

## **EL DESPIDO DISCRIMINATORIO EN EL PENSAMIENTO DEL PROFESOR RODRIGUEZ MANCINI (UNA TESIS DEFENDIDA DURANTE QUINCE AÑOS DE APORTES). TAMBIEN, UNAS REFLEXIONES SOBRE "FARRELL" Y "VARELA"; Y UNA ADENDA RESPECTO DE "CEBALLOS".<sup>1</sup>**

El pasado 29 de abril se llevó a cabo, en la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, un acto académico para homenajear al profesor Rodríguez Mancini, justamente, el día en que hubiera cumplido noventa años. Un acto tan merecido por el homenajead, como sentido para muchos de los que estuvimos presentes. Y ha significado, para mí, un altísimo honor la convocatoria de las autoridades de esa querida institución para encargarme la disertación. Por ello, quiero dejar testimonio de mi agradecimiento.

### **1.- Sobre el tema y el contenido de mi exposición.**

La elección del tema fue un acierto por tres razones: por su relevancia; por su actualidad; y por ser adecuado para la ocasión.

Relevante, porque el despido discriminatorio, o la discriminación como móvil del despido, nos reconduce a una de las facetas de protección más significativa del trabajador en los tiempos que corren: el reconocimiento de la proyección de los derechos fundamentales generales (inespecíficos, en la terminología propuesta por Palomeque) a la relación del trabajo. La otra es la elevación de ciertos derechos laborales a la categoría de los fundamentales (específicos). Y, también, porque dependiendo de la sanción que se aplique, podría argumentarse que resultarían comprometidos o afectados ciertos derechos fundamentales del empleador, configurándose, pues, un posible conflicto o concurrencia de derechos de ese rango: por el lado del trabajador, el

---

<sup>1</sup> Sobre la base de la disertación pronunciada en la Sesión Académica llevada a cabo en la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, el 29 de abril de 2019, para homenajear al profesor Rodríguez Mancini.

de no discriminación; por el lado del empleador, el de ejercer toda industria lícita, comprensivo de la libertad de contratar.

Es de actualidad, porque durante el año anterior la CSJN dictó dos sentencias: la primera, en *"Farrell"*<sup>2</sup>; la segunda, en *"Varela"*<sup>3</sup>. Si bien se ha dicho que en esta última se ha ratificado la doctrina *"Álvarez"*<sup>4</sup>, no es esa la única opinión al respecto, con lo cual, es factible cambios a futuro pues bastaría con que uno de los ministros de reciente incorporación (Rosenkrantz o Rosatti) siguiera los lineamientos de la postura minoritaria de *"Álvarez"*, para que la minoría de entonces se convierta en mayoría del presente.

Y es adecuado, porque estamos delante del tema sobre el que más escribió el profesor Rodríguez Mancini en los últimos 15 años. Muchos saben y conocen nuestra divergencia de criterios en orden a la sanción que corresponde aplicar en estos despidos<sup>5</sup>. Una divergencia prolongada (se inició antes de la sentencia dictada por la Sala X de la CNAT en *"Staforini"*), intensa, respetuosa y, para mí, sumamente fructífera y ejemplificadora, porque fue la muestra cabal de lo que para Rodríguez Mancini significó la docencia: no sólo la aceptación del disenso con humildad, sino su permanente incentivo.

No es una tarea sencilla compactar el pensamiento y los argumentos del profesor Rodríguez Mancini, en una sola publicación. Mi idea es reflejar, aquí, el contenido de lo que he puntualizado en el acto realizado para homenajearlo. Mi exposición constará, básicamente, de dos partes y una breve adenda: la primera, está destinada a individualizar la obra del Profesor Rodríguez Mancini y a exponer sus ideas y argumentos más relevantes; la

---

<sup>2</sup> *"Farrell, Ricardo Domingo c/ Libertad S.A. s/ despido"* (CSJN, 06 de febrero de 2018).

<sup>3</sup> *"Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ amparo sindical"* (CSJN, 04 de septiembre de 2019).

<sup>4</sup> *"Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo"*, CSJN (07 de diciembre de 2010).

<sup>5</sup> De mi autoría, *Ley de Contrato de Trabajo, comentada, anotada y concordada* (Dir. Rodríguez Mancini, J.), comentario al art. 1 de la LCT, ediciones 2007 y 2013; *"El despido discriminatorio. La sanción de nulidad, la readmisión del trabajador y la libertad de contratar del empleador. Reflexiones a partir de la sentencia de la CSJN en el caso Álvarez c/ Cencosud"*; *Revista Argentina de Derecho Laboral y de la Seguridad Social*, octubre 2011, [www.IJEditores.com.ar](http://www.IJEditores.com.ar); *"Los despidos dispuestos por el empleador. Eficacia y nulidad"*, en *"Un enfoque actual del pensamiento jurídico de Justo López"*, pag.475, Erreius, 2018.

segunda, apunta a explicar la incidencia que han tenido “Farrell” y “Varela” en “Álvarez”. La adenda será sobre una reciente sentencia de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

## **2.- La contribución del profesor Rodríguez Mancini sobre el despido discriminatorio.**

Los aportes del profesor Rodríguez Mancini están distribuidos en dos etapas. Antes de “Álvarez”, y después de “Álvarez”.

