

PRESENTE Y FUTURO DEL DESPIDO DISCRIMINATORIO EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

JUAN ÁNGEL CONFALONIERI⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

Por razones de espacio, solamente me voy a limitar a tratar un aspecto concreto del despido discriminatorio en Argentina: las consecuencias posibles sobre la relación laboral extinguida por esa vía. No incluyo, pues, la compleja temática referida a la prueba de la discriminación, sobre la cual el Máximo Tribunal del país se pronunció en los recordados casos “Pellejero”⁽²⁾ y “Pellicori”⁽³⁾, adoptando, en el segundo, la siguiente doctrina: “(...) resultará suficiente (...) con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación”.

Acerca del tema de la presente colaboración, resalto la relevancia que ha tenido el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el caso “Álvarez”⁽⁴⁾, en razón de haber sido la primera oportunidad en la que el

(1) Abogado (UBA). Doctor en Derecho (UBA). Profesor extraordinario de la Universidad Austral. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

(2) CSJN, “Pellejero María Mabel s/ amparo s/ apelación”; sentencia del 07/12/2010.

(3) “Pellicori Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”, sentencia del 15/11/2011.

(4) “Álvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A.”, sentencia del 07/12/2010.

Tribunal se pronunció respecto de un pedido de nulidad de un despido discriminatorio y readmisión del trabajador, en el ámbito del empleo privado. Lógicamente, esta apreciación no incluye los supuestos en los que el ordenamiento legal, en materia laboral, contempla expresamente esa solución, lo cual simplifica el problema ya que no resulta necesario apelar a normas de carácter general, o a mecanismos de complementación o integración de normas laborales por normas generales.

La CSJN, ha mantenido, hasta el día de hoy, la doctrina del caso “Álvarez”. Lo ha hecho, más allá de las particularidades de cada caso, en “Camusso⁽⁵⁾”, y, en lo que va de 2014, en “Ledesma⁽⁶⁾” y “Monteagudo Barro⁽⁷⁾”. No obstante, las vacantes ya producidas en el Tribunal por el deceso de dos de sus ministros, y el anunciado alejamiento del ministro Zaffaroni (por renuncia), a concretarse el 31 de diciembre del año en curso, plantean dudas de cara al futuro inmediato, en razón de lo que explicaré en las conclusiones.

II. LAS SOLUCIONES FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN EN EL DESPIDO

El ordenamiento laboral argentino, no cuenta en la actualidad con una norma legal específica que sancione el despido discriminatorio en general⁽⁸⁾. La Ley de Contrato de Trabajo (LCT), prohíbe la discriminación por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad (arts.17 y 81), pero no ha previsto una sanción para el caso de violación de dicha prohibición, a excepción de lo que acontece respecto de las mujeres discriminadas por razones de

(5) “Camusso Marcelo Alberto c/ Banco de la Nación Argentina s/ juicio sumarísimo”, sentencia del 26/06/2012.

(6) “Ledesma Florencio c/ Citrus Batalla S.A. s/ sumarísimo”, sentencia del 09/09/2014

(7) “Monteagudo Barro Roberto José Constantino c/ Banco Central de la República Argentina s/ reincorporación”, sentencia del 28/10/2014.

(8) Por encima de la ley, rigen varias normas que prohíben la discriminación, implícita y expresamente. Con jerarquía constitucional, los arts.14, 16, 17, 18, 36, 41, 43, 75.19, 75.23 (CN), art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; art. 2 de la Convención sobre los derechos del niño; y Convenio N° 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación. Con jerarquía infra constitucional pero supra legal, rigen los siguientes convenios de la Organización Internacional del Trabajo: N° 97, sobre derecho de sindicación y negociación colectiva; N° 100, sobre igualdad de remuneración; N° 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación); N° 151, sobre relaciones de trabajo en la administración pública, N° 135, sobre los representantes de los trabajadores; y N° ... sobre los trabajadores con responsabilidades familiares.

matrimonio y embarazo, a quienes se les reconoce una indemnización especial equivalente a trece salarios. La Ley de Asociaciones Sindicales N° 23.551 (LAS), protege a los delegados de personal, a quienes desempeñen cargos electivos o representativos, y a los postulantes para desempeñarse en un cargo de representación sindical (en todos los casos siempre que la función se cumpla o vaya a cumplirse en un sindicato con personería gremial). Lo hace, en lo que aquí interesa, prohibiendo el despido durante un lapso determinado, salvo que exista una resolución judicial previa que les excluya la tutela. La sanción, en caso de violación de la prohibición legal es, a opción del trabajador, la nulidad del despido, su readmisión, y el pago de los salarios que se devenguen desde el despido hasta el dictado de la sentencia, o el pago de una indemnización que se cuantifica en un monto igual a los salarios que correspondieran al tiempo restante del mandato, más un año. El candidato no está comprendido en dicha opción, limitándose la sanción al pago de una indemnización que se define sobre la base del parámetro señalado.

En razón de la carencia apuntada, y hasta que la CSJN dictara sentencia en el caso “Álvarez”, se han propuesto en el ámbito de la doctrina, y se fueron adoptando en la jurisprudencia, soluciones diferentes, con base en las normas que se consideraron aplicables. Para que se tenga una idea lo más aproximada posible, diría que los criterios han sido tres: a) validez del despido, con pago de una indemnización agravada respecto de las rupturas incausadas decididas por el empleador (Carcavallo, 2003; Rodríguez Mancini, 2004)⁽⁹⁾; b) nulidad del despido con readmisión del trabajador (Vázquez Vialard, 2005)⁽¹⁰⁾; c) nulidad del despido, con opción del empleador por la readmisión del trabajador, o el pago de una indemnización⁽¹¹⁾.

Particularmente, me manifesté a favor de la sanción de nulidad del despido discriminatorio, con readmisión del trabajador, sin que el empleador pudiera optar por mutar readmisión por indemnización⁽¹²⁾. Sostuve que la falta de una norma especial en el ordenamiento laboral que estableciera una sanción para los despidos discriminatorios en general, no era óbice para integrar el texto del artículo 17 de

(9) Por todas, la sentencia de la CNAT, Sala II, en autos “I.,N.E. c/ Lamartine S.A.”, 21/09/2005.

(10) Con anterioridad al pronunciamiento de la CSJN en “Álvarez”, el leading case de la CNAT, Sala X, en “Stafforini Marcelo Raúl c/ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”, 29/06/2001; seguido, entre otros “Balaguer Catalina T. c/ Pepsico de Argentina S.R.L.” (CNAT, Sala VI, 10/03/2004), “Greppi Laura K. c/ Telefónica de Argentina S.A.” (CNAT, Sala IX, 31/05/2005), “Arecco Maximiliano c/ Praxair Argentina S.A.” (CNAT, Sala V, 21/12/2006), y “Quispe Quispe Néctor c/ Compañía Argentina de la Indumentaria S.A.” (CNAT, Sala V, 20/12/2007).

(11) CNAT, Sala I, en autos “Risso Fernando c/ Fate S.A.”, sentencia del 26/04/2010, Sala X, “Cejas Adrian E. c/ Fate S.A.”, sentencia del 22/03/2010.

(12) Lo más reciente, está publicado en “Ley de Contrato de Trabajo Comentada Anotada y Concordada” (Dir. Rodríguez Mancini, Jorge), Tomo I, p. 690.

la LCT con el artículo 18 del Código Civil, o para aplicar, directamente, la Ley N° 23.592 (Ley general destinada a sancionar actos discriminatorios). Y agregué, que la nulidad del despido y la reincorporación del trabajador (fundada en el artículo 17 de la LCT integrado con el art. 18 del Código Civil, o en el artículo 1 de la Ley N° 23.592), no implicaba un ataque al principio, derecho o régimen de estabilidad impropia que, al decir del voto minoritario en “Vazquez”, “gobierna el derecho laboral argentino”. Tampoco fui ni soy de la idea que dicha solución entrañe una afectación a la libertad de contratar del empleador.

Entiendo que, para clarificar el problema, deben distinguirse dos momentos relacionados con la discriminación en el despido, y la posible afectación de la libertad de contratar del empleador. El primero, está dado por el despido del trabajador comprendido en alguna causal que implique discriminación. El segundo, por la imposición (al empleador) de la obligación de readmitir al trabajador discriminado, a raíz de la declaración de nulidad de su despido.

Vigente la relación laboral, el empleador tiene prohibido (por normas de rango constitucional, suprallegal y legal), discriminar al trabajador. Si lo hace, comete un acto ilícito (art. 1066, Código Civil). En consecuencia, me parece un desatino la invocación, en el primero de los momentos señalados precedentemente, de la libertad de contratar. Sería un absurdo imaginar que la misma se reconoce para cometer ilícitos. Carece de lógica y de juridicidad que el empleador pretenda invocar amparo en el derecho de libertad de contratar, cuando decida llevar a cabo un despido que traiga aparejada discriminación. En conclusión, el despido de un trabajador, por cualquier causa vedada por ley, no es un aspecto que pueda (ni deba) considerarse integrante del contenido de la libertad de contratar, puesto que no hay libertad para cometer actos ilícitos. Esto es elemental.

El segundo momento (la obligación de readmisión del trabajador como consecuencia de la declaración de nulidad de su despido discriminatorio), sí requiere un cotejo con la libertad de contratar del empleador. En realidad, es aquí donde debe prestarse mayor atención a la problemática de la compatibilidad entre la nulidad del despido con readmisión del trabajador, y la libertad de contratar del empleador. No basta, pues, para nulificar un despido prohibido y ordenar la reincorporación del trabajador afectado, con argumentar que es inapropiado invocar la libertad de contratar cuando se invade el terreno de la ilegalidad o ilicitud. Se debe, también, sopesar la tutela de la prohibición de discriminación en el despido (nulidad con readmisión), con la libertad de contratar del empleador.

No encuentro ningún dato o fundamento que me lleve a concluir que la nulidad del despido y la reincorporación del trabajador, sea una medida que no se ajusta al test de adecuación o idoneidad (primer paso para determinar si la medida

es o no razonable). Lo es, ya que por su intermedio se logra el resultado querido por el legislador, que no es otro, que el de la preservación y tutela de derechos, bienes o intereses constitucionalmente relevantes (en el caso, la no discriminación y la dignidad humana).

Lo propio digo respecto del juicio o test de necesidad. Ello así, porque la nulidad del despido con readmisión del trabajador, es la mejor manera (la más efectiva), para resguardar la no discriminación y la dignidad humana, y, además, porque no existe otra medida menos gravosa e igualmente eficaz que aquella. El pago de una indemnización al trabajador discriminado, sumada a la prevista para los despidos sin causa, si bien podría considerarse menos gravosa para el empleador, no es igual en eficacia para el trabajador discriminado, ya que, en definitiva, se podría discriminar a cambio de una suma dineraria.

Resta indagar, si la nulidad del despido con reincorporación del trabajador sale ilesa del test de proporcionalidad stricto sensu. Planteado en términos más concretos, se requiere examinar, por un lado, si las desventajas ocasionadas a uno de los derechos concurrentes (en el caso, a la libertad de contratar del empleador) guardan una razonable proporción con las ventajas o la protección dispensada al derecho de no discriminación, y, por el otro, si la medida tuitiva, pone el liza el contenido esencial del mencionado derecho que le asiste al empleador. No me parece que, del balance de los derechos concurrentes de una y otra parte, resulte que la readmisión del trabajador signifique una desventaja irrazonable o desproporcionada al derecho del empleador. Lo sería, indudablemente, si tuviera que mantener al trabajador en su puesto de trabajo indefinidamente, sin poder ponerle fin al vínculo. Pero no es eso lo que deriva de la readmisión del trabajador. Concretada la misma, el empleador puede, inmediatamente, disolver el vínculo restablecido, por una justa causa (subjetiva u objetiva). Incluso, también podría invocar cualquier causa que, aún siendo jurídicamente irrelevante para liberarlo de toda responsabilidad indemnizatoria, sirva para neutralizar la lógica presunción de discriminación de un nuevo despido. No me parece, en consecuencia, que la nulidad del despido y la reincorporación del trabajador discriminado anulen o neutralicen la figura del despido sin causa. El empleador, aún después de haber ingresado en un ámbito de ilicitud por su decisión de despedir con base en un móvil discriminatorio, no pierde la posibilidad de ponerle fin (sin causa) a la relación laboral restablecida. Por ejemplo, una reestructuración en la producción, si bien no puede ser considerada una causa justa (relevante) a los efectos de extinguir el contrato de trabajo sin consecuencias indemnizatorias para el empleador, podría sí bloquear o neutralizar la presunción de discriminación del nuevo despido. Presunción que, en varios supuestos, debiera considerarse refractaria a una limitación en el tiempo, dado que la causa de la discriminación acompaña a

la persona durante toda o gran parte de su vida. La nacionalidad, la raza, el sexo, la religión, la ideología, son claros ejemplos de esa idea. El despido, por tener tal o cual nacionalidad, tal o cual color de piel, etc. es lógico que haga presumir, hacia adelante, una reiteración por el mismo móvil. De ahí que no resulte apropiado asignarle a la presunción un tiempo determinado, como se contempla para los representantes gremiales en la Ley N° 23.551.

Dicho esto, me restan dos señalamientos más de cara a la libertad de contratar del empleador.

Primero.- Una de las objeciones esgrimidas en contra de la aplicación de la Ley N° 23.592, para fundar la nulidad del despido discriminatorio y ordenar la readmisión del trabajador, fue su carácter general. No comparto la objeción. Ello así, en razón de que no advierto una justificación valedera para admitir el binomio nulidad- reincorporación cuando el mismo estuviera previsto en una norma especial (laboral), y descartarlo para la ley general 23.592. ¿Por qué motivo, una norma especial que acoja dicho binomio, no constituiría un ataque “al principio de estabilidad impropia que gobierna el Derecho Laboral argentino” (voto de minoría en “Vázquez”), o a la libertad de contratar del empleador, y una de carácter general (en el caso la Ley 23.592), sí. En realidad, si lo que está en juego es la libertad de contratar, tan inconstitucional sería (por hipótesis), la ley especial o la ley general. Me parece, que la especialidad de una norma legal no es determinante a la hora de decidir si la solución adoptada frente al despido discriminatorio es razonable o proporcionada. En los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad *stricu sensu*, es irrelevante que la norma sujeta a examen sea especial o general.

Segundo.- Otra de las objeciones que se suelen leer en contra del binomio nulidad-readmisión, es la violación que el mismo implica al sistema, principio o derecho de estabilidad impropia. La eficacia otorgada por la ley a un despido sin causa, y con ello la posibilidad de que el empleador extinga –por dicha vía– la relación laboral a cambio del pago de una indemnización, no significa, en modo alguno, que se le haya reconocido un derecho al empleador. En realidad, el que tiene derecho a no ser despedido sin causa es el trabajador. Se trata de un aspecto que hace al contenido esencial del derecho fundamental al trabajo (arts. 14 y 14 bis CN, y arts. 23 DUDH, y 6 PIDESyC) ¿Qué derecho se le estaría reconociendo al trabajador (al trabajo), si, en paralelo, se dijera que el empleador tiene derecho a despedir sin causa. Eso es, ni más ni menos, que tergiversar el sentido que tienen las correspondientes normas de jerarquía constitucional, ya que supone la conversión del derecho de uno, en derecho del otro. En virtud de los conceptos más elementales en materia de obligaciones, mal puede un derecho del trabajador

significar un derecho del empleador, ya que “a todo derecho personal corresponde una obligación personal” (art. 497 Código Civil). El derecho del trabajador a no ser despedido sin causa (independientemente de los remedios legales destinados a concretar el mandato constitucional de tutela en esos casos), genera en cabeza del empleador una obligación de abstención (no despedir), no un derecho. De ahí que resulte inapropiado pensar que el empleador goza de un derecho a despedir sin causa, y que ese derecho constituya una parte o manifestación del contenido de la libertad de contratar.

III. CONCLUSIONES

Primera. Ante la ausencia de norma laboral que establezca una sanción específica para los despidos discriminatorios en general, es posible integrar el art. 17 de la LCT (la prohibición de discriminación), con el artículo 18 del Código Civil, que fulmina con la nulidad a los actos prohibidos por las leyes que no tengan asignada una sanción puntual. También es posible aplicar el artículo 1 de la Ley general contra la discriminación (N° 23.592).

Segunda. El binomio nulidad - reincorporación en los despidos discriminatorios, no afecta derecho constitucional alguno del empleador, quien, en cualquier momento, podrá alegar cualquier causa para despedir al trabajador (subjetiva u objetiva). Causa que, aún descartándose que fuera justa en los términos de los artículos 242 y 247 de la LCT (relevante), en tanto real, resultará hábil para neutralizar cualquier presunción de discriminación en el nuevo despido. Lo dicho explica por qué, aquel binomio, carece de incidencia en el régimen de estabilidad impropia previsto legalmente para los despidos sin causa.

Tercera. La tercera conclusión complementa lo que adelanté en la introducción, y apunta a explicar por qué en el título incluí la referencia al futuro del despido discriminatorio, en la jurisprudencia de la CSJN. De los cuatro ministros que seguirán integrando el Tribunal, dos han formado mayoría en el precedente “Álvarez”, y los otros dos, votaron en disidencia descartando la posibilidad de nulidad con reincorporación. Habrá que esperar, pues, que se complete el número cinco ministros y que el Tribunal se pronuncie nuevamente al respecto. Hasta que ello ocurra, no sabremos si la doctrina del citado precedente ha gozado – parafraseando a Rodríguez Mancini– de una estabilidad relativa, o si se mantendrá en el futuro.