



Universidad Abierta
Interamericana

Universidad Abierta Interamericana

Facultad de Derecho y Ciencias políticas

Carrera de Abogacía

Título: La libertad de contratación y el despido discriminatorio

Alumna: María Florencia Martinucci

Tutor: Marcelo Pablo Gonzalez Acuña

Título al que aspira: Abogada

Fecha: Agosto de 2013

1. Resumen

El derecho a la no discriminación es atribuido con carácter genérico a todos los ciudadanos. En el seno de una relación laboral es ejercitado por sujetos que al mismo tiempo resultan trabajadores, y como tales están comprendidos en una tutela constitucional específica. La Constitución Nacional, garantiza al trabajador en el Artículo 14 bis protección contra el despido arbitrario.

En el presente trabajo se desarrollara el marco normativo que deriva de la prerrogativa fundamental de no discriminación particularmente en el ámbito del derecho laboral. Asimismo se abordará otra directiva fundamental, referida a la libertad de empresa, comercio y contratación, consagrada en nuestra carta magna y en tratados de jerarquía constitucional. A partir de estos dos principios madres, en el día a día de la relaciones de trabajo, se presentan innumerables colisiones, como es de esperarse, siendo una cuestión que no se encuentra armonizada desde su propia génesis. Para principiar en el capítulo uno, se propondrá conceptualizar los institutos fundamentales que quedan comprendidos en cada subtema, como así también describir la normativa vigente, los regímenes y sistemas jurídicos del despido laboral en nuestro país. Luego se culminará, siempre en modo introductorio, con la las distintas posturas doctrinarias sobre la naturaleza jurídica del despido incausado. Todo ello con el objeto, de desentrañar e internalizar cómo funciona el despido injustificado en la Argentina.

Seguidamente en el capítulo II abordaremos la sanción jurídica correspondiente al despido ilícito, para luego abordar el análisis del voto mayoritario en el precedente “Alvarez”, con el propósito ya de adentrarnos en el despido discriminatorio en si, y sus consecuencias de nulidad y posible reinstalación. Es aquí donde resulta fundamental en análisis de derecho comparado y los instrumentos internacionales adoptados por nuestro

país y aquellos que no, pero que de todas formas rigen en el tema a lo largo y ancho del globo.

Inmersos en un tercer acápite del trabajo, nos encontraremos con el desarrollo de la institución en contraposición a la protección del despido discriminatorio, la libertad de contratación, su rol en un nuevo derecho del trabajo, derecho social por excelencia. Sumado a ello, el voto en disidencia del fallo “Alvarez”, y la defensa de la libertad de empresa. Culminando nos adentramos en la cuestión procesalista de la tesina, que por tal, no reviste menor relevancia. La carga probatoria definirá como en todo litigio, lo que fue y no fue probado, y dentro de ello un sistema que según su alcance terminará por definir qué principio primará sobre cuál.

Ulteriormente, el desarrollo monográfico del último capítulo, definirá nuestra postura y a partir de ella un humilde aporte al mejoramiento de la crisis. A modo de intrigar a un lector arraigado con la presente cuestión, decidimos no adelantar más futuras conclusiones.

Finalmente, como agregado, hemos decidido introducir un anexo, el que contendrá las entrevistas realizadas a dos magistrados del fuero laboral de nuestra ciudad. Aquella idea de cuestionario fue plasmada en virtud de lograr un concreto acercamiento sociológico del tema, una mirada netamente social y vigente con la intención de que no circunscribir el tema a un desarrollo meramente doctrinario.

2. Estado de la Cuestión.

A partir de la sanción constitucional del art. 14 bis hizo re entrada en el ordenamiento constitucional la concepción del estado de bienestar, que, ya había sido incorporado en la Constitución de 1949, derogada ulteriormente con la irrupción política institucional de la llamada Revolución Libertadora.

En 1957, se produce un cambio de paradigma constitucional, porque sin abdicar de las libertades previstas por el sistema liberal de 1853, irrumpen los “derechos sociales” que agrega nuevos actores sociales a la mesa de la historia ampliando el marco de la constitución tradicional, como dogmática superadora de una mera concepción individualista del derecho y del estado.