En la etapa anterior a “Álvarez” se incluyen las siguientes publicaciones: “*Derechos fundamentales y relaciones laborales*”, primera edición, pags. 222 a 257, Astrea, 2004; “*Contratación laboral y despido*”, L.L., diario del 15-12-2005. Nota a la sentencia de la CNCiv., Sala E, “FVH c/ Fiat Auto Argentina S.A.”; “*La discriminación y el contrato de trabajo*”, L.L., diario del 28-08-2006; nota a la sentencia de la CNAT, Sala V, “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo S.A.”; “*Cómo sancionar los despidos discriminatorios*”, El Dial.com, 19-09-2006; Comentario al art. 1 de la LCT, en Ley de Contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada, La Ley, edición 2007; “*Más sobre despido discriminatorio*”, L.L., diario del 23-08-2007; nota a la sentencia de la CNAT, Sala II, “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud”; “*Discriminación en el despido o despido discriminatorio*”, Revista de Derecho Laboral, 2008-2, pag.129; “*Estabilidad impropia o relativa según la Corte Suprema de Justicia de la nación. Desde ‘De Luca’ a ‘Madorrán’, pasando por ‘Figueroa’ y ‘UOM’. Cuatro interrogantes y un solo concepto*”; D.T., agosto-2009.

A raíz de “Álvarez”, nos dejó dos aportes: “*Dos de 4 a 3 o Álvarez vs. consecuencialismo*”, publicado en la página web de la AADTYSS, y el comentario actualizado al art. 1 de la LCT, en Ley de Contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada, La Ley, edición 2013. Posteriormente, agregó dos estudios más: “*Reincorporación por despido nulo. Mantenimiento de un contrato contra la voluntad de uno de los contrayentes*”, Suplemento La Ley - Constitucional, junio 2013; nota a la sentencia de la CSJN “Cejas, Adrián

Enrique c/ Fate S.A. s/ sumarísimo"; y "Reinstalación del trabajador despedido. Un avance y un retroceso", L.L., diario del 08-10-2018; nota a la sentencia de la CSJN "Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ amparo sindical".

### **3.- Su tesis y los argumentos que la sostienen.**

Inicialmente, se advierte en el pensamiento del profesor Rodríguez Mancini una férrea oposición a la sanción de nulidad y consiguiente readmisión compulsiva del trabajador, aunque con un leve matiz en caso de que la CSJN dispusiera lo contrario habilitando, de esa forma, el dictado de una norma legal especial. Con el tiempo, su oposición fue a la readmisión del trabajador.

Esa tesis se apoyó en tres conclusiones estructurales: la afectación de la libertad de contratar del empleador; la alteración del principio de estabilidad relativa impropia; y la desaparición del tipo incausado del despido.

El primer argumento se relaciona con el ámbito al que se circunscribe el acto del empleador. Para el autor, la violación de los deberes de trato igual y no discriminación representa un grave incumplimiento que no sobrepasa la órbita contractual individual. Conclusión a la que arriba a raíz de una distinción -por él elaborada- dentro de los derechos fundamentales inespecíficos: los laboralizados (contractualizados) y los no laboralizados<sup>6</sup>. Así lo expresó: "*Son varias las manifestaciones que en nuestro medio se han registrado acerca de la configuración de violaciones al deber de trato igual, extendiéndose llamativamente en las postulaciones judiciales, a veces no con demasiada coherencia como queriendo dar un matiz más impresionante a lo que no es otra cosa que un grave incumplimiento de deberes contractuales*".<sup>7</sup>

El segundo argumento apuntó a la falta de autonomía del despido discriminatorio, al que consideró como una especie de despido sin causa (para él un acto lícito) alcanzado por el régimen indemnizatorio del art. 245 de la

---

<sup>6</sup> "Derecho fundamentales y relaciones laborales", pags. 201 a 217, Astrea, 2004.

<sup>7</sup> "Derecho fundamentales...", pag. 222, Astrea, 2004.

LCT, y con la posibilidad de ser integrado por las disposiciones del Código Civil sobre la reparación pecuniaria de daños. Así nos lo hizo saber: *“...cuando el legislador constitucional o infraconstitucional ha incorporado un DF inespecífico al campo específico del derecho del trabajo, ha producido un acto de reglamentación...Es precisamente éste el caso del art. 245 de la LCT, que indica claramente que – cuando se produce un despido sin causa – surge un efecto concreto, cual es la obligación de abonar la indemnización allí establecida...En este sentido, aunque se lo considere un acto ilícito, y en particular cuando lesiona un DF, lo cierto es que la ley tiene previsto el efecto desfavorable para el incumplidor, que consiste en el pago de una indemnización que establece en forma tarifada, sin perjuicio, repitiendo lo ya dicho, de la posibilidad de una indemnización adicional en caso de agravio moral, fundado en las disposiciones del Código Civil cuando se den las condiciones respectivas”*.<sup>8</sup>

