a desestimar la declaración de nulidad de despido de fundadores de sindicatos o miembros de comisiones directivas de asociaciones simplemente inscriptas⁷.

¹ CNAT, Sala X, 29.06.2001, Stafforini Marcelo Raúl c/Ministerio de de Trabajo y Seguridad Social.ANSES

² CNAT, Sala VI, "Balaguer, Catalina T. c. Pepsico de Argentina S.R.L." del 10/03/2004.

³ CNAT, Sala V, 2006/06/14 ~ Parra Vera, Máxima c. San Timoteo S.A.

⁴ CNAT Sala IX del 31/05/2005 "Greppi, Laura K. C/ Telefónica de Argentina".

⁵ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro 02/06/2005 en autos "María Mabel Pellejero s/ amparo s/ apelación" y Tribunal de Trabajo Nro. 2 de la Matanza, Febrero 2006, autos "Villalba, Franco R. c/The Value Brands Company de Argentina SCA s/acción de amparo".

⁶ Ismael Bermudez "Las Sospechosas de siempre" Artículo publicado en la Revista Caras y Caretas del 29 octubre de 2006.

⁷ Segura Alejandro Anibal Funcion y ciclo sindicales. Como salir a través de un amparo sindical. DT 2004, junio 775

II.- La discriminación y el Derecho del Trabajo

Antes de analizar el fallo en cuestión, parece oportuno referir la regulación básica del principio antidiscriminatorio, aplicable a todos los ciudadanos, es la ley 23.592 (Adla, XLVIII-D, 4179) que veda todo acto discriminatorio y, por lo tanto, considera que el mismo tiene un objeto prohibido (art. 953, Cód. Civil) y consecuentemente es nulo (art. 1044, Cód. Civil), por lo que sin perjuicio de repararse los daños producidos por ese acto nulo se debe reponer el estado de cosas anterior al acto lesivo (art. 1º, ley 23.592 y art. 1083, Cód. Civil). También dice la ley "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".

Se trata de una tutela inhibitoria a través de la cual se puede reclamar la cesación del acto discriminatorio y reclamar la reparación moral y material que el mismo ocasiona.

La vía procedimental de ejercitar este derecho es el amparo porque así lo legitima la Constitución Nacional en su artículo 43, y también lo posibilitan los Tratados Internacionales incorporados con jerarquía constitucional. Mediante esta acción expedita se evita un largo juicio laboral ordinario para que cese la discriminación

Cabe aclarar que, en lo que atañe al despido discriminatorio con el dictado de la ley 25.013, y atento el veto parcial ejercido por el Poder Ejecutivo (dec. 1111/98 -Adla, LVIII-D, 3888-), sólo se consideraba despido discriminatorio el originado en motivos de raza, sexo o religión (se desechaba la discriminación por nacionalidad, orientación sexual, ideología u opinión política o gremial) y en tal supuesto la prueba estaba a cargo de quien invoque la causal, siendo la indemnización prevista en el art. 7º de dicha ley, incrementada en un 30% sin aplicarse el tope establecido en el segundo párrafo del mismo⁸.

Para cierto sector de la doctrina al existir una específica reglamentación especial laboral, ésta impedía la aplicación de la ley 23.592.

A través de este camino se producía una discriminación negativa para los trabajadores donde se limitaban las causales que podían determinar el acto discriminatorio y la reparación de sus consecuencias. Así, en lugar de la nulidad del despido producido en tales circunstancias todo se zanjaba con un incremento del 30% en la indemnización y la no aplicación del tope respectivo que, en el caso de la ley 25.013 ya tenía menor importancia atento el cálculo proporcional del sistema indemnizatorio que consagraba dicho ordenamiento⁹.

Así como ocurrió con el art. 39 de la LRT, se decidió a través de la específica regulación laboral, que el trabajador, sujeto de preferente tutela con base constitucional en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, tuviera un tratamiento desfavorable respecto al resto de los habitantes de nuestro país.

No obstante existió otra visión jurisprudencial que aún durante la vigencia del derogado artículo 11 de la ley 25.013, declaró que esta norma y su incremento tarifario no impedía

⁸ Simón Julio Cesar, Derechos fundamentales no discriminación y la Ley de Reforma Laboral, La Ley, Suplemento Especial, Reforma Laboral Ley 25.877

⁹ Simón Julio, opinión citada..

que el trabajador recurriera ante el órgano jurisdiccional para petitionar la nulidad del despido discriminatorio ¹⁰.

