

DOS FALLOS DE CÁMARA, DOS DISIDENCIAS Y UNA SENTENCIA DE 1RA INSTANCIA

POR JORGE RODRÍGUEZ MANCINI

Se ha escrito mucho sobre cuáles son los efectos de los despidos causados en una conducta discriminatoria del empleador a la luz de lo dispuesto en el art.1 de la ley 23.592(1). Se han dictado numerosos fallos sobre el tema. Algunos publicados que pueden consultarse en las publicaciones impresas en papel y en los archivos de páginas de Internet. La Corte Suprema de Justicia no se ha pronunciado aún acerca de esa cuestión y se espera con expectativa justificada la decisión que adopte en un juicio que tramita en esa sede y a cuyo respecto el Alto Tribunal convocó y se realizó, una audiencia pública. (2) En esos antecedentes se presentan distintas variables sobre el motivo de la discriminación juzgada como ilícita. Así se pueden encontrar discriminaciones originadas en la actuación sindical del trabajador despedido (la mayoría trata de esto), pero también en la actuación sindical de un pariente del trabajador despedido, o en otras calidades particulares como padecimiento de enfermedades, o en comportamientos personales como la declaración como testigo en juicio de otro trabajador contra el empleador, o la participación en una huelga, etc.

No es mucho lo que puede añadirse en esa polémica doctrinaria y jurisprudencial ya que en definitiva, siempre la cuestión gira en torno a si un despido injustificado al que añade un acto ilícito consistente en una conducta discriminatoria, puede ser dejando sin efecto, anulado, por el Juez con efecto de reinstalación en el empleo y consiguiente pago de remuneraciones por el período corrido desde la anulación del acto rescisorio, a lo cual, puede añadirse la obligación de indemnizar por el eventual daño moral provocado.(3)

Simplemente pues lo que ahora quiero comentar es la presencia de importantes posiciones encontradas en derredor al tema sintetizado en el párrafo anterior lo que indica la ausencia de unanimidad de criterios y que no existe pues lo que ha denominado doctrina recibida sobre el punto.

Se trata del comentario a dos sentencias de distintas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y de una sentencia de 1ª. Instancia en las que se desarrollan extensamente las posiciones contrapuestas alrededor del tema.

En el fallo de la Sala II (4) y lo mismo en el de la Sala III (5) se ha admitido por mayoría la procedencia de la nulidad del despido probado como discriminatorio. En ambos casos se ha hecho hincapié – además de la obvia apoyatura de documentos internacionales que condenan las conductas discriminatorias, cuestión que no es discutida en absoluto – en que no es admisible excluir a los trabajadores – lo que sería, según ese criterio, una discriminación puntual añadida – de las previsiones de la ley 23.592 que sanciona con la nulidad (“dejar sin efecto”) el acto del despido que tenga esa carga negativa. (6) Pero no aparecen rebatidos los argumentos respecto de que la jurisprudencia de la CS no admite en el derecho de las relaciones privadas la imposición del contrato. Ni en el terreno del trabajo ni en ningún otro. Porque no se imagina que una negativa discriminatoria a contratar por parte de un propietario de vivienda a inquilinos que pertenezcan o practiquen determinada religión o culto, pueda llevar a la imposición del contrato. Y esto nadie lo menciona insistiendo en la incorporación del derecho internacional del trabajo – que nadie discute – sin precisar de qué modo ese derecho puede superar lo que el legislador nacional ha adoptado como mecanismo de reparación de los despidos injustificados mediante una tarifa y eventualmente con la imposición de una indemnización adicional.

En las disidencias anotadas y en la sentencia del Juzgado N° 39(7) se observan precisamente objeciones serias, sólidamente fundadas acerca de esa objeción a la sanción nulificante. Se sostiene en los tres casos, que no se puede imponer el mantenimiento del vínculo o el nacimiento de uno nuevo contra la voluntad del empleador.(8) Y por esa razón de orden constitucional, fundada en otro derecho fundamental que no se opone al del trabajador el cual debería ser “preferente” como ha dicho la Corte en Vizotti, sino que modula su ejercicio, para encontrar una conciliación adecuada y no necesariamente la confrontación de ambos, encuentran los tres casos, una solución que no es otra que la que – aunque no se la mencione – prevé el art. 1083 del Código Civil. Se trata de juzgar si la reparación en especie que se pregona como consecuencia forzosa de la nulidad, es “posible” jurídicamente ya que al hacerlo se producen fuertes choques de derechos fundamentales, por lo que debe encaminarse la reparación hacia la solución indemnizatoria genérica. Es aquí donde debe ponerse énfasis al examinar la solución del caso con la orientación indispensable de “compatibilizar en el campo constitucional las garantías involucradas”(9)

Porqué insistir en la redundancia de la defensa de la libertad sindical si ese no es el tema ya que precisamente la discriminación que se sanciona es indiscutiblemente contraria a esa garantía, porque de lo contrario ni siquiera habría conducta discriminatoria. De lo que se trata es si nuestro sistema constitucional y legal consiente la imposición de la relación. Y la respuesta no puede ser otra que la que reiteradamente ha expuesto la Corte Suprema de Justicia sin ninguna excepción a lo largo de toda la existencia del Tribunal y esto aplicado a cualquier tipo o clase de relación jurídica(10). Por el contrario se registran innumerables antecedentes que

justifican en ese nivel supremo la estabilidad impropia o relativa y la reparación razonable y adecuada que debe proceder en casos de su violación. (Vizotti p.e.).(11)La única excepción a este principio se encuentra en la ley sindical porque esta situación sí está prevista expresamente en la CN (art. 14 bis) y por eso se sostiene la validez de la reglamentación que contiene la ley sindical, pero al respecto debe tenerse presente que la nulidad importa la reinstalación pero por tiempo limitado y esta característica parece ser desconocida por quienes propician las nulidades de los despidos y las reinstalaciones sin más, es decir sin limitación de tiempo u otros condicionamientos.

Queda en claro en estos antecedentes de jurisprudencia producidos por jueces de indiscutida capacidad jurídica aplicada con la prudencia que caracteriza al magistrado judicial, que no se está negando, como no lo niego tampoco, si no cuestionando esencialmente la aplicación integral de la ley antidiscriminatoria ya que cuando se llega al extremo de la imposición de la relación, la cuestión debe tamizarse conforme con los principios que sobre la aplicación de esos derechos al vínculo contractual subordinado.(12) No otro puede ser el criterio de conciliación de derechos dentro la línea que ha fijado tradicionalmente la Corte Suprema de Justicia. Obsérvese que pese a considerar la aplicación general de la ley antidiscriminatoria de 1988, se señala claramente su carácter “general” y “que no ha sido concebida como una norma integrada al derecho del trabajo; aunque el sistema jurídico es uno solo y no existen en él comportamientos estancos, la circunstancia apuntada es un elemento de juicio más a la hora de interpretar el tipo de consecuencias que la ley general hay de tener en el campo del despido laboral”.(13)

En otra de las disidencias, la ya citada del Juez Guibourg, haciéndose cargo (14) de los argumentos a favor de la nulificación del despido discriminatorio que se expusieron en el voto precedente, desarrolla detalladamente los temas centrales del asunto que aquí se comenta insistiendo en cuál ha sido histórica y tradicionalmente el criterio legislativo a favor de la estabilidad relativa en el derecho privado del trabajo con la sola excepción ya mencionada del despido de representantes gremiales que pertenezcan a la asociación con personería gremial. Hay en ese desarrollo un serie de puntualizaciones que indican claramente cuál ha de ser el equilibrio que debe guardarse en la conciliación no confrontación de derechos fundamentales de ambas partes del contrato. Pero quiero llamar la atención sobre una observación ya popularizada en el ámbito académico y profesional, dirigida a marcar la indispensable rigurosidad con que debe examinarse cada cuestionamiento de despido por imputársele discriminación ya que de lo contrario por esa vía, se terminará por encuadrar en tal supuesto todo acto de disolución unilateral de parte del empleador, y se concluya en “modificar el sistema de estabilidad del derecho del trabajo en nuestro país sin que una decisión legislativa lo haya dispuesto”.