El tercer argumento es una derivación lógica del anterior: la inaplicación de la ley 23.592 a las relaciones laborales. He seleccionado este párrafo de su obra: *“...la ley 23.592 y la medida allí prescripta para los supuestos de ofensa a un DF...no alcanza a la relación laboral, que se debe regir por sus propias normas en materia de despido, dentro del sistema de estabilidad relativa que regula la LCT...”*<sup>9</sup>. *“Resulta pues necesario que antes de aplicar la ley común, en el caso la ley 23.592, se efectúe un balance elemental. Y esto no siempre aparece cumplido en los fallos existentes. En punto a nuestro tema la respuesta a estos condicionamientos se estructura a partir del reconocimiento obvio que la LCT contiene al menos dos disposiciones sobre la prohibición de discriminación...los arts. 17 y 81, y en función de las mismas los arts. 242 y 245 articulan la sanción por su incumplimiento...”*<sup>10</sup>

En el cuarto argumento explica que la nulidad del despido discriminatorio y la reinstalación del trabajador, resultan contrarias a la libertad de empresa, a los derechos de propiedad y de ejercicio de industria lícita del empleador, como así también, a su libertad de contratar. Y lo expresó así: *“Pero lo cierto es que a partir de la reinstalación de ese empleado por virtud del mandato judicial...nos lleva a una situación incompatible en absoluto con el resto del sistema*

---

<sup>8</sup> *“Derecho fundamentales...”*, pags. 230 y 251, Astrea, 2004.

<sup>9</sup> *“Derecho fundamentales...”*, pag. 251, Astrea, 2004.

<sup>10</sup> *“Cómo sancionar los despidos discriminatorios”*, El Dial.com (19-09-2006).

*jurídico. En efecto, si el empleador no aceptara la reinstalación, seguramente se recurriría a aplicar sanciones conminatorias o, eventualmente, a establecer la obligación de pago de las remuneraciones aunque el empleado no prestara servicios. Lo primero conspira con la libertad de contratar...Pero, además, la solución lleva a consecuencias de claro corte arbitrario o absurdo en la terminología jurídica, porque si el empleador acepta la reinstalación, pero con posterioridad se produjera nuevamente otro despido injustificado, la cuestión volvería a plantearse, pues el empleado siempre podría invocar su protección contra actos discriminatorios, dado que siempre estaría en condiciones de alegar la causa...que originó su primer despido: De tal manera, mientras no aparezca una causa justificada de despido por un comportamiento del trabajador, éste habría adquirido una estabilidad tal que impediría su despido hasta el momento de jubilarse...".<sup>11</sup>*

Quinto argumento: la nulidad del despido y la readmisión del trabajador implican consagrar un sistema de estabilidad absoluta, incompatible con el de estabilidad relativa establecido en la CN: Lo expresó de este modo: *"...como sucede en materia de despidos, las normas del derecho del trabajo han instalado un sistema de estabilidad relativa que permite al empleador poner fin en cualquier caso y aun sin causa la relación...La implantación de una estabilidad absoluta, como la que resulta de anular el despido discriminatorio, no se halla contemplada expresamente por disposición laboral alguna y por lo tanto no cabe la interpretación extensiva del art. 1 de la ley 23.592 para establecer dicha nulidad...".<sup>12</sup>*

En el sexto argumento aparece la primera señal de ajuste de su tesis, en razón de que abre un resquicio para la nulidad del despido y la reinstalación del trabajador, sólo si se dictara una ley especial (laboral), o si la CSJN así lo dispusiera. Lo cual da lugar a pensar si no hay en esa idea un cierto grado de neutralización de su argumento sobre la afectación de la libertad de contratar del empleador y, a su vez, para preguntarse por qué se afectaría la libertad de contratar cuando en una sentencia se disponga la nulidad del despido y la readmisión del trabajador en base a una disposición de una ley

---

<sup>11</sup> "Derecho fundamentales...", pag. 252, Astrea, 2004

<sup>12</sup> "Contratación laboral y despido", L.L. diario del 15-12-2005. Nota a la sentencia de la CNCiv. Sala E, en autos "FVH c/ Fiat Auto Argentina S.A."

general, y no se incurriría en tal atentado cuando el fundamento de la misma proviene de una ley especial. Esto ha puntualizado el autor: *“...para que se logre una sanción de la magnitud que significa la nulificación del despido discriminatorio, no basta con la interpretación judicial (de la ley 23.592)...sino que es preciso que el legislador manifieste expresamente semejante solución. Mientras esto no se produzca la figura del despido discriminatorio está absorbida por el despido arbitrario, injustificado, sin causa... Es el legislador quien debe operar en función de la política que desee implementar...y al hacerlo podrá utilizar los medios sancionatorios adecuados, sean estos los de agravamiento de indemnizaciones o eventualmente, ante una nueva jurisprudencia de la Corte Suprema...imponiendo nulidades y reincorporaciones...Lo que yo sostengo es, en síntesis, que no existe norma aplicable a la relación laboral que altere el principio...de estabilidad relativa o impropia...”*<sup>13</sup>