El trabajador pasa a ser destinatario de la tutela como ciudadano en la empresa, y por ello no deja su humanidad al fichar cotidianamente su ingreso en la puerta del establecimiento, sino que ingresan con él sus derechos inespecíficos de vertiente constitucional y los específicos sociales agregados por el art. 14 bis y, a todo ello, se agrega, también, la entrada de las fuentes internacionales, ampliatorias del bloque constitucional, que extienden y amplían el marco conceptual de contenidos y de sujetos beneficiados por los principios de vieja data, plasmados en 1853.ⁱ

Ahora bien, en nuestro ordenamiento laboral, no rige una garantía de estabilidad absoluta, ya que el empleador puede extinguir la vinculación contractual laboral, sin acreditar la existencia de una justa causa respecto a su decisión. Es por ello que se le reconoce al dependiente la posibilidad de recibir una indemnización tarifada (Art. 245 L.C.T) por el daño causado.

El tema que nos ocupa, refiere a aquellos casos en donde la extinción del contrato de trabajo se produce por una conducta discriminatoria del empleador dirigida al trabajador. En este supuesto, a partir del fallo “Alvarez, Maximiliano y Ots. C/

Cencosud S.A S/ Acción de Amparo”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ordenó la reincorporación de un trabajador despedido en un acto de discriminación a la empresa, aplicando a partir del mismo, la ley N° 23.592, según la cual, todo acto discriminatorio debe reputarse nulo, debiendo ser dejado sin efecto y hacer volver las cosas al estado anterior, reparando a la víctima.

A partir de este fallo en particular, se evidencian cada vez más sentencias que aplican la ley de antidiscriminación ante un despido incausado, o bien, con falsa imputación de causa.

Ergo, es aquí donde nos incumbe analizar la colisión normativa entre la proscripción de toda forma discriminatoria y la libertad de contratación.

El presente trabajo intentará detectar las lagunas normativas, la inseguridad jurídica y los conflictos de interpretación legal con el propósito de elaborar un plexo normativo alineado a toda garantía constitucional en crisis sin descuidar los valores de justicia y equidad en el derecho.

Con fecha 23 de agosto de 1988 se promulgaba la Ley 23.592, norma que en forma expresa dispuso la nulidad de los actos jurídicos que fueran pasibles de ser tachados de discriminatorios, sancionando además la obligación del agente de reparar los daños y perjuicios que con tal acto pudiera haber causado.

En el año 1994 se sanciona la reforma de la Constitución Nacional, que introduce a través del Inciso 22 al artículo 75, como derecho positivo interno y con nivel constitucional los tratados internacionales de derechos humanos y con nivel supralegal los tratados concluidos con otras naciones y los organismos internacionales.

A través de los primeros comienzan aplicarse en nuestro ordenamiento las disposiciones sobre discriminación y su absoluta proscripción como conducta humana.

Estos principios que se agregan a nuestro derecho interno provocan que la ciudadanía tome conciencia y, fundamentalmente, a los operadores del derecho sobre la potencialidad de aplicarlas y así lograr una mayor y mejor defensa de los desprotegidos, entre los cuales sin lugar a duda debemos ubicar al trabajador.

Así nuestra sociedad denota, cada vez más, un avance en la protección constitucional ciudadana, ello, como dijimos, a partir de la reforma de la Carta Magna de 1994 con la incorporación de los tratados internacionales y la formación del llamado “bloque constitucional”.

El auge de esta práctica se ha incrementado a lo largo de los últimos años.

Como todo proceso no fue fácil ni lineal ni lo es hoy en día. Sin embargo podemos ver cada vez con más asiduidad, no solo reclamos sino sentencias que van delineando contornos cada vez más amplios, de las nulidades fundadas en actos de discriminación.

Dicho avance ocasiona en ciertas ocasiones conflictos legales que deben resolverse en las instancias judiciales arrojando una enorme diversidad y disparidad de soluciones.