Frente a este estado de las cosas fue un hecho positivo que la ley 25.877 derogara el art. 11 de la ley 25.013 de modo que desapareciendo el impedimento de la existencia de una norma laboral expresa que regulara la sanción de las acciones discriminatorias, aparecería nítida la posibilidad de nulificar los actos patronales que incurrieran en los comportamientos vedados por la norma, sin perjuicio de acumularse a la sanción el pago de los salarios caídos y todo otro daño y perjuicio sufrido a consecuencia de la actuación discriminatoria.

No cabe duda entonces que la ley antidiscriminatoria debe ser aplicada en el ámbito laboral, de sostenerse lo contrario se daría el contrasentido que una ley dictada para todos los habitantes solo estarían excluidos los trabajadores.

También cabe referenciar que desde otro ángulo doctrinario, y aun antes de sancionarse la Ley 23.592, en criterio que se comparte, se afirmaba que en los supuestos que el activista o militante sindical no se encontrara amparado por la tutela sindical específica prevista en los artículos 48 a 52 de la Ley 23.551, (LAS) igualmente los actos lesivos del empleador que violentaran la libertad sindical, tenían una tutela sindical genérica fundada en el artículo 47 del mismo cuerpo normativo.

Recordemos que el artículo 47 establece que “Todo trabajador que fuera impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la presente ley, podrán recabar el amparo de estos derechos ante el Tribunal Judicial competente”.

En este sentido Vazquez Vialard señaló ya hace muchos años, “El régimen legal le garantiza a todos los trabajadores, ente otros derechos el de, “reunirse y desarrollar actividades sindicales” (art. 4º inc. Ley 23.551). Por lo tanto, las medidas adoptadas por el empleador para impedir el ejercicio de esos derechos, posibilitan la promoción de una demanda a fin de obtener que el juez disponga el cese de aquellas”. Además en forma expresa, determina que son configurativas de prácticas antisindicales: “a) las represalias contra los trabajadores en razón de su participación en medidas legítimas de acción sindical o en otras actividades sindicales o de haber acusado, testimoniado o intervenido en posprocedimientos vinculados a juzgamiento de las práctica desleales”; b) el despido, suspensión o modificación de las condiciones de trabajo de personal en “relación de dependencia”, con el fin de impedir o dificultar el ejercicio de los derechos” que consagra la ley 23.551 (los referidos al ejercicio de la libertad sindical, ara. Art.1º, 4º); c) practicar trato discriminatorio, cualesquiera sea su forma, en razón del ejercicio de los derechos sindicales tutelados por el citado régimen, constituyen “prácticas desleales y contrarias a la ética de las relaciones profesionales del trabajo” (art.53 Inc. e, i, j, ley 23.551) y, por ende, el ejercicio de la libertad sindical. El trabajador afectado por una acción de este tipo (prohibida por la ley), previa su comprobación en juicio contencioso, tiene derecho a que el juez disponga su cese inmediato y la “reinstalación” de las condiciones de trabajo

¹⁰ Álvarez Eduardo, Modificaciones introducidas por la Ley 25.877 en el artículo 245 de la LCT, cita Dictámenes 25.980, del 12.11.98 en autos Sindicato Único de Trabajadores del Automóvil Club de Argentino c/Automóvil Club Argentino, expte. 35.823 de la CNAT Sala II; Dictamen 37.426 del 12.2.2004 en autos Faille Carlos Alberto c/Telefónica de Argentina S.A. expte. 8129/2003 de la Sala V CNAT.

anteriormente vigentes (statu quo ante). Dichas medidas, en cuanto infringen el ordenamiento legal, no producen el efecto deseado por el que los adopto, ya que en cuanto nulas, son ineficaces en ese sentido y dolo dan lugar a la reparación de los efectos ilícitos provocados a través de las mismas (arts. 18, 1056, Cód. Civil; 47,55 inc.2º, párr.2º, inc.4º, ley 23.551). No nos cabe ninguna duda que ante lo dispuesto expresamente por la norma legal, todos los trabajadores sujeto a una relación dirigida (art.4º, 21 y cons. Ley de Contrato de Trabajo), gozan de estabilidad absoluta de efectos aminorados, no ya en razón de la función que ejercen, sino de la lesión que se les ha inferido: práctica antisindical. En consecuencia, en tanto se acredite la existencia de una acción de ese carácter, la misma, en cuanto nula, no produce la modificación de las condiciones de trabajo hasta ese momento existentes y da derecho al trabajador a solicitar que se reponga la situación al estado anterior”.¹¹