El séptimo argumento está enfocado al art. 47 de la ley 23.551, norma a la que calificó como “cuerpo extraño” dentro del modelo de preferencia del sindicato con personería gremial, a raíz de lo cual se pronunció en contra de su aplicación en caso de despido por cuestiones de índole gremial a los trabajadores no alcanzados por la tutela de los arts. 48 y 52, porque su nulidad y la reinstalación del trabajador afectado resultan contrarias al sistema de estabilidad relativa, cuya única excepción está dada por esas normas. Párrafo seleccionado de su obra: *“Sin duda que la figura del ‘comportamiento anti sindical’ comprende acciones dirigidas contra cualquier trabajador...Pero no podría aplicarse la norma al caso de los despidos por su incompatibilidad con el sistema de estabilidad general. Consecuentemente, los despidos que comporten conductas antisindicales deberán ser sancionados con el régimen general de los daños, adicionando...los resarcimientos específicos que regula la LCT”*.<sup>14</sup>

En lo que podría entenderse como un ajuste del sexto argumento, remarcó la necesidad de una solución legislativa adecuada, sin ninguna aclaración adicional. No dijo que esa solución debía provenir, exclusivamente,

---

<sup>13</sup> *“La discriminación y el contrato de trabajo”*, L.L., diario del 28-08-2006, pag. 6. Nota a la sentencia de la CNAT, Sala V, en autos “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo S.A.”.

<sup>14</sup> *“Más sobre el despido discriminatorio”*, L.L., diario del 23 de agosto de 2007, pag. 5. Nota a la sentencia de la Sala II de la CNAT, en autos “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A.”

de una ley especial. Tampoco de una sentencia de la CSJN a la que le había atribuido la condición de antesala de una posible ley especial que admitiera la nulidad del despido y la reincorporación del trabajador afectado. Esta idea -tal vez un anticipo de lo que diría en su primer comentario a la sentencia de la CSJN dictada en “Álvarez”-, la manifestó de este modo: *“El juez Maza no deja de señalar las preocupaciones que suscita el sistema y espera una solución legislativa adecuada. Nosotros también”*.<sup>15</sup>

En el último argumento de la primera etapa de sus calificados aportes, aparece en la línea argumental del profesor Rodríguez Mancini la distinción entre el acto del despido -siempre lícito aunque carezca de causa y, por tanto, siempre eficaz-, de la discriminación que lo motivó -siempre ilícita-, y sancionable sólo económicamente en razón de esa eficacia general del despido. Concretamente, sostuvo lo siguiente: *“...el despido -con causa o sin ella- es una facultad o derecho del empleador porque se trata de un acto que es capaz de extinguir la relación...lo cual no obsta a que el acto ilícito que le está añadido cuando media una conducta discriminatoria, sea motivo de sanción resarcitoria. En esto acepto que como se trata de un acto ilícito...pueda pensarse en el efecto propio de las nulidades que es retrotraer las cosas al estado anterior...pero chocamos con que...el vínculo quedó extinguido...”*.<sup>16</sup>

La etapa posterior a “Álvarez” la inicia apelando a una teoría -el consecuencialismo- en virtud de la cual, dicho a la ligera y en pocas palabras, las acciones de los hombres son juzgadas o evaluadas por las consecuencias que produce. Abandona la posibilidad de que una sentencia de la CSJN pueda habilitar el dictado de una ley que admita la nulidad del despido y la readmisión del trabajador, efectuando una severa crítica a la sentencia dictada por dicho Tribunal en “Álvarez”, por no haber sopesado las consecuencias derivadas de tal solución; en concreto, la desaparición del despido sin causa admitido por la LCT. No los hizo saber de la siguiente manera: *“...no ha interesado a los jueces*

---

<sup>15</sup> *“Más sobre el despido discriminatorio”*, cit., pag.5.

<sup>16</sup> *“Discriminación en el despido o despido discriminatorio”*, punto 2, Revista de Derecho Laboral, 2008-2, pag.129.

*cuáles pueden ser las consecuencias de la doctrina que adoptan y que representa, al fin y al cabo...la desaparición por obra jurisprudencial de la norma de la LCT... que admite el despido sin causa...".<sup>17</sup>*

Durante esta etapa, el profesor Rodríguez Mancini deja a un lado el primer argumento de la etapa anterior. Lo que en su momento no fue más que un mero desborde contractual (la discriminación del trabajador), ahora pasa a ser una cuestión propia del derecho constitucional en razón de estar en juego, en última instancia, la dignidad humana. He seleccionado este párrafo: *"Por eso señalo que estos fallos (la referencia es a "Cejas" y a "Álvarez") no tratan un tema laboral...el tribunal ha prescindido de lo que puede aportar el derecho del trabajo...en materia de estabilidad en el empleo. Esto ha pasado a segundo plano y se ha atribuido a principios superiores válidos para todos los hombres y mujeres como es el del respeto a la dignidad y de no ser discriminado...".<sup>18</sup>*