Añadiré a estos comentarios que intentan actualizar el panorama en relación con el tema, que la referencia que se efectúa en el voto de la Jueza González a los dictámenes de organismos internacionales dirigidos a la aplicación del Convenio 98 de la OIT, si bien correcta debe señalarse que proviene de un órgano, el Comité de Libertad Sindical, cuyas decisiones son de carácter individual frente a denuncias o quejas que se le formulan, a diferencia de lo que ocurre con los dictámenes de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones que están dirigidos a constatar incumplimientos o desajustes de las legislaciones nacionales en relación con convenios ratificados. De esto se deduce que de modo alguno pueden representar aquellas decisiones del Comité, instrumentos de obligatorio seguimiento por los jueces argentinos en tanto no estén involucradas denuncias que comprometan a nuestro país. Una referencia a otros decisorios de dicho organismo permite apreciar el carácter relativo de su alcance. Así en el caso 2274, párrafo 1118, en el informe 335° (Nicaragua), estableció que “en la hipótesis de que la autoridad judicial constatare que es imposible el reintegro de los trabajadores despedidos en violación de la libertad sindical, se les deberá indemnizar de manera completa”. En el mismo sentido en los casos 2380, informe 336° (Sri Lanka), 2262 (Camboya), 2371, informe 337° (Bangladesh), 2268, informe 338° (Myanmar), 2228, informe 338° (India), 2399, (Pakistán), resolvió que “en los casos en que el reintegro sea imposible, el gobierno velará porque se abone a los trabajadores interesados una compensación que implique una sanción disuasiva suficiente contra tales despidos que constituyen acto de discriminación antisindical”. En el caso 1913, informe 309° (Panamá), al resolver en un caso de huelga de controladores en la que se había puesto en peligro la seguridad de la población, el Comité consideró que “no puede pedirse al Gobierno que de curso a la solicitud de reincorporación de los despedidos a sus puestos de trabajo, planteado por la organización querellante”. (15)O sea que los criterios del aludido órgano varían según las circunstancias y no puede tomarse como regla – y muchos menos vinculante a nivel de sentencia judicial – uno de ellos sino que claramente se observa la consideración de situaciones en las que se adopta la solución que considera adecuada. En los casos reseñados el Comité ha partido del supuesto de que la reinstalación no era posible y qué puede argumentarse cuando esa imposibilidad deriva de la incompatibilidad de la reinstalación con principios de orden jurídico constitucional como los que han sido enunciados en la constante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación?

Por último cabe destacar que las recomendaciones anexas a los convenios de la OIT, aunque ratificados, no comprometen al Estado parte.

Voy a añadir en esta nota de jurisprudencia un fallo antiguo. Porque cualquiera sea la idea que se quiera mantener sobre la interpretación de las normas en materia de discriminación, resulta interesante saber cómo leían la ley, anteriores tribunales. Así que voy a recordar el fallo plenario N° 63 dictado el 14 de julio de 1960 en

