

# DOS 4 A 3 O ALVAREZ VS. CONSECUENCIALISMO

POR JORGE RODRÍGUEZ MANCINI

Aclaremos la titulación de este comentario.

Se trata de dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictadas por mayoría de cuatro ministros sobre los siete que la integran: "Alvarez, Maximiliano y otros c/ CENCOSUD S.A." del 7/12/10 y "Torrillo Atilio Amadeo c/ Gulf Oil Argentina S.A." del 31/3/09.

Y el "O" qué quiere decir:

La sentencia en el caso "Alvarez" parece no haber sido precedida de la necesaria ponderación de las consecuencias que derivarán de su doctrina en las relaciones laborales y su régimen de estabilidad relativa aceptado y convalidado por la Corte Suprema en su interpretación del art. 14 bis de la Constitución.

Entonces, ahora explicaré porqué la referencia a la inestable mayoría y a la aparente contradicción en que habría incurrido la Corte en el caso "Alvarez" al no considerar las consecuencias de su decisión.

Antes de desarrollar esas observaciones creo indispensable puntualizar que no se trata aquí de criticar el fallo "Alvarez" porque declara aplicable a las relaciones laborales la ley 23.592, conclusión que reúne la unanimidad del pronunciamiento, sino centralmente a mostrar por un lado, la omisión de considerar las consecuencias que provoca y por otro, por no mantener los criterios de distinción que efectuó acertadamente en reciente fecha, entre la estabilidad que asegura la Constitución Nacional a los empleados públicos y a los privados, dato que ha sido considerado esencial para los jueces que integran la minoría.

1. En los dos casos arriba mencionados el pronunciamiento que establece la doctrina del Tribunal fue alcanzado con mayoría estricta lo cual indica una seria diferenciación en la opinión de los integrantes del Tribunal. Se dirá que la úmanera de obtener sentencias en un tribunal colegiado es computando el número de los jueces que votan en un mismo sentido. Esto es cierto pero cuando esa mayoría es obtenida en el límite del cómputo, se está frente a una "estabilidad relativa" de dicha doctrina. Puede cambiar con poco. Esto muestra además, tanto en el caso "Alvarez" como en "Torrillo" que la decisión está apoyada en argumentos absolutamente opinables, entendido esto como que se trata de posiciones jurídicamente valiosas como que provienen de magistrados del mismo nivel jerárquico y científico. No se trata simplemente de que algún autor o abogado piense distinto de lo que los jueces del Alto Tribunal han expuesto, sino que tres magistrados exponen sus razones opuestas a las de cuatro han coincidido en lo contrario, todos del mismo nivel jerárquico y científico.

De esto se deduce que una doctrina alcanzada con tan escaso margen está expuesta a cambio eventual, aspiración que se apoya en antecedentes del mismo tribunal en los que alguno de los ministros cambia su posición con o sin explicación (p.e. Ministro Boggiano sobre control de los DNU, caso "Rodríguez" vs. "Verrocchi"; o el Ministro Fayt en "Soria" vs. "Torrillo" acerca de la responsabilidad extendida a las ART; o todos los que votaron en "Benítez" (los ministros Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni) el 22/12/09 dejando de lado la doctrina que habían establecido en Torrillo [1]. Esta sentencia fue dictada por mayoría por el voto de los ministros Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni, con disidencia de la ministro Argibay. (No votó el Presidente del Tribunal Ricardo Lorenzetti). La postura doctrinaria expuesta en el fallo "Benítez", aparece a mi juicio, modificando la que poco tiempo antes adoptara la Corte en el fallo "Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro" del 31/3/09. Allí expresó con el voto de los ministros Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni que formaron mayoría frente a las opiniones de Highton de Nolasco y Argibay que no compartieron esos fundamentos y a la disidencia de Lorenzetti, lo siguiente: después de adelantar la desestimación del recurso extraordinario en el que se invocaba arbitrariedad de sentencia, por no advertirse la configuración del excepcional supuesto referido, añadió que "a los efectos de establecer debidamente esta última conclusión (considerando 2º) conviene observar..." y partir de esta afirmación de un propósito de esclarecimiento, se desarrollan importantes y fundados argumentos relativos a las finalidades de la ley de riesgos (obviamente integrante del derecho común) en materia de prevención, las funciones y obligaciones de las aseguradoras, su vinculación con el principio protectorio, las fuentes de orden internacional de tales garantías, tanto en documentos de rango constitucional como supralegal y en dictámenes de organismos vinculados al tema, la vinculación con las obligaciones de lograr trabajo decente, incluyendo bases tomadas del derecho natural, y a lo largo de más de dieciocho fojas y nueve considerandos, se concluye que "no existe razón alguna para poner una ART al margen del régimen de responsabilidad previsto en el Código Civil por los daños a la persona de un trabajador derivados de un accidente o enfermedad laboral" explicando que ello será así cuando "se demuestren los presupuestos de aquél", etc. etc., esto es con clara referencia al régimen de responsabilidad civil propia de la legislación común.

Es decir que en este fallo “Torrillo”, que para la fecha de “Benítez” no había cumplido un año de antigüedad, se había enunciado como “conveniente” establecer una doctrina que se refería claramente a un tema de derecho común, mientras que nueve meses después, en el fallo “Benítez”, los mismos jueces sostienen la “inconveniencia” de desarrollar interpretaciones de normas de derecho común.

Por eso puedo decir que la mayoría estricta del 4 a 3 es susceptible de alterarse con cierta facilidad.

2. Sin perjuicio del señalamiento de la relatividad numérica que cobija la doctrina del caso “Alvarez” en cuanto adopta la solución de la nulidad del despido discriminatorio y la consiguiente obligatoriedad de reinstalación del trabajador despedido, cabe formular otros comentarios relacionados con los fundamentos expuestos por la mayoría del Tribunal. La mayoría de esos argumentos está controvertida por el voto de minoría pero creo interesante marcar que en el considerando 7 de la mayoría se incurre en una evidente marginación de una circunstancia que no puede ser ignorada por los magistrados que lo suscriben. Y es que si bien es cierto que el antecedente “De Luca” invocado por el recurrente fue dictado en un momento que difiere del actual “marco constitucional” debido a la reforma constitucional de 1994, el voto no considera que en el fallo “Madorrán”, emitido en el marco de la nueva fórmula de incorporación del “bloque de constitucionalidad federal” por los mismos magistrados que votan en “Alvarez”, se desarrolló con trascripción de párrafos de “De Luca”, la diferencia que el constituyente de 1957 destacó entre el régimen de estabilidad del empleado público y el del empleado privado, por aquello de que “resulta muy difícil obligar a un empleador a readmitir en el local de su empresa, para reincorporarlo al empleo, al trabajador cuyo servicio desea no utilizar más...se trata de una imposibilidad lógica y humana, caso del comerciante y del banquero de gran confianza, etc.” Es decir que según el voto de la mayoría, “Madorrán” sirve para fundar el derecho contra la discriminación pero no se tiene en cuenta, en cambio, para distinguir de que manera se puede proteger al trabajador contra la discriminación, respetando simultáneamente los otros derechos fundamentales que amparan al empleador. En otras palabras, la mayoría ha dejado de lado la distinción que se había ocupado de marcar de manera puntual en el caso “Madorrán” y que es destacada por el voto minoritario (considerando 15).

3. El segundo título de este comentario.

De una forma totalmente incidental, como si no tuviera trascendencia para la decisión que se adopta en el voto de la mayoría, en el considerando 7° se transita por un aspecto que tiene a mi juicio importancia fundamental cual es el de los efectos o consecuencias que la doctrina allí adoptada, tiene para la subsistencia de un régimen legal nunca cuestionado, por el contrario avalado por la propia Corte como sucede en el caso “Vizotti” donde se convalida el régimen de estabilidad relativa que regula la LCT. Puede leerse en el párrafo primero del considerando mencionado que por lo visto la intención de los jueces que integran la mayoría no es la de no poner en liza un régimen general de estabilidad propia o absoluta como protección contra todo despido arbitrario, sino la reincorporación para el litigio y en el litigio derivada del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación”. Esto al fin y al cabo, no es más que reiterar un principio procesal elemental cual es el del alcance personal y material de las sentencias judiciales. Pero parece olvidarse cuál es el efecto que la propia Corte Suprema adjudica a las doctrinas de sus fallos, sea éste el más riguroso o el menos intenso de la obligatoriedad moral. Tan incuestionable como la libertad de juicio de los jueces en ejercicio de su función propia es que la interpretación de la Constitución Nacional por parte de esta Corte Suprema tiene, por disposición de aquélla y de la correspondiente ley reglamentaria, autoridad definitiva para la justicia de toda la República (art. 100, hoy art. 116 de la Constitución Nacional; ley 48, art. 14 y que la interpretación de la Corte Suprema no tiene únicamente autoridad moral, sino institucional.[2]