Y es también durante este ciclo que el profesor Rodríguez Mancini ajustó su tesis inicial, al aceptar que el despido por razones discriminatorias puede ser declarado nulo, aunque sin readmisión del trabajador. Párrafo seleccionado: *"La defensa de los derechos fundamentales, entre los que se cuenta seguramente el de no ser discriminado, no puede llevar al desconocimiento de otros derechos fundamentales...existen soluciones que respetan la dignidad, sin...ofender otras garantías...aunque se declarara nulo el acto jurídico de la denuncia por discriminación, sólo procedería la obligación de indemnización en dinero...como resarcimiento adicional al que por la ley especial procede en forma de tarifa".<sup>19</sup>*

En un artículo que su publicó poco tiempo antes de su fallecimiento, el profesor Rodríguez Mancini, si bien fue crítico con la sentencia dictada por la CSJN en "Varela", sostuvo que la misma había significado una expresa ratificación de la doctrina "Álvarez". Esto fue lo que puntualizó al respecto: *"por medio del fallo Varela se establece una posición coincidente con la*

---

<sup>17</sup> "Dos de 4 a 3 o Álvarez vs consecuencialismo", [www.aadyss.org.ar](http://www.aadyss.org.ar)

<sup>18</sup> "Reincorporación por despido nulo. Mantenimiento de un contrato contra la voluntad de uno de los contrayentes"; Suplemento La Ley. Constitucional, pag. 47.

<sup>19</sup> "Reincorporación por despido nulo. Mantenimiento de un contrato contra la voluntad de uno de los contrayentes"; Suplemento La Ley. Constitucional, pags. 50 y 51.

*mayoría anterior...Según surge de este fallo 'Varela', la casi totalidad de los miembros que componen la Corte Suprema ratifica la doctrina 'Álvarez'...".<sup>20</sup>*

Hasta aquí, una muy prieta síntesis del aporte que nos legó el homenajado sobre el tema propuesto. No creo equivocarme al afirmar que fue el autor que con más tesón y argumentos coherentes defendió la tesis de la no readmisión del trabajador en los casos de despidos discriminatorios.

#### **4.- Mi visión sobre "Farrel".**

El actor inició una demanda por despido discriminatorio reclamando que su empleador lo readmitiera o que, en su defecto, le abone las indemnizaciones asignadas por la ley al despido sin causa, más un adicional por daño moral con sustento en la ley 23.592. En la instancia ordinaria, sólo fue acogida su pretensión económica en base a una serie de hechos acreditados que llevaron al magistrado a decidir que el despido había sido la reacción producida a raíz de un reclamo por aumento salarial para el personal fuera de convenio.

El Superior Tribunal de Justicia de Córdoba (STJC) revocó la condena a indemnizar daños y perjuicios, porque consideró que no se había probado que el despido hubiera sido un castigo del empleador al trabajador por reclamar una recomposición salarial, y porque la supuesta conducta reprobada no surgía del acto mismo del despido ni podía inferirse del contexto fáctico que rodeó la desvinculación.

En el pronunciamiento suscripto por los Ministros Maqueda, Highton de Nolasco y Rosatti, la Corte Federal dejó sin efecto la sentencia del STJC y ordenó dictar un nuevo fallo, porque consideró que dicho tribunal había prescindido de los fundamentos de la Cámara, como así también de los elementos probatorios que fueron valorados para el dictado de la sentencia. Dice concretamente la Corte: "*...en ese marco, el a quo no pudo afirmar, sin efectuar al menos una ponderación de esas pruebas y elementos o dar fundamentos válidas para*

---

<sup>20</sup> "Reinstalación del trabajador despedido", L.L., diario del 08 de octubre de 2018, pag.6.

descartarlos, que la conducta discriminatoria reprochada a la demandada no surgía del 'contexto fáctico que rodeó a la desvinculación', máxime cuando la empleadora había invocado supuestas razones para disponer el despido...que no resultaron probadas". Y agrega esta afirmación elemental respecto de los actos discriminatorios, para contrarrestar la vaguedad argumental del STJC: "El mero señalamiento de que 'la supuesta conducta reprobada no surge del acto mismo del despido' resulta inconsistente para dar sustento a la decisión pues la discriminación, por lo común, se caracteriza por constituir una conducta solapada, oculta o encubierta, que no es reconocida por quien la ejecuta y, por lo tanto, es harto improbable que surja de los términos de una notificación rescisoria".

Como puede apreciarse, el *thema decidendum* no fue la readmisión del actor, sino la procedencia de la indemnización de daño moral a raíz de un despido discriminatorio. No hay la más mínima referencia en la sentencia de la Corte a la nulidad del despido y el consecuente reintegro del trabajador a su puesto de trabajo. Por tanto, "Farrell" no supuso ningún cambio en la doctrina "Álvarez".