También Liliana Hebe Litterio, admite que la vía del artículo 47 de la Ley 23.551 es una novedosa vía judicial, que tiende a amparo de la libertad sindical frente a conductas lesivas de este derecho constitucionalmente protegido y del desarrollo que del mismo formula L.A.S. Propone como también como pauta de determinación a los supuestos de prácticas desleales previstas por el art. 53 que además de dar lugar a la promoción de querrela ante el Tribunal competente para la eventual aplicación de una sanción, posibilitan la petición de garantía jurisdiccional por esta vía. Así por ejemplo la autora menciona entre otros los supuestos de práctica desleal que podrán recurrir al remedio judicial del art. 47 a la adopción de represalia contra los trabajadores que desempeñen actividades sindicales, el caso de despido, suspensión o modificación de las condiciones de trabajo personal a fin de imposibilitar u obstruir e ejercicio de los derechos protegidos por la LAS. Esta autora, también indica que la acción si bien es parecida a la del art. 52, no se distingue por su tipo procesal, sino por su objeto específico bien jurídicamente tutelado, recaudos y personas legitimadas para su ejercicio, aunque puedan coincidir total o parcialmente esos elementos y acumularse objetivamente por quien invoque afectación de sus derechos emergentes de la LAS.¹²

Alejandro A. Segura desde hace tiempo viene insistiendo en que debería aceptarse la suficiencia y especificidad del amparo genérico del art. 47, LAS. , pese a reconocer el avance de los fallos dan tutela a través de la Ley 23.592. Señala en este sentido que los operadores jurídicos, si no quieren clausurar la libertad sindical en la Argentina, deberán extremar sus análisis para capturar en la conjunción nomológica-axiológica el mandato emanado de la realidad. Y ese desafío, que creemos importará la remoción de la cooptación como etapa Terminal del sindicalismo, sólo podrá asumirse incentivando las tutelas genéricas que el ordenamiento ya consagra y proyectar sus efectos a quienes, poniendo en juego su estabilidad laboral, asumen históricamente el mandato de los trabajadores, se juegan por la vigencia y desarrollo de la libertad sindical, cíclicamente considerada.¹³

¹¹Vázquez Vialard, Antonio –La Estabilidad Absoluta del Trabajador víctima de una práctica antisindical-DT XLIX A pág. 7 y 8.

¹²Liliana Hebe Litterio, Tutela jurisdiccional de la Libertad Sindical. La acción del Artículo 47 de Ley 23.551. LT, Octubre de 1989,pagina 75

¹³Segura Alejandro Aníbal Función y ciclo sindicales. Como salir a través de un amparo sindical. DT 2004,junio 775

Esta posición doctrinaria no fue acompañada por la jurisprudencia mayoritaria. Así lo señala la Jueza de Primera Instancia Dra. Silvia Pinto en el caso que se comenta, quien coincide al respecto, con lo sostenido por Eduardo O. Álvarez en numerosos dictámenes como Fiscal ante la Excma. CNAT (ver, entre otros, Dictamen 40702 del 28/7/05 en autos "Castillo, Agustín c. Bachito SRL s/ acción de amparo, del registro de la Sala II, etc.) "en cuanto a que el texto del art. 47 ya citado, no puede ser interpretado como atribuyendo una prohibición temporal de despedir sin causa a los trabajadores que están incluidos en el régimen común de protección contra el despido arbitrario, en los momentos en que están ejerciendo alguna actividad sindical, pues en tal caso y por el principio de legalidad y reserva -art. 19 CN- hubiera sido necesario una norma expresa que convirtiera en ilícito y vedado al objeto del acto jurídico rescisorio".

Sin embargo nos parece conveniente que se reabra el debate respecto a los alcances del Artículo 47 de la LAS, ya que constituye una vía de tutela específica frente a los actos discriminatorios de origen antisindical.

Dentro del plexo normativo antidiscriminatorio también cabe referir a la Ley de Contrato de Trabajo que en su artículo 17 prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad. Sin embargo esta disposición carece de una disposición complementaria que otorgue al intérprete alguna acción de ejecución del deber de no discriminar vedado por la propia norma. De tal manera que la solución a la existencia de esta obligación sin sanción intrasistémica se debe integrar con el derecho común en este caso la Ley 23.592 El artículo 81 de la LCT consagra la igualdad de trato como una reglamentación del artículo 16 de la Constitución Nacional y del artículo 14 bis sobre igual remuneración por igual tarea. Sin embargo este artículo padece la misma carencia de coercibilidad que el 17 de la LCT anteriormente referido. De tal manera que esta laguna debe ser también cubierta por la Ley 23.592, que complementa o suplementa la carencia del sistema de la LCT.