Con la mención de que la sentencia es “para el litigio y en el litigio” no se salva la doctrina de la obligatoriedad institucional y por lo tanto con este fallo la Corte Suprema por la mayoría relativa apuntada, se está creando una doctrina obligatoria según la cual los despidos discriminatorios son nulos y corresponde imponer la reinstalación del trabajador despedido por ese motivo. Con esa expresión se pretende superar el argumento fundamental relativo a que una vez reincorporado el trabajador encuadrado en el supuesto del despido discriminatorio, se ha instalado a su respecto una protección de carácter absoluto (la estabilidad propia) por todo el tiempo de duración de su contrato por tiempo indeterminado. Porque no se necesita demasiada argumentación o imaginación para reconocer que si el empleador, haciendo uso de la reconocida facultad de despedir sin causa que admite la LCT, la ejerciera pretendiendo disolver el vínculo con el pago de la indemnización legal, surgiría la objeción de parte del trabajador invocando la descalificación de ese despido que tendría la presunción a su favor de haber sido dispuesto discriminándolo por causa del antecedente de su discriminación anterior. Y en tal caso, qué juez negaría la nulidad y la nueva reincorporación con base en el antecedente “Alvarez”?

Es que se ha omitido ponderar una cuestión central cual es la lógica jurídica de la decisión de reinstalar sin advertir cómo jugará esta sentencia en un eventual futuro ejercicio de la facultad rescisoria que admite la LCT sin expresión de causa. Este aspecto del fallo y del tema de que trata, es el que explica mi referencia a la doctrina del consecuencialismo. El reconocimiento de la doctrina del consecuencialismo, aceptada en

numerosos antecedentes de la Corte considera que “no puede prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos 302:1284)”. Sostenida, por otra parte de manera explícita por el presidente del Tribunal[3], significa la aceptación de una conducta previa al dictado de sentencias como la que se trata aquí, por estar involucradas normas constitucionales para examinar con prudencia precisamente cuáles pueden ser las consecuencias de la decisión. En el caso, por el contrario, no ha interesado a los jueces cuáles pueden ser las consecuencias de la doctrina que adoptan y que representa al fin y al cabo, como se verá en seguida, la desaparición por obra jurisprudencial de la norma de la LCT que admite – sea como acto lícito o ilícito, según sea la postura interpretativa que se adopte – el despido sin justa causa.

4. Esta última conclusión se halla apoyada en varias razones. La primera es que si se tiene en cuenta la directiva doctrinaria y jurisprudencial en materia de onus probandi en los casos de despidos discriminatorios (lo mismo si se trata de otro acto del empleador que implique ese trato), según la cual al reclamante le basta con aportar con la denuncia de la conducta discriminatoria, indicios suficientes acerca de ese comportamiento ilícito (la discriminación, no el despido) del empleador, será a éste a quien corresponde acreditar la existencia de una causa que haya originado su decisión de despedir. Esta distribución de la carga de la prueba aparece de algún modo consolidada en otro fallo de la misma fecha que “Alvarez”, en el cual se desestimó la pretensión de nulidad del despido porque “quedó demostrada la no configuración de un supuesto de discriminación susceptible de ser encuadrado en el art. 1 de la ley 23.592”. Estimo que el otro párrafo en que se sostiene que el tribunal a quo no dio explicación sobre “qué modo o mediante qué hechos o circunstancias concretas habría quedado patentizada la alegada conducta discriminatoria de la empleadora” no es suficiente para alterar aquella regla de distribución. En realidad lo que apoya la decisión en este fallo – me estoy refiriendo obviamente al caso “Pellejero” [4]– es que se demostró que no se había configurado el supuesto; la forma negativa de expresar el concepto – “la no configuración” – indica que se tomó en cuenta la prueba de que no hubo discriminación contra la afirmación hecha originalmente por la actora y que había bastado al tribunal a quo para acoger el reclamo.

5. A partir de ese criterio, que es por otra parte el adoptado casi unánimemente por los tribunales inferiores, incluyendo a la Suprema Corte de Buenos Aires [5], bastará con la invocación de la víctima del supuesto acto discriminatorio y el señalamiento de “indicios” para que se traslade la carga de la prueba al empleador, o lo que es lo mismo, ya no podrá éste en ningún caso que se formulen esas condiciones – no demasiado exigentes y al alcance de cualquiera que pretenda encontrar discriminación en una conducta del empleador – invocar la potestad de denuncia incausada, sino que asumirá – por imperio de esa doctrina procesal innovatoria – la obligación de probar la causa distinta de la alegada por el actor. Esto significa adoptar como regla la exigencia de la causa en el despido directiva que es la que recoge el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, elemento normativo no vinculante por la sencilla y suficiente razón de que no ha sido ratificado por la República Argentina, circunstancia que la Corte no computa como definitiva a los fines de la aplicación de su directiva, creando de este modo una situación de inseguridad jurídica preocupante ya que al prescindir de ese elemental dato, deja en manos de los jueces la posibilidad de incorporar como derecho vigente reglas que según la Constitución Nacional deben ser establecidas por el legislador.

6. Y aquí aparece el otro motivo para afirmar, como lo hice, que ha desaparecido la figura del despido incausado, desaparición operada por vía judicial. En efecto según el voto de la mayoría en “Alvarez” “aún cuando la República no ha ratificado el Convenio N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo (OIT, 1982) que el mentado Comité (se refiere al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, creado por el PIDESC) no ha dejado de considerar que los alcances del derecho al trabajo del PIDESC son determinables a la luz del instrumento citado, al menos en cuanto impone, en particular la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido”[6]. Con esto se redondea la postura y se reafirma que siempre, para despedir, debe mediar alguna causa (“motivo válido”). Siempre, quiere decir, siempre que seun indicio de discriminación. No es demasiada exigencia.

Esta conclusión que no puede ser tachada de exagerada conociendo el mecanismo de los planteos judiciales, es la consecuencia a la que aludía en renglones precedentes y es seguramente lo que han tenido en cuenta, prudentemente, los jueces que forman el voto en minoría en el caso “Alvarez”.

Por lo demás al invocar el Convenio 158 y considerarlo obligatorio debe procederse con lógica jurídica acerca de la integridad del documento en el cual – aparte de la exigencia de justificación del despido – se admite que la sanción del acto considerado ilícito sea por la vía de la nulidad y la reinstalación y cuando no estuviera autorizado esto por la legislación o la práctica, proceda el pago de una indemnización razonable (art. 10) alternativa que el fallo que comento omite al transcribir expresiones sueltas sacándolas del contexto de la norma, como sucede en el considerando 7°, segundo párrafo in fine.

Como se ve, la cuestión no se aclara y mucho menos se define a nivel constitucional, ni con la invocación parcial de un convenio no ratificado, ni con antecedentes del derecho comparado, ni con mención fragmentada de un fallo ejemplar como “Madorrán”.

“Aún suponiendo el ver triunfante la opinión de los insensatos mediante el número, no por eso podrán trastocar la naturaleza de las cosas.”

Cicerón en “De legibus”

---

[1] Según este fallo “Benítez”, “es impropio de su cometido jurisdiccional (de la Corte Suprema de Justicia) en el marco de un recurso extraordinario formular una determinada interpretación de la norma citada (se refiere al art. 30 de la LCT), dado el carácter común que ella posee” y porque “si bien es cierto que el excepcionalísimo supuesto de arbitrariedad de sentencia autoriza a que el Tribunal revise decisiones de los jueces de la causa en materia del mentado derecho común, no lo es menos que la intervención de la Corte en esos casos no tiene como objeto sustituir a aquellos en temas que, como el indicado, le son privativos, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales.” Estableció además que la diversa inteligencia que los tribunales de la causa hubiesen dado a una disposición de índole no federal no es suficiente razón para habilitar la intervención del Alto Tribunal, correspondiendo para intentar la unificación de esos criterios, el recurso de inaplicabilidad de ley.

[2] “García Rams y Herrera” (Fallos 212:251); “Cerámica San Lorenzo” (Fallos 307:1094). Conf. María Angélica Gelli, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, La Ley, 4<sup>a</sup>. edic. 2008, tomo II, p.559.

[3] Conferencia del doctor Lorenzetti en el III Congreso de Derecho y la Economía de la Innovación y la integración social” (29/30 de marzo 2010).

[4] CSN, “Pellejero, María Mabel” sentencia del 7/12/10.

[5] Sentencia del 22 de diciembre de 2010 en autos “Villalba, Franco R. c/ The Value Brands Company de Argentina”, voto de la jueza Kogan invocando jurisprudencia y doctrina españolas, considerando 6°.

[6] Aquí tenemos otra cuestión debatible cual es la de la obligatoriedad de esos dictámenes de una comisión que interpreta