##### 5.- **Mi visión sobre "Varela".**

En mi opinión, el voto mayoritario de los Ministros Highton de Nolasco, Maqueda y Rosenkrantz, sólo ratificó la doctrina "*Pellicori*"<sup>21</sup>, con algunos agregados puntuales sobre los despidos discriminatorios por cuestiones de índole sindical. En cambio, en el voto del Ministro Rosatti, hay párrafos que, a mi entender, expresan apego a la doctrina "*Álvarez*".

El actor, activista sindical, a pocos días de haber impugnado una suspensión dispuesta por su empleador por impuntualidades alegando que la misma se había decidido en represalia por sus actividades sindicales, fue despedido, según la empresa, porque esa conducta resultó agravante. A raíz de ello, aquél promovió una demanda solicitando que se declare nulo el despido y que se lo readmitiera, en razón de que la decisión de la empresa obedeció a su

---

<sup>21</sup> "*Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo*", 15-11-2011.

actividad gremial, consistente en reclamos a la empresa por la falta de delegados de personal, presentación de notas ante la autoridad de aplicación y el gremio, por dicho motivo, y propuestas a sus compañeros de trabajo para lograr que se subsanara dicha carencia.

El magistrado de grado acogió el reclamo del actor, argumentando que logró acreditar la actividad sindical por él invocada. La Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial, de Minas y del Trabajo de Segunda Nominación de Catamarca, revocó la sentencia argumentando que la nulidad del despido y consiguiente readmisión está dirigida solamente a los representantes gremiales -no activistas-. Rechazado el recurso de casación interpuesto por la Corte de Justicia de esa provincia, el actor interpuso recurso extraordinario que, al ser desestimado, dio lugar a la queja que motivó el pronunciamiento de la CSJN.

Un primer dato a tener en cuenta, es que el precedente "*Álvarez*" no es mencionado en ninguno de los considerandos del voto mayoritario. Por el contrario, en el considerando noveno, solamente se citan los precedentes "*Pellicori*" y "*Sisnero*"<sup>22</sup>, para dar cuenta de un "*estándar de prueba*" aplicable en los casos de discriminación laboral. En ese considerando, fue ratificado el estándar "*Pellicori*" con un agregado (oportuno) aplicable a casos de discriminación gremial: para el que afirma haber sido discriminado, no basta con probar que realizó una actividad de esa índole; requiere que la misma esté tutelada por el orden legal, ya que "*No toda actividad sindical constituye el ejercicio regular de un derecho sindical*". Respecto de la contra prueba del empleador, trazó un distingo que no figura en "*Pellicori*", entre los despidos sin y con causa. En los primeros, se exige la presencia de una causa, "*de la naturaleza que fuere*", para neutralizar la presencia de un móvil discriminatorio. Por tanto, no de una causa que responda a los parámetros del art. 242 de la LCT. En los segundos, deberá acreditarse que "*razonablemente*" la causa existió. Y con fundamento en el estándar invocado, se limitó a descalificar la sentencia recurrida, en razón de

---

<sup>22</sup> "*Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo*", 20-05-2014.

que omitió valorar prueba conducente para resolver el litigio, sin entrar a considerar el resto de las cuestiones sometidas a conocimiento del Tribunal.

A diferencia de lo apuntado al tratar el voto mayoritario, el Ministro Rosatti se remitió a “*Álvarez*”, en dos oportunidades. La primera, en el considerando octavo, al destacar que, por medio de la ley 23.592, el Estado ha cumplido su obligación de realizar acciones positivas orientadas a neutralizar la discriminación de las personas. La segunda, en el considerando decimotercero, al destacar que el universo laboral *“se encuentra regido por el principio de justicia social y tiene al trabajador como sujeto de preferente tutela constitucional”*. Dato no menor para juzgar el presente de la doctrina “*Álvarez*” en su pensamiento.

El Ministro Rosatti, se ha expresado inequívocamente a favor de una compatibilidad total entre la ley 23.592, y las leyes 20.744 (LCT) y 23.551. Concretamente, esto dijo: *“...la ley antidiscriminatoria es una regla general que vino a ampliar la cobertura que, ante una misma situación, prevén las leyes especiales, sin que de su letra surja restricción alguna de la que pueda derivarse incompatibilidad con las normas que contemplan un resarcimiento económico...”*. Esta conclusión, la apoyó en una línea argumental que desarrolló en dos párrafos de los considerandos sexto y séptimo, sobre los que haré foco.

Por un lado (considerando sexto), relativizó el hecho de que la LCT establezca *“para supuestos específicos de discriminación”* indemnizaciones agravadas, y que la ley 23.551 sólo reconozca la posibilidad de readmisión a los representantes sindicales. Así se expresó el ministro, luego de transcribir el art. 1 de la ley 23.592: *“Los términos generales en que ha sido redactada la norma no permiten excluir de sus previsiones al ámbito laboral privado. Tal conclusión no encuentra obstáculo en los previstos por la ley 23.551, que contempla una acción específica de reinstalación para los representantes gremiales ni en la Ley de Contrato de Trabajo, que prevé supuestos específicos de discriminación cuya reparación consiste en una indemnización agravada”*.

Tres breves acotaciones sobre las transcripciones.

Primera. Sin perjuicio de mi coincidencia con el Ministro Rosatti acerca de la proyección total de la ley 23.592 a las relaciones laborales, no considero que haya sido preciso al haber afirmado que dicha ley *vino a ampliar la cobertura que, ante una misma situación, prevén las leyes especiales*. Por ahora, solo diré que no en todos los casos las leyes especiales (laborales) consagran una “cobertura” a favor de la víctima de un despido discriminatorio, si por cobertura entendemos que se haya contemplado un régimen con consecuencias concretas para todas las variantes de ese tipo de despido -que no debe ser confundido con el despido sin causa-. Su ausencia, constituye un obstáculo para considerar que la ley 23.592 “*vino a ampliar...*”, porque no se puede “*ampliar*” lo que no existe. El despido sin causa, supone la presencia de un móvil (en el empleador), sin entidad jurídica para justificar su conducta, es decir, para neutralizar la incausalidad. En cambio, el despido discriminatorio está impulsado por un móvil que confronta con normas de rango constitucional tuitivas del derecho de no discriminación; consecuentemente, un móvil con entidad jurídica suficiente como para situar su conducta en el ámbito de la causalidad prohibida.

Segunda. La LCT, sólo le asigna indemnizaciones específicas a casos puntuales de discriminación de la mujer (embarazo y matrimonio). En cambio, su art. 17, que le prohíbe al empleador discriminar a los trabajadores (en general) “*por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad*”, es una norma incompleta en razón de que no le anexó a la prohibición una sanción puntual. Esta carencia dio pie, en su momento, para que propusiera que el art. 17 de la LCT fuera integrado por el art. 18 del Código Civil, o el art. 1 de la ley 23.592 y, de eso modo, despejar el camino para que el trabajador reclamara la nulidad de un despido por cualquiera de esas razones<sup>23</sup>.

Tercera. No hay que perder de vista la tutela general prevista en el art. 47 de la ley 23.551, dirigida a “*todo trabajador...que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de libertad sindical*”. Una tutela

---

<sup>23</sup> En “*Reformas Laborales*”, pag.147; Astrea, 2000.

consistente en la posibilidad de accionar por la vía del art. 498 del CPCCN, a fin de *“obtener el cese inmediato del comportamiento antisindical”*, lo que implica, en casos de despido por esas razones, que es viable reclamar la nulidad del despido con la consiguiente readmisión. Con esto quiero significar que *“la acción específica de reinstalación”* asignada a los sujetos mencionados por el art. 52 de la ley 23.551, no es el único canal procesal destinado a proteger la actividad sindical. Quienes no sean representantes sindicales, disponen de la acción contemplada en el citado art. 47, lo cual refuerza la compatibilidad entre la ley 23.551 y la ley 23.592.

En el considerando séptimo, y como derivación de lo anterior, el Ministro Rosatti recurrió a una terminología puntual para señalar cuál es la relación entre las leyes especiales y anteriores a la ley 23.592, y esta última. Aludió a una *“conurrencia”* sin contradicción, a una *“confluencia”* de normas, y a una *“coexistencia”* de regímenes reparatorios diferentes a opción del damnificado. Transcribo: *“...Sobre esta base, la conurrencia de normas especiales y anteriores con la ley que se analiza no entraña contradicción o tensión alguna, debiendo recordarse que -en virtud de su sistema de fuentes- deviene recurrente en materia laboral la confluencia de diferentes normas jurídicas a la solución de un mismo supuesto...la coexistencia de reparaciones de distinta naturaleza -pecuniaria o in integrum es una respuesta presente en la legislación en que solo la víctima puede optar”*.

Algunos comentarios al respecto.

Los términos conurrencia o concurso, aplicados a la relación entre normas, han sido utilizados por la doctrina iuslaboralista para identificar el ámbito de aplicación de la regla de norma más favorable, contemplada por el art. 9, primera parte, de la LCT. Palabras más, palabras menos, se da aquélla situación cuando dos o más normas de la misma jerarquía, con regulaciones diferentes y compatibles, tienen vocación de aplicación a una misma situación. Los elementos que la caracterizan, son: normas de la misma jerarquía; y regulaciones diferentes, compatibles y simultáneas (todas vigentes), sobre un

tema concreto. Si no hay tal cosa, la concurrencia queda descartada de plano. No debería confundirse esa hipótesis con la que resulta de la posibilidad de que una norma integre a otra; es decir, que la complemente -si fuera compatible-; pero, en este caso, la relación entre dichas normas no será por concurrencia, sino por complementariedad<sup>24</sup>.

En base a las tres acotaciones precedentes, resulta que el art. 1 de la ley 23.592 no siempre concurre con las normas especiales (laborales) en materia de discriminación. Con el art. 17 de la LCT no es posible la concurrencia, porque no hay una regulación diferente. Esta norma, si bien prohíbe que el trabajador sea discriminado por el empleador en base a motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad, no establece consecuencia alguna en caso de transgresión. Podría sostenerse que existe complementariedad -previo examen de compatibilidad-, lo que implica, lógicamente, ausencia de concurrencia. En cambio, siempre y cuando se explicara justificadamente que los arts. 178 y 182 de la LCT, por un lado, y el art. 1 de la ley 23.592, por el otro, no se excluyen, quedaría configurado un caso de concurrencia. Entre el art. 1 de la ley 23.592, y el art. 47 de la ley 23.551, no advierto relación de concurrencia; más bien, podría sostenerse que son normas que se complementan porque ambas (compatibles), se nutren recíprocamente. Lo propio diría respecto del art. 1 de la ley 23.592 y el art. 52 de la ley 23.551, con lo cual, los trabajadores mencionados en esta última podrían reclamar la nulidad del despido y la readmisión, más los llamados “salarios caídos durante la tramitación judicial” (que no es otra cosa que la reparación del daño material a que alude el art. 1 de la ley 23.592), y el daño moral con fundamento en esta última.

Resumiendo, el único caso de concurrencia normativa posible dentro del esquema que plantea el Ministro Rosatti en su voto, podría ser entre

---

<sup>24</sup> Y, sobre la diferencia entre la regla de norma más favorable (aplicable a la relación de concurrencia), y la regla de norma mínima (aplicable a la relación de mejoramiento o suplementariedad), sugiero la lectura, del capítulo XVIII, del libro “Fuentes del Derecho del Trabajo”, T.II, pag.382, Astrea, 2013, de mi autoría.

los arts. 178 y 182 de la LCT y el art. 1 de la ley 23.592. Pues bien, admitiendo que, por vía de hipótesis, ello sea realmente así, la pregunta es cómo se resuelve ese conflicto: ¿queda al libre arbitrio del trabajador elegir cuál de las normas concurrentes es la que más lo favorece (a él), debiendo el juez respetar esa elección; o es este último el que, siguiendo un criterio objetivo (valorando que es lo mejor para los trabajadores en general), define cuál de las normas concurrentes es la más favorable? En caso de que se respondiera positivamente el primer tramo de la pregunta, podrían acumularse en los repertorios de jurisprudencia soluciones diferentes para situaciones idénticas, lo que no ocurriría si la respuesta afirmativa estuviera asignada al segundo tramo del interrogante. El Ministro Rosatti responde que *“solo la víctima puede optar”*, con lo cual, desde su punto de vista, la mujer víctima de discriminación por las causales de los arts. 178 y 181 de la LCT, podría demandar la indemnización especial del art. 182 de la LCT, o bien reclamar la nulidad del despido, su reincorporación y daños y perjuicios, con fundamento en el art. 1 de la ley 23.592, por estimar que esa solución es la que más conviene a sus propios intereses.

Conclusión. En *“Varela”*, el voto mayoritario no se pronunció sobre las consecuencias de un despido discriminatorio. No dijo si era o no viable nulificarlo y ordenar la readmisión del trabajador. Sólo ratificó la doctrina *“Pellicori”*. En consecuencia, la doctrina *“Álvarez”* sigue viva; con un agregado: fue ratificada -de modo terminante- en el voto del Ministro Rosatti.

**6.- Unos renglones sobre la sentencia de la Sala VII de la CNAT: *“Ceballos, Diego Alberto c/ CIBIE Argentina S.A. s/ sumarísimo” (13-02-2019).***

Se trata de una sentencia en la que el voto preopinante fue emitido por la camarista Carambia, al que adhirió el camarista Rodríguez Brunengo. El magistrado Catardo, no votó.

El caso es el de un activista sindical que trasladaba reclamos de sus compañeros a los delegados de personal. Si bien fue decidido que

correspondía aplicar el art. 1 de la ley 23.592 en razón de tratarse de un despido discriminatorio por razones de índole gremial, limitó la sanción a una reparación pecuniaria. Rechazó la pretensión de nulidad y reincorporación, por entender que ello hubiera violentado el principio de estabilidad impropia. A mi modo de ver, un ostensible apartamiento de la doctrina de la CSJN, por partida doble. De “Álvarez”, porque aún está vigente; sea porque se entienda que la CSJN la ratificó (Rodríguez Mancini, 2018), o porque, hasta ahora, no la alteró. Y de “Viñas”<sup>25</sup>, por citar su jurisprudencia más reciente, dado que “...la autoridad institucional de sus precedentes, fundada en la condición de Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto para la misma Corte como por los tribunales inferiores...”, quienes deben cumplir con “la carga argumentativa calificada de demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente la existencia de causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla de derecho aplicable...”.

---

<sup>25</sup> “Viñas, Pablo c/ EN - M Justicia y DDHH s/ indemnizaciones - ley 24.043 - art. 3”, CSJN, 22 de mayo de 2018.