En lo que se refiere a los convenios internacionales, las normas antidiscriminatorias se encuentran insertas en numerosos Tratados de jerarquía constitucional.

- 1) La Declaración Americana de los Derechos del Hombre que dispone en su capítulo I, que todas las personas son iguales ante la ley y tienen todos los derechos de esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo o raza ni de ninguna otra.
- 2) La Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece que todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración.
- 3) El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y culturales que facultan al ejercicio de todos los derechos sin discriminación alguna por motivos de raza religión opinión política o de otra índole.
- 4) La convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de discriminación Racial;
- 5) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 1ero. Que compromete a los Estado Miembros a respetar el ejercicio de los derechos y libertades de la Convención y a ser objeto de discriminación alguna por motivos de raza color sexo, idioma religión y opiniones políticas o de cualquier índole;

6) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en idénticos sentido que los anteriores;

7) El Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo OIT ratificado por la República Argentina el 18 de junio de 1968, establece que el término discriminación comprende 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;

8) La Declaración Sociolaboral del Mercosur incorpora el principio de no discriminación al prohibir la distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social o familiar.

De lo que se viene exponiendo surge que se ha alcanzado el reconocimiento del derecho a la no discriminación como un derecho fundamental del hombre; derecho humano cuya protección resulta indispensable en cualquier sociedad que se precie de democrática. La protección legal frente a las conductas discriminatorias excede incluso la normativa laboral y se enraíza en las disposiciones constitucionales y el derecho internacional.¹⁴

Una vez hecha esta referencia al estado de la doctrina y la jurisprudencia en lo que respecta a las prohibiciones sobre los actos antidiscriminatorios en especial los que afectan la libertad sindical analizaremos la causa objeto de este comentario.

III.- El caso

El actor promovió juicio sumarísimo por reinstalación por haber sido víctima de un acto discriminatorio por práctica antisindical dado que ante la ausencia de representación sindical en la empresa demandada y encontrándose preparando las elecciones para las elecciones de delegados en la cual es propuesto como candidato, es despedido por la empleadora.

De tal manera la cuestión a dilucidar giró en torno a establecer, si el accionante gozaba de protección sindical, en los términos de los Art. 48 a 52 de la LAS, y en caso negativo, determinar si el despido decidido por la empresa, resultó discriminatorio en los términos de las normas legales nacionales e internacionales citadas en la demanda.

La señora Jueza de Primera Instancia consideró acreditado el despido discriminatorio por motivos antisindicales, concluyendo “que el trabajador afectado tiene derecho a que se deje sin efecto el acto discriminatorio y por ende he de declarar la nulidad de la decisión rescisoria y disponer la readmisión en el empleo del actor” condenando asimismo a resarcir los daños y perjuicios pertinentes, que se estimaron en las “ las remuneraciones devengadas desde la fecha del aparente despido hasta la efectiva reincorporación” Todo ello fundado en los artículo.18,953,1044,1066 y 1083 y cates. Civil y art.1º ley 23.592).

¹⁴ Doyarro M. Viviana y Del Mazo Carlos G. La discriminación en el ámbito Laboral, Heredar Doctrina Laboral TABÍ-1073

IV.- Las Cargas procesales en el despido discriminatorio

Cabe destacar que el encuadre que haga el Tribunal a la hora de fallar frente a un alegado caso de discriminación en lo que se refiere a la carga probatoria de cada una de las partes condiciona la decisión final que se adopte.

Es que en materia de discriminación la obtención de pruebas directas que acrediten la misma es harto dificultosa. La discriminación generalmente se encuentra en la motivación de las causas expresadas, pero no en la causa misma. Quien decide un despido por razones de la raza, la religión, el sexo, etc. del empleado, usualmente no expresa la causa del despido o invoca una causa ficticia (por ej., "reorganización") que no exterioriza los motivos. Esta dificultad probatoria debe ser tomada en cuenta por la legislación y los tribunales, pero siempre observando la protección de los derechos subjetivos constitucionales de defensa en juicio y debido procesos de todos los litigantes.¹⁵

Frente a las cargas probatorias en el fallo de Cámara hubo dos posiciones diferenciadas.