los autos “Buján Celso c/ Solano Tobías”(16). Estableció la siguiente doctrina: “Despedido el personal de una empresa, invocándose como única razón su renuencia a reanudar las tareas, después de declarada la ilegalidad de una huelga, no obstante la intimación previa para lo hiciera, la reincorporación parcial, levantado el paro, importa discriminación arbitraria que lo autoriza a reclamar las indemnizaciones legales.”En esta sentencia plenaria se recogen opiniones fundadas de jueces como Allocati, Ratti, o Córdoba, y un dictamen fiscal suscripto por Sureda Graells, entre otros que votaron en el sentido en que produjo la doctrina del fallo, que revelan que esos prestigiosos magistrados tuvieron muy en cuenta lo que era un acto discriminatorio que merecía la calificación de arbitrario, y hasta se menciona la hipótesis de encuadrar la conducta del empleador en esas circunstancias como un supuesto de abuso del derecho (escrito antes de la modificación del Código Civil que introdujo el art. 1071). Pero en momento alguno pensaron en apartarse del esquema de estabilidad signado por la ley (entonces 11.729 modificada por el decreto 33.302/45 y ahora regulada por la LCT). Es innecesario subrayar que vigente como estaba el Código Civil al momento de este pronunciamiento a nadie le pasó por la mente catalogar los despidos discriminatorios como actos ilícitos que dieran lugar a la aplicación del precepto del art. 18 del aludido Código. Nada de nulidad sino aplicación de la sanción por despido injustificado que a la sazón no era muy distinta de la actual que regula la LCT. El despido injustificado por discriminación arbitraria se sanciona con la indemnización que prevé la ley. La nulidad está fuera del sistema específico que regula la relación laboral. Con posterioridad a esta sentencia se produjo la aceptación de que la indemnización tarifada podía verse complementada con una reparación del daño moral – en especie o en dinero según las circunstancias – cuando al acto del despido se hubiera añadido otro de carácter ilícito y se prueben los daños consiguientes.(17)

Esta nota comentario tiene la sola intención – como ya lo adelanté – de hacer conocer una actualización del tema en este camino de experiencias y controversias que seguramente, por parte de todos, está inspirado en el logro de un sistema jurídico de justicia y de seguridad jurídica.23 de octubre de 2009.

Sentencias asociadas a la editorial

- a) “Alvarez, Maximiliano y otros c/ CENCOSUD S.A. s/amparo”. Sent. del 25/6/07, Sala II CNAT.
- b) “Camusso, Marcelo A. c/ Banco de la Nación Argentina”. Sent. del 29/7/09, Sala III CNAT.
- c) “Ayala, Jorge Carlos /FATE S.A.”. Sent. del 7/9/09, Juzg. Nac. Prim. Inst. N° 39.

(1)Me limito en esta nota a esa fundamentación legal y a los casos en que se discutió acerca de la validez o nulidad del despido. Es decir que quedan fuera de consideración, no pocos casos en los que el debate se circunscribió a la procedencia de una indemnización añadida a la tarifada por despido injustificado. Tampoco incursiono aquí sobre efectos de actos discriminatorios en el espacio previo a la contratación, ni de aquellos que se producen en el curso de la relación pero sin afectar la subsistencia del vínculo, como puede ser la discriminación salarial por sexo o por otras circunstancias no objetivas, las sanciones disciplinarias, la adjudicación de premios, etc. De todo esto se puede ver “Derechos fundamentales y relaciones laborales”, Astrea, 2ª. edic. 2007. Como se puede apreciar el ámbito de la discusión en torno a las manifestaciones de conductas discriminatorias en el terreno de las relaciones laborales, es sumamente profuso, lo que llamativamente no se registra, al menos en este nivel de conflictividad, en torno a otras relaciones contractuales. Es que en el caso del contrato de trabajo parece que se evidencia más crudamente la eventual afectación de un derecho fundamental derivado de la dignidad de la persona, pero eso no significa que en otro tipo de vínculos contractuales no se pueda encontrar semejante nivel de vulneración de derecho fundamental. Y si no, piénsese en la discriminación que se puede producir – y de hecho así ha ocurrido – en el espacio del contrato de locación de vivienda, o en la limitación arbitrario al acceso de lugares públicos o de locales de diversión. También es este terreno se pueden producir, y se producen, serios conflictos vinculados con el derecho de no ser discriminado arbitrariamente.