Nuestro sistema de gobierno, republicano, federal y representativo consagra un control de constitucionalidad de modo difuso. A grandes rasgos el mismo dispone que los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no resultan vinculantes para jueces de inferior jerarquía. Si sumamos este fenómeno a la laguna normativa devenimos en una clara inseguridad jurídica que intentaremos desde nuestro humilde punto de vista palear o por lo menos aportar a ello.

3. Marco teórico

Para el desarrollo del presente trabajo creemos que será necesario conceptualizar los institutos jurídicos de los cuales parte el óbice de la cuestión. Referimos al principio de “prohibición y proscripción de todo tipo de discriminación” y “libertad de empresa y contratación”.

En suma a partir de ellos se centrará todo el desarrollo de la investigación.

Ambos principios encuentran su concepto en diversidad y variedad de normas.

Respecto a la “Protección contra toda forma discriminatoria”, en el año 1994 se sanciona la reforma de la Constitución Nacional, que introduce, a través del inciso 22 al Art. 75, como derecho positivo interno y con nivel constitucional los tratados internacionales de derechos humanos y con nivel supralegal los tratados concluidos con otras naciones y los organismos internacionales, entre ellos la OIT.

Mediante los primeros resultan de aplicación indiscutible en el derecho interno argentino las disposiciones contenidas en dichos instrumentos sobre discriminación y su absoluta descalificación como conducta posible entre seres humanos.

El principio de no discriminación puede detectarse de forma específica en la Ley 23.592, la que dispone: “...Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo, se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios

determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.”

La ley 23592 describe con precisión la conducta discriminatoria, porque requiere arbitrariedad, ya que, como dijimos en “Estado del Arte”, no toda discriminación es ilegítima, y dispone que la misma debe estar dirigida a afectar de alguna manera el pleno ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, analizados y considerados sobre bases igualitarias.

Respecto a la libertad de contratación su definición es menos precisa y encuentra fundamento constitucional en el artículo 14, al nombra el derecho a ejercer la industria lícita. Este principio es un claro reflejo de todo sistema republicano y de forma de gobierno democrático, pues sus artilugios más resonante recaen en la libertad individual y la propiedad privada.

A modo de adelanto, en el desarrollo de investigación podrán vislumbrarse dos posturas netamente contrapuestas. La primera de ellas pujará por un sistema vanguardista de máximo resguardo de la fuente del trabajo, reputando a todo despido incausado ilícito y ordenando la inmediata reinstalación de todo trabajador que haya sido despedido por causa discriminatoria y hasta inclusive un mínimo indicio probatorio de dicha circunstancia discriminatoria. En la contracara, evidenciaremos aquellos doctrinarios tradicionalistas que ante todo defienden el sistema de estabilidad impropia que rige el sistema de empleo privado en nuestro país y la consagración de la libertad de contratar por sobre la solución de reinstalar un trabajador que ha cesado por causa alguna.

Entre estas posturas se desarrollara un trabajo que intentará conciliar en última instancia una serie de parangones que determinen una legislación propia, específica y eficiente respecto al tema.

4. Introducción

El presente trabajo se desarrollará en el ámbito del derecho laboral con clara participación del derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, sociales y económicos.

Partiendo de allí se pretenderá analizar doctrinariamente la situación actual en el orden nacional del despido discriminatorio y la libertad de contratación.

Para ello, estudiaremos la normativa vigente, la jurisprudencia y las vertientes del derecho comparado.

Es dable aclarar que el tema en cuestión que pretendemos abordar resulta por demás de extenso, por lo que la tesina o trabajo de investigación se circunscribirá al desarrollo del despido incausado, el despido arbitrario, la libertad de contratación, las posturas doctrinarias y la jurisprudencia aplicable, dejando para ulterior oportunidad el análisis intrínseco de las habituales formas de discriminación laboral y toda cuestión referente a materia gremial y tutela sindical (Ley Nro. 23.551).

La elección del tema a investigar, proviene primeramente de un gusto personal por la materia laboral, y en segundo término por la propia experiencia profesional como integrante del poder judicial de la provincia de Santa Fe, en su 2da Circunscripción, claro está, en el orden del fuero propio del trabajo.