Según el voto de la Dra. García Margalejo, al momento de disponerse la desvinculación del actor, la empresa no había sido notificada de su candidatura o postulación para ocupar un cargo gremial, por lo que no estaría en juego el caso, la garantía específicamente prevista por los Arts. 48 última parte, 49, 50 y concordantes de la ley de asociaciones profesionales. Por tanto, según la vocal preopinante, correspondía al actor la carga probatoria de acreditar que el despido haya sido con motivos de discriminación sindical. Sostiene que frente una acción que "reclama una respuesta de eficacia tan intensa requiere para su procedencia una prueba muy convictiva y una apreciación muy exigente de los elementos acompañados". Concluye que la carencia de elementos de prueba no puede suplirse por el solo hecho de que el despido se haya dispuesto sin invocación de justa causa.

Por su parte el Dr. Simón, discrepó con la apreciación de la Jueza preopinante de que pese una carga probatoria extra de parte de quien alega un acto discriminatorio, teniendo especialmente en cuenta que se encuentra acreditado que el demandante fue despedido por su candidatura a delegado suplente de la firma demandada. En este sentido adhiere al voto del Zas en el precedente Parra, ya citado.

Obvio es decir que el Dr. Zas reitero los conceptos ya vertidos al votar en el precedente citado.

De tal modo que los Dres. Zas y Simón coinciden en reformular los criterios tradicionales sobre las cargas procesales, atendiendo a las dificultades probatorias que tienen los trabajadores para acreditar los hechos de discriminación que invocan en sus demandas.

En este sentido se sostuvo que sólo se puede requerir al trabajador que incorpore indicios concordantes "de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental" "Para ello no basta una mera alegación sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad".(Del Voto del Dr. Zas en el caso Parra Vera)

¹⁵ La calificación y prueba de la causa del despido como acto discriminatorio • Coppoletta, Sebastián C. • Nota a Fallo • DJ 16/08/2006, 1075

El indicio aportado por el actor debe generar en el Juez una convicción firme sobre la discriminación invocada.

"Una vez configurado el cuadro indiciario precitado, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. (Del voto del Dr. Zas en la causa "Parra Vera Máxima c/San Timoteo S.A.", reproducido en el caso bajo análisis)

También se afirma en el voto del Dr. Simón que la existencia de la libertad de contratar del empleador que lleva implícita la posibilidad de rescindir el contrato, no es absoluta y en modo alguno pueden perjudicar la "actividad probatoria de quien invoca un acto discriminatorio", "ya sea para imponerle una carga probatoria extra o una valoración más estricta".

El equilibrio que reconocen los Jueces Zas y Simón en su votos respecto a las cargas probatorias de las partes en un proceso laboral donde se analiza un caso de despido discriminatorio, implica la admisión de que la desigualdad de poder existente en la relación de trabajo se expresa también durante el proceso judicial, por lo que cabe a los jueces, a los efectos de no vulnerar el principio de igualdad, compensar debidamente estos desequilibrios imponiendo reglas procesales acordes a estos conceptos.

Se puede agregar que esta interpretación permite superar la asincronía tan frecuente entre el Derecho Sustancial y el procesal, en cuanto a la vigencia de los principios especiales de nuestra disciplina. Las exigencias probatorias desproporcionadas desconociendo la desigualdad material que afecta al trabajador antes y durante el proceso, pueden convertir en meramente decorativos los mejores derechos con protección legal o constitucional.

Por otra parte este criterio es el seguido por el Derecho Español donde se proscribe la discriminación directa o indirecta en el empleo por razones similares a nuestra ley 23.592, y se establecen criterios procesales que son relevantes y similares a los adoptados por el Dr. Zas al que adhiere el Dr. Simón. El Artículo 96 de la Ley de Procedimiento Laboral de España establece que "en los procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad"

V.- Sobre la tutela normativa frente al acto discriminatorio por causa de actividad sindical

El Dr. Simón en su voto confirma el fallo de primera instancia en cuanto a la nulidad del acto de despido, sin embargo disiente con el fundamento de la decisión.

En el caso sometido a juzgamiento sostiene que no es posible aplicar la ley 23.592, pues existen normas laborales expresas que desplazan a ley general, en concreto estima el Dr. Simón que el actor se encontraba protegido por los artículos 48 a 52 de la LAS

Para ello se afirma que el artículo 50 de la LAS sólo exige para tornar efectiva la tutela sindical la postulación del candidato a delegado, desestimando el exceso reglamentario

que requiere mayores requisitos.¹⁶ Por lo tanto estando anoticiada la empleadora de la postulación del actor a candidato a delegado suplente, no cuestionado por la Asociación Sindical, es evidente que el despido obedeció a esta causal, y por tal motivo considera que debe nulificarse.

El Dr. Zas si bien coincidió con la nulidad del despido y la readmisión del actor a su empleo, votada por el Dr. Simón, no coincide en que la solución pueda ser fundada en el sistema de los artículos 48 a 52 de la LAS. Como elemento principal para esta desestimación el Dr. Zas alude a una cuestión procesal: que habría quedado consentida por el actor la conclusión de la Jueza de Grado “en el sentido de que no estaba acreditada la notificación por escrito exigida por la ley citada”

Los Dres. Simón y Zas coinciden en la existencia de un acto discriminatorio contra el actor como consecuencia de su actividad sindical. También coinciden reiterando lo votado en el caso “Parra” de que la Ley 23.592 es la norma general de aplicación también en el ámbito de las relaciones laborales

De tal modo que una vez más queda ratificado el criterio interpretativo de que el derecho civil (en este caso la ley 23.592) actúa como supletorio del derecho del trabajo, aplicándose sus reglas en forma subsidiaria, en la medida que se considera la ausencia de una norma laboral expresa y que esa aplicación esta sujeta a la adaptación del Derecho Civil a las exigencias o conveniencias del derecho laboral es decir que debe existir un acomodamiento a los principios generales y especiales del derecho del trabajo. Ni el derecho del trabajo es un apéndice del derecho civil al cual debemos dirigirnos siempre para interpretar el derecho laboral, ni el derecho del trabajo tiene tal integridad como para bastarse por sí sólo, permitiéndose rechazar el resto del derecho como si fuera un gigante solitario en medio de una ínsula, que sólo admite acercarse a otras personas cuando él expresamente lo ordena.¹⁷

Sin embargo en el caso sometido a Juzgamiento el Dr. Simón no aplica la directriz general antidiscriminatoria en razón de que considera que para la protección de los dirigentes y delegados sindicales, como reglamentaria de la directiva constitucional del artículo 14 bis, actúa una norma laboral específica: la ley 23.551.

Concretamente aplica la tutela del fuero sindical a partir de una interpretación amplia de los artículos 48 a 52 de la LAS, criterio que se afirma “aun antes de la instrumentación legal en nuestro país” en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y en el artículo 1ero del Convenio 1ro 98 de la OIT” (del voto del Dr. Simón). En consecuencia este magistrado considera que la sola postulación como candidato a delegado suplente le es aplicable la tutela sindical específica porque así lo dispone el artículo 50 considerando un exceso, descalificadle constitucionalmente, “el alcance que el decreto reglamentario pretende otorgar a la palabra postulación”.

¹⁶ El artículo 50 de la Ley 23.551 dispone que: “A partir de su postulación para un cargo de representación sindical, cualquiera sea dicha representación, el trabajador no podrá ser despedido, suspendido sin justa causa, ni modificadas sus condiciones de trabajo, por el término de seis meses. Esta protección cesará para aquellos trabajadores cuya postulación no hubiera sido oficializada según el procedimiento electoral aplicable y desde el momento de determinarse definitivamente dicha falta de oficialización. La Asociación Sindical deberán comunicar al empleador el nombre de los postulantes; lo propio podrán hacer los candidatos”

¹⁷ García Martínez Roberto, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pag. 431, Editorial Ad-Hoc.

Como señalábamos precedentemente ambos magistrados coinciden en tener por acreditado que el despido fue discriminatorio por motivos antisindicales, y que correspondía la nulificación del mismo con el consiguiente derecho a ser readmitido en el puesto de trabajo.

Sin embargo el Dr. Zas, en cuanto al fundamento disiente con el Dr. Simón, porque encuentra, el ya referido obstáculo procesal, por entender que la inaplicabilidad de la tutela específica de la Ley 23.551 quedó firme y consentida en la instancia de grado.

Es claro que el Dr. Zas no niega la interpretación amplia del Simón, al contrario sostiene que hipotéticamente podría ser encuadrado el caso en la tutela de los artículos 50 y 52 de la Ley 23.551, lo que tiene relevancia frente a situaciones futuras.

En consecuencia como salida normativa el Dr. Zas sostiene que la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito de las relaciones privadas de un contrato de trabajo implica que el empleador deba respetar el principio de igualdad y no discriminación. En el caso de su vulneración la nulidad del despido discriminatorio se funda en la ley 23.592, aunque sostiene también que la nulidad también procedería “por la operatividad de las normas de jerarquía constitucional y supralegal, aun cuando no existiera una norma como la Ley 23.592” (del voto del Dr. Zas).

VI.- Efectos de la nulidad del despido discriminatorio

Como fuera dicha la Ley 23.592 no sólo prevé la nulidad de los actos discriminatorios, sino que también manda restablecer las condiciones alteradas y la reparación de los daños y perjuicios consecuentes.

En el caso de marras el Dr. Zas entendió que al ser nulificado el despido, importó la continuidad del vínculo contractual, como si el hecho interruptivo de la cesantía no hubiese ocurrido, por lo que corresponde el pago de los salarios desde su privación hasta el efectivo cumplimiento de la reinstalación.

En este punto no hubo coincidencias, ya que el Dr. Simón entiende que los salarios caídos por un impedimento de orden procesal, al tener por no formulada en la demanda el reclamo de este rubro en forma autosuficiente.

Es decir no existe una discrepancia de fondo respecto a las consecuencias de la nulidad del acto. Sólo existe una exigencia procesal parte del Dr. Simón, que es desestimada por el Dr. Zas, ya que éste sostiene, en criterio que se comparte, que más allá de recaudos formales, la nulidad del acto de cesantía trae por sí sólo la restitución de las cosas en el estado anterior, ya que se considera inexistente el acto interruptivo del vínculo laboral.

En una segunda votación, para decidir sobre la condena a los salarios caídos, la Dra. García Margalejo adhiere al criterio del Dr. Zas, por entender que se encontró efectivamente demandado el pago de dichas remuneraciones.

Los daños y perjuicios a consecuencia del acto discriminatorio no fueron admitidos en la sentencia por falta de articulación en la demanda, por lo que su rechazo no significa una negativa general a su admisión. Sólo contiene el mensaje de que el damnificado por prácticas discriminatorias para ser acreedor a estas indemnizaciones adicionales debe individualizar los mismos y también acreditar los extremos que invoca.

VII.- El despido discriminatorio y el despido sin causa

El Dr. Zas también fundamentó su voto en las enseñanzas del recordado Profesor Dr. Justo López, quien señaló que el despido sin causa siempre constituye un acto ilícito, por lo que a su entender viola derechos de jerarquía constitucional a la protección contra el despido arbitrario al trabajo y a la estabilidad en el empleo. Entiende el Dr. Zas que es constitucional un sistema de estabilidad frente al acto ilícito, con derecho a readmisión en el empleo, mientras que los derechos constitucionales de trabajar, propiedad, y de contratación “conferidos al empleador no comprende la potestad de despedir a los trabajadores “ad nutum” en forma incausada injustificada inmotivada o arbitraria

El Dr. Rodríguez Mancini critica esta posición afirmando que para “la nulificación del despido discriminatorio, no basta con la interpretación judicial sino que es preciso que el legislador manifieste expresamente semejante solución. Mientras esto no se produzca la figura del despido discriminatorio está absorbida por la del despido arbitrario, injustificado, sin justa causa, que es el eje sobre el cual gira el sistema de extinción del contrato de trabajo, de manera que cuando no se verifica la justa causa opera la sanción indemnizatoria”¹⁸.

Se comparte el criterio del Zas. En el marco vigente, ante la ausencia de una normativa específica laboral que regule el caso del despido discriminatorio, actúa como norma supletoria aplicable a estos supuestos, la ley 23.592, con todos los efectos que esta prevé.

No debe olvidarse que la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos prevén un tratamiento preferencial al trabajador.

Como fue señalado por la Jueza de grado Dra. Silvia Pinto “si bien en nuestro ordenamiento jurídico laboral, rige un sistema de “validez e ilicitud” al decir de Justo López, propio del régimen de estabilidad relativa, o estabilidad impropia, la empleadora no podría invocar la eficacia de su decisión extintiva si el acto tiene por teleología la discriminación de lo que carece sin duda, es de derecho a despedir discriminatoriamente y que ese despido valga, esto es que el acto discriminatorio se consume, en este caso las normas aplicables lo impiden por vía de la nulidad”.

Por otra parte como fue señalado agudamente: “la reinstalación es la forma de dejar sin efecto el acto discriminatorio. No ya para evitar el despido y establecer una estabilidad propia, sino para enmendar los efectos de ese acto”¹⁹.

Mediante esta interpretación no se está vedando el derecho del empleador a despedir sino que debe considerar que su accionar también está regulado por otras disposiciones legales que le vedan encubrir el despido en un acto discriminatorio.

¹⁸ : Rodríguez Mancini, Jorge La discriminación y el contrato de trabajo, Publicado en: LA LEY 28/08/2006, 6 - DT 2007 (enero), 1

¹⁹ Rodríguez Saiach Luis A. No se viola la estabilidad impropia cuando el despido sin causa encubre discriminación. La Ley Nota a Fallo, 2005, 23.3055

El único límite que puede impedir la aplicación del derecho común que actúa como fuente supletoria, es una incompatibilidad de la norma civil con los principios especiales del Derecho del Trabajo. Por ejemplo la aplicación de la doctrina de los actos propios a las conductas del trabajador violenta en muchos casos el principio de irrenunciabilidad de derechos que rige en el derecho del trabajo, por lo tanto deviene inaplicable, como lo ha declarado la jurisprudencia en materia de accidentes del trabajo.²⁰ Tampoco serían aplicables el principio de la autonomía de la voluntad del 1197 del Código Civil, ni los efectos liberatorios del pago. Pero si es aceptable que el Derecho civil ejerza su función de integración y supletoriedad: en el 1.201 del Código Civil ; el abuso de derecho, los daños y perjuicios, los vicios de consentimientos y la lesión objetiva-subjetiva del artículo 954 del Código Civil.

La aplicación de la ley 23.592 no violenta ningún fundamento del derecho laboral, por el contrario reglamenta la insuficiente regulación específica de los medios coactivos de sanción del trato discriminatorio, vedados en general en el ordenamiento laboral y receptado en la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Tampoco la aplicación de la ley 23.592 violenta el sistema de despido injustificado que dispone la LCT en su artículo 245. El despido discriminatorio no está previsto en el sistema de la LCT. Por otra parte, cabe reiterar que resulta un contrasentido que la tutela antidiscriminatoria que la ley 23.592 establece para todos los habitantes, sean precisamente los trabajadores la única categoría que se vea privada de ese beneficio por la sola circunstancia de estar vinculados a un contrato laboral con sus empleadores.

VIII.- Conclusiones

Como conclusiones de lo que se ha venido exponiendo se puede señalar:

- 1.- Todo representante, no reconocido por el ordenamiento jurídico en los términos de los artículos 48 a 52 de la Ley 23.551 tiene una cobertura especial ante una cesantía dictada como represalia a su actividad sindical.
- 2.- La exigencia de una mayor carga probatoria al trabajador objeto de una práctica discriminatoria de su empleador convierte en ilusoria la tutela frente a estos actos y desconoce la desigualdad material que tiene el trabajador antes y durante el proceso judicial. Será suficiente que el trabajador aporte indicios serios que permitan al Juez evaluar la existencia de un acto discriminatorio, ya que éstos se presentan generalmente en forma solapada;
- 3.- La carga probatoria no se satisface con una mera alegación del acto discriminatorio, ya que el actor debe incorporar "un indicio razonable" de que el acto impugnado constituye una conducta discriminatoria, todo ello a los fines de crear en el Juez una convicción racional sobre estos extremos, configurando una presunción judicial sobre la ocurrencia del acto discriminatorio. En este contexto el demandado debe acreditar en forma objetiva que las causales verdaderas al despido no son las alegadas por el trabajador, en otras palabras deberá neutralizar los indicios aportados por este último, probando la razonabilidad y la proporcionalidad del acto extintivo.

²⁰ Suprema Corte de Justicia de la Provincia Buenos Aires, 24 de setiembre de 2003, Sentencia definitiva en la causa L. 76.481, "Romero, José Antonio contra Conarco Alambres y Soldaduras S.A. y/o Boston Compañía Argentina de Seguros S.A. Accidente de trabajo, despido, etc."

4.- Si se parte del supuesto de ausencia en el derecho del trabajo de facultades específicamente diseñadas para sancionar el incumplimiento al deber legal de no discriminar, es necesario recurrir al derecho civil, concretamente a la ley antidiscriminatoria, para rellenar la laguna normativa del derecho del Trabajo. Su aplicación no contraviene los principios especiales del Derecho del Trabajo, por lo tanto resulta indiscutible, a más de sustentarse en el Derecho Internacional de Derechos Humanos receptado en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

5.- El despido discriminatorio, en el régimen de la ley 23.592 tiene como consecuencia especial que la discriminación debe "cesar" y eso se logra únicamente reinstalando al trabajador en su empleo. Corresponde también el pago de los salarios caídos durante el lapso de privación del derecho a trabajar y el resarcimiento de los demás daños morales y materiales que tendrán que individualizarse en la demanda y probarse en el proceso.

6.- La tutela sindical especial prevista en los artículos 48 a 52 de la Ley 23.551, debe ser interpretada en forma amplia en sentido concordante con las directivas del artículo 14 bis y del Convenio 98 de la OIT, siendo inconstitucionales las normas reglamentarias que restringen esos derechos.

7.- La tutela sindical genérica prevista en el artículo 47 de las configura una salida normativa específica para nulificar los actos discriminatorios antisindicales.