Desde otro enfoque quiero igualmente aclarar que queda fuera del comentario el aspecto ceñido a la exigencia probatoria de la configuración de la conducta discriminatoria, ni obviamente, a la del reparto de la carga de la prueba en el proceso. Por supuesto que si se añade este asunto, el problema se complejiza más aún, pero debe admitirse que su determinación es definitiva y en este sentido también existen posiciones encontradas sobre el grado de exigencia que debe aplicarse en la apreciación de esa prueba. En este sentido ver dictamen del Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en los autos “(Dictamen 25980 del 12/11/98) en autos “Sindicato Único de Trabajadores del Automóvil Club Argentino c/ Automóvil Club Argentino”, expte. 35.823/96), donde expresó que para “colocar al imputado en un cuadro de ilicitud es indudable que debe mediar una prueba muy convicta y una apreciación muy exigente de los elementos acompañados”,

(2)Autos “Pellejero María s/ amparo”. con dictamen de la Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema del 8/2/08.

(3)Para la exposición de mi punto de vista contrario a la procedencia de anulación del despido en tales casos y en cualquier otro que no sea el considerado en la ley sindical para los representantes de asociaciones con personería gremial, puedo remitir a “Discriminación en el despido o despido discriminatorio” Revista de Derecho Laboral, Rubinzal Culzoni,2008-2, p.129.

(4)CNAT, Sala II “Alvarez, Maximiliano y otros c/ CENCOSUD S.A. s/amparo” del 25/6/07.

(5)CNAT, Sala III "Camusso, Marcelo A. c/ Banco de la Nación Argentina" 29/7/09.

(6)Vale la pena destacar que en el fallo de la Sala II se resolvió a favor de la nulidad con la introducción de la aplicación de la ley 23.592 que no había sido invocada posición rebatida seriamente en el voto disidente del Juez Pirolo. El mecanismo de utilizar el principio "iura novit curia" está dirigido claramente a superar y cambiar el enfoque que adoptó el actor para su reclamo en el cual no había invocado discriminación alguna sino violación de la garantía de la libertad sindical y esto, recogiendo el dictamen del Fiscal General, no genera la anulación y reinstalación porque los términos de la norma del art.47 de la ley 23.551 no autorizan a inferir que el legislador haya querido dejar sin efecto el régimen de estabilidad impropia que sustenta la LCT.

(7)JN 1ª.Intancia N° 39, "Ayala, Jorge Carlos /FATE S.A." 7/9/09.

(8)Aquí cabe hacer una aclaración sobre los contratos impuestos o las relaciones impuestas que se dan en el derecho colectivo, art. ley 14.786, art ley 24.013. Al respecto véase "LCT comentada, anotada y concordada", Ed. La Ley, 2007, tomo II, p. 7.

(9)De la sentencia de la Jueza Solvés a cargo del Juzgado 39.

(10)En lo que se refiere concretamente a la imposibilidad de imponer al empleador contra su voluntad, continuar una relación contractual disuelta, puede verse la reseña y comentario publicada en DT 2009, p.829 titulado "Estabilidad relativa o impropia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación".

(11)Prescindo de reiterar aquí que no es adecuado al tema discutido, insistir en la ilicitud del despido con cita fragmentaria de Justo López, porque entiendo que la cuestión puede llevar a conclusiones como las que algún autor y magistrado a arriesgado en el sentido de extender la implantación de la estabilidad absoluta a todos los supuestos de despido injustificado. Hay aquí una mezcla de conceptos y también de deseos sobre lo que las normas deberían decir, pero que no dicen.

(12)Conf. doctrina y jurisprudencia española citada en "Derechos fundamentales y relaciones laborales", y en general sobre la modulación indispensable de los derechos fundamentales del trabajador en la relación subordinada de trabajo véase ob. cit. p 118 y sgtes

(13)Del voto en disidencia del Juez Guibourg en el fallo "Camusso".

(14)Del voto en disidencia del Juez Guibourg en el fallo "Camusso".

(15)Estos antecedentes son tomados de la Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical titulado "La libertad sindical", OIT, 5ta. edición revisada, 2006.

(16)DT 1960, p. 469

(17)Fallo Plenario de la CNAT en autos "Katez de Echegarreta c/ ENTel" del 18/10/71.