Una vez insertos en el epicentro de la cuestión, primeramente nos planteamos por detectar principal problema o interrogante: ¿Por qué la carencia normativa en

materia de despido discriminatorio en el ámbito laboral resulta un devenir disvalioso tanto para el trabajador como para el empleador?. Luego de ello, se optamos por desarrollar la técnica de la teoría del conocimiento, estableciendo una hipótesis: La aplicación de la ley de antidiscriminación en el ámbito laboral provoca un conflicto normativo entre los derechos fundamentales de libertad de contratación y protección contra el despido arbitrario, deviniendo en inseguridad jurídica. Seguidamente, proponemos plantear los segmentos parciales del trabajo que serán objeto de refutación.

Puntos provisorios de tesis que se demostrarán y defenderán:

1. La implementación de la ley N° 23.592, resulta causa fundamental de la laguna normativa del despido discriminatorio.
2. Es necesario crear normativa específica respecto al despido arbitrario.
3. En la actualidad, el despido incausado resulta en crisis por el avance de las normas constitucionales de discriminación.
4. Existe una colisión en el ámbito laboral entre los principios jurídicos de libertad de contratar, igualdad ante la ley y prohibición de discriminar.

Así también, resulta de importancia destacar, cuáles serán los objetivos del presente trabajo:

Objetivos

Objetivos generales: Establecer una normativa específica, salvaguardando la contradicción existente entre la libertad de contratar que rige respecto a los empleadores, y la protección que tienen los trabajadores respecto a cualquier acto de discriminación que pueda perjudicarlos.

Objetivos específicos:

1. Establecer la laguna normativa en el régimen actual.
2. Demostrar la inseguridad jurídica proveniente de la colisión de normas.
3. Analizar las distintas soluciones que aporta la jurisprudencia actualmente.
4. Proponer un ordenamiento jurídico contemplativo y justicialmente valorable respecto al vacío legal detentado.

CAPITULO I

EL DESPIDO DISCRIMIANTORIO. LA ESTABILIDAD

IMPROPIA.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Discriminación. 3. Normativa vigente. 3.1. Los Tratados Internacionales y la Constitución. 3.2. El Convenio 111/1958. 4. Derecho a la Estabilidad laboral. 4.1. Sistema tradicional de protección contra el despido arbitrario. 5. El Despido Incausado. 5.1. La naturaleza jurídica del despido sin justa causa. 5.1.2. Postura doctrinaria que reputa al despido incausado, acto “ilícito”. 5.1.3. Postura doctrinaria que reputa al despido incausado, acto “licito”. 5.1.4. Problemática de la justificación teórica de reputar al despido incausado como “licito” o “ilícito”. 5.1.4.1. Quienes sostienen la ilicitud. 5.1.4.2. Quienes sostiene la licitud. 6. Conclusión.

1. Introducción

En el primer capítulo, introductorio, el propósito será determinar los conceptos y naturaleza jurídica de los institutos jurídicos que se analizarán. Así también se determinarán los sistemas jurídicos vigentes y la normativa aplicable.

Será de suma relevancia comenzar con el ordenamiento jurídico que regula el despido laboral en nuestro país, sobre todo aquel reputado como incausado. Antes de ello, previa conceptualización, nos adentraremos en el derecho constitucional laboral y las normas de derecho internacional, internalizadas y aquellas que no lo están pero que han sido fuentes doctrinarias.

2. Discriminación

Para principiar vale remontarnos al propio significado de la palabra discriminación. Así la Real Academia la define como: “distinguir”, “separar”, “diferenciar una cosa de la otra”.

El verdadero significado de la palabra discriminar, suele ser tomado de dos formas antagónicas: por un lado la discriminación positiva, la que alude al reconocimiento o diferenciación, y la discriminación negativa, que responde a una situación en la que el trabajador o conjunto de trabajadores es tratado de forma desfavorable por prejuicios.

Discriminar, entonces, equivale a separar, distinguir, diferenciar. Muchas veces puede aseverarse que estas acciones no resultan nocivas. Es decir, la discriminación no siempre es mala. Empero, resulta habitué que se discrimine de manera hostil, estableciendo distinciones sobre la base de grupo, clase o categoría a la que la persona o cosa pertenece, sin tener en cuenta sus propios méritos.

Se ha señalado que la discriminación, en este sentido está referida, al “trato diferencial de los individuos a quienes se considera como pertenecientes a un grupo social determinado”.

No obstante, no puede soslayarse, que nuestro derecho del trabajo y la seguridad social parte de una base ampliamente discriminatoria a la inversa. Esto es, que la necesidad de la misma surge con claridad de la hiposuficiencia del trabajador en la sociedad del día a día.

La discriminación a la que nos avocaremos, no es ésta, sino la injusta, la arbitraria, la agresora. Aquella que violenta numerosos preceptos constitucionales.

Esta clase de discriminación, llamada negativa se manifiesta en situaciones en que los sujetos adoptan un trato diferente respecto de ciertas personas, sin que esa diferencia exprese algún valor que el ordenamiento jurídico procure realizar, sino que significa una privación o exclusión arbitraria, contraria a los valores normativos. La prohibición de ocupar a trabajadoras mujeres o menores en trabajos penosos, peligrosos o insalubres, implica una diferencia de tratamiento que se fundamenta en la protección de la persona a la que se refiere la norma.

La discriminación es la contracara del derecho de igualdad, estampado en el artículo 16 de la Constitución Nacional y que encuentra sanción en la ley 23592 de 1988, y en el despido discriminatorio incorporado no hace mucho a nuestra disciplina.

Es importante tener presente que este verdadero flagelo ha sido encarado en el mundo entero, en el último tiempo, desde el punto de vista legislativo y jurisprudencial con especial energía, lo cual es muy razonable, ya que se trata de una reacción ante conductas que afectan derechos civiles, sociales, económicos, políticos, etc., y que se

configuran por el solo hecho de menospreciar personas, a las que sin desconocerles su condición de sujetos de derecho, lo cual sería no sólo vergonzoso e injusto sino imposible, por el hecho de pertenecer a una raza determinada, o lucir un color incambiable en su piel, o pertenecer a una creencia religiosa o política, o ganarse la vida de manera dependiente, etc.

La discriminación, en lo que aquí interesa, es definida esencialmente como cualquier distinción, exclusión, restricción o limitación, o privilegio, en detrimento de los derechos humanos. La prohibición de la discriminación abarca tanto la totalidad de estos derechos, en el plano sustantivo, como las condiciones de su ejercicio, en el plano procesal.

Sobre este punto la doctrina contemporánea es pacífica, al considerar el principio de la igualdad y la no-discriminación como uno de los pilares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, e incluso como elemento integrante del derecho internacional general o consuetudinario.

La jurisprudencia de los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos se ha orientado, en el sentido de considerar discriminatoria cualquier distinción que no tenga un propósito legítimo, o una justificativa objetiva y razonable, y que no guarde una relación de proporcionalidad entre su propósito y los medios empleados...".ⁱⁱ

3. Normativa vigente

Remontándonos en el tiempo, las primeras normativas que consagran la antidiscriminación se reflejan en los antecedentes en la Constitución de 1819 (art. 110), en la Constitución de 1826 (art. 160), en el Estatuto de 1815 y en el Reglamento

Provisorio de 1817, así como al artículo 6º de la Histórica Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y a la propuesta de Alberdi de la fórmula: "La ley no reconoce diferencia de clases ni de personas."

En rigor de verdad todo acto discriminatorio es una especie de violencia que agrede la dignidad humana y garantías y principios constitucionales reconocidos en sus artículos 16 y 14 bis, tratados internacionales con jerarquía constitucional enumerados en el artículo 75 inc. 22 y otras leyes de menor jerarquía, como la Ley sobre penalización de Actos Discriminatorios y otras normas especiales como las leyes sobre enfermedad diabética, la ley de lucha contra el sida.

Por otra parte la ley 23.592 consagra un amplio ámbito de aplicación, ya que castiga el trato desigual basado en el hecho de tener determinada característica o ideológica pero, además, sanciona cualquier otro trato desigual basado en diferentes circunstancias.

La mencionada ley, en su primer artículo efectúa una enumeración no taxativa y abierta al utilizar el adjetivo "particularmente" y, establece que: "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos."

A partir de esta definición resulta que, sin lugar a dudas, todo acto discriminatorio es un acto ilícito y de objeto prohibido que, en consecuencia es nulo y carente de eficacia jurídica.

Hay una parte de la doctrina que sostiene que la ley 23.592 no es aplicable al Derecho del Trabajo, por existir: normas laborales específicas - Ley de contrato de trabajo - que contemplan esa situación, tales como:

- Artículo 17: “Prohibición de hacer discriminaciones. Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.”

- Artículo 81: “Igualdad de trato. El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador.”

Sin embargo, de las disposiciones de la legislación laboral transcriptas no surge cuál sería la sanción aplicable ante uno de esos actos discriminatorios.

Por ello y para ello, deberemos recurrir a la legislación de aplicación supletoria, y el Código Civil, en su artículo 18, establece que: “Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”

En situaciones especiales, particularmente previstas, la Ley de Contrato de Trabajo ha dispuesto la nulidad del despido, como en el caso del despido del

representante gremial, cuando no exista una resolución judicial previa que lo excluya de la garantía de estabilidad en el empleo (Ley 23551, artículos 48, 52 y concordantes). Pero fuera de los supuestos especialmente contemplados, en el ámbito de las normas laborales, el despido sin causa es válido sin perjuicio de que en algunos casos se imponga una indemnización agravada (vgr despido por causa de embarazo o maternidad, o por causa de matrimonio, LCT, artículos 178 y 181

La Ley 23.592, interpretada a la luz de los Tratados de Derechos Humanos, constituye una clara y estricta aplicación del principio pro-homine que se encuentra en la base de todo el desarrollo de los Derechos Humanos y los instrumentos que le dan forma; debiendo ser interpretada (la ley 23.592) en consonancia con tal principio, de tal modo que amplíen y puedan servir de herramientas para proteger, de la mejor manera posible, los derechos humanos involucrados.ⁱⁱⁱ

Al respecto el Dr. Mario Elffman sostuvo que *"si la ley antidiscriminatoria general no fuera aplicable a 'todos', sería discriminatoria. Salvo que la diferenciación fuera legítima, y ésta sólo podrá ser legitimada si el tratamiento diferencial resultara más protector (igualador) que la ley general"*^{iv}

En similar sentido MossetIturraspe explicaba que *"la autonomía del Derecho del Trabajo no debe confundirse con la 'autosuficiencia'; y menos aún llevar a prescindir del Derecho Civil, como Derecho común; ... más aún cuando hacemos nuestras las palabras de Vázquez Vialard, en el sentido de que 'si en algún ámbito del Derecho el concepto de daño moral puede tener alguna aplicación es, precisamente, en el Derecho del Trabajo"*.^v

Y coincidiendo con ellos Valentín Rubio sostiene que *"el trabajador podrá optar por reclamar por la Ley 23.592 la nulidad del acto, pidiendo el reintegro juntamente*

con la reparación del daño material y moral o la reparación del daño material y moral, que no estará alcanzada por las previsiones de la indemnización tarifada de la LCT^{vi}.

Encuentra también fundamento el derecho que asiste a la actora en lo dispuesto por los Arts. 17^{vii} y 81^{viii} LCT y por los Arts. 522^{ix} y 1078^x del Código Civil.

Finalmente debe señalarse que las causales de discriminación enunciadas en las distintas normas citadas no constituyen un *número clausus* sino una enumeración meramente indicativa, tal como surge del último párrafo de la ley 23.592, cuando sostiene que *'se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como...'*.

En consecuencia, cuando el despido del trabajador tuviere como sustento real algunos de los motivos enunciados en las normas citadas o cuando, aún cuando no fueren los citados, entrañaran un tratamiento peyorativo debido a alguna condición, situación o particularidad propia del damnificado por el acto, habrá de entenderse que el despido tiene como causa un acto discriminatorio y en consecuencia será insanablemente nulo.

3.1. Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional

No obstante las soluciones basadas en las normas nacionales, los Tribunales laborales y la CSJN han reiterado la aplicación de los Tratados Internacionales incorporados a la Constitución Nacional en 1994, en los casos de discriminación en las relaciones de trabajo.

Es importante destacar que, tanto la Jurisprudencia del Fuero del Trabajo como de la CSJN en su actual composición, han fundamentado los fallos donde se plantearon

y probaron actos discriminatorios en los Tratados Internacionales referidos en el artículo 75 inciso 22 de nuestra Norma Suprema.

El Art. 14 bis de la Constitución Nacional consagra la garantía de protección como forma de preservar la dignidad del trabajador; en tanto que el Art. 16 consagra el principio de no discriminación.

Conforme lo dispuesto por el Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional además resultan de aplicación:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 1, 2 y 7): *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma y religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición. Todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción, derecho a igual protección de la ley".*

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Preámbulo y Art. 2): *"Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos consagrados en esta declaración sin distinción de raza sexo, idioma, credo, ni otra alguna".*

- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Art. 1.1 y 25): *"Prohíbe la discriminación por motivos de raza, color sexo, idioma, religión, opiniones política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición social. Otorga a toda persona un recurso sencillo y rápido ante jueces y tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos, pudiendo cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental realizar peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta convención por un estado parte.*

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 2.2):

"Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" .

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 2° inc. 1°): *"Cada uno*

de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social " .

- Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo: Este Convenio

fue adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1958 y entró en vigor el 15 de junio de 1960. Fue ratificado, hasta el 31 de Julio de 1989, por ciento diez Estados Miembros de la OIT, entre los cuales se encuentra nuestro país, obligándose al mencionado Convenio en 1968.

Su Artículo 1.1 dispone que *"A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación"*.

A su turno el Artículo 3 dispone que *"a los efectos de este Convenio, los términos empleo y "ocupación" incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo"*.

- Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento: El documento, en lo pertinente reza: "*La Conferencia Internacional del Trabajo, 1. Recuerda: (a) que al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas; (b) que esos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización. 2. Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: (a) a libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; (b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; (c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y (d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación*".

- Declaración Socio-Laboral del Mercosur (Art. 1º): "*Derechos individuales. No Discriminación: artículo 1º: Todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional, color, sexo y orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social o familiar, en conformidad con las disposiciones legales vigentes. Los Estados Partes se comprometen a garantizar la vigencia de este*

principio de no discriminación. En particular se comprometen a realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación respecto de los grupos en situación de desventaja en el mercado de trabajo".

3.2. El Convenio 111/1958

Ha sido ratificado por nuestro país y, en consecuencia, tiene jerarquía constitucional y es de aplicación directa en los casos en que se incurre en actos discriminatorios:

Este Convenio relativo a la discriminación (empleo y ocupación) - Igualdad de oportunidades y de trato, en su artículo 1) indica: A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación...”.

Sin embargo, en su artículo 2) añade: “Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminatoria.”

De esta manera, las normas internas de derecho no pueden, sin violar el principio de jerarquía normativa (Art. 31 CN^{xi}), oponerse, desconocer o derogar derechos que se encuentran consagrados en normas como las citadas, por ser estas de superior jerarquía.

Pero los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional no solo prohíben toda forma de discriminación sino que también imparten directivas a los estados miembros para que cumplan y aseguren el cumplimiento de esas disposiciones a fin de que las normas resulten efectivas y confieran, a su vez, acciones a los particulares para denunciar los incumplimientos en que se pudiere incurrir^{xii}.

Dicho mandato alcanza a los tres poderes del Estado, cupiéndole a los jueces aplicar eficaz y activamente dichas normas, de modo de asegurar su efectiva vigencia en todos aquellos casos en que se acredite su incumplimiento o violación.

Es dable citar a la Jurisprudencia de nuestra propia ciudad que al respecto se ha expedido.

Así Nuestra Cámara Laboral, Sala II ha puesto de resalto la tendencia a la imposibilidad de soslayar la aplicación de los pactos internacionales, particularmente en el voto de la Dra. Aseff en el fallo “Felice, Sergio c. Embotelladora del Atlantico S.A. s/ Amparo” N°274 de fecha 10/12/2009, al decir “...*porque inclusive los Convenios de la OIT que no han sido expresamente ratificados por nuestro país resultan igualmente obligatorios para los estados partes como normas del IusCogens, desde el momento en que la Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 obliga a los estados miembros más allá de cualquier ratificación o acto nacional de incorporación o reconocimiento dicho esto en función de la abundante cita de instrumentos emanados de este organismo que también funda la sentencia venida en revisión*”.

4. Derecho a la estabilidad laboral.

Por estabilidad se ha entendido que es el derecho que garantiza al trabajador la conservación a su empleo.

Ello ha dado lugar a una controversia respecto a la interpretación del mandato constitucional cuando refiere a evitar el despido arbitrario, en esta controversia una de las corrientes minoritarias sostiene que cuando la constitución refiere al despido arbitrario y teniendo en cuenta que el principio rector en la materia es la conservación del contrato de trabajo y la indeterminación del plazo, concluye que la norma constitucional atiende a una estabilidad propia.

Este sistema rige para el empleo público y deriva del art. 14 bis de la CN, cuando dispone “la estabilidad del empleado público”.

La corriente mayoritaria y así lo ha resuelto la CSJN entiende que lo que la norma constitucional pretende es cubrir las situaciones de extinción de los Contratos de Trabajo que se producen cuando no existe una justa causa para ello y sancionando con una indemnización la ruptura contractual como forma de resarcir la pérdida del trabajo. Es decir tipifica el despido arbitrario como conducta antijurídica pero limitando su sanción al pago de una indemnización.

A esto se lo ha dado en denominar estabilidad impropia, o relativa como refiere, porque el contrato se puede extinguir por alguna de las causales previstas en la ley y reduce, en su caso a una obligación de indemnizar, según sea la causa, en función de la antigüedad y la remuneración del trabajador

Como contraposición a lo expuesto se encuentra la estabilidad propia o absoluta consistente en la garantía de conservación del empleo hasta la jubilación o muerte del

trabajador o hasta que judicialmente sea declarada la nulidad de un despido arbitrario, manteniendo la subsistencia del contrato.

En nuestro ordenamiento laboral no rige una garantía de estabilidad absoluta, ya que es posible que empleador pueda resolver la vinculación contractual laboral sin acreditar la justa causa de esa decisión, con lo cual una reparación tarifada por el daño causado al dependiente, al privársele de su fuente de trabajo, es la que establece el art. 245 de la LCT^{xiii}.

La doctrina define la estabilidad como la permanencia jurídicamente garantizada, la continuidad en la relación laboral otorga permanencia que está legalmente garantizada. En este sentido el trabajador tendría protegida la estabilidad salvo justa causa de extinción o haber cumplido los recaudos para lograr la jubilación "ordinaria" o "por invalidez" y no incurra en justa causa de despido.

La estabilidad puede clasificarse en: *absoluta, propia o perfecta, y en relativa, impropia o imperfecta.*

La primera prohíbe el distracto sin causa. El despido debe ser con justa causa acreditada en un sumario previo, respetando el debido proceso y derecho de defensa.

En la estabilidad relativa, el despido sin invocación de causa está permitido, pero el dador de trabajo debe abonar una indemnización proporcionada al perjuicio ocasionado.

El principio de estabilidad en el empleo, desde la perspectiva del sujeto trabajador, como destinatario de preferente y obligada tutela en las relaciones de trabajo, debe ser concebido en el empleo como un derecho que lo vincula con el de tutela del derecho a la vida, a una existencia digna y con seguridad existencial y jurídica, porque normalmente es el trabajo la fuente única de recursos de subsistencia del trabajador y de

su familia.

No sólo por ello, el derecho a una verdadera estabilidad es de importancia central, sino también porque lo es en otra faceta inescindible de aquélla, entendiendo la estabilidad como un derecho cuyo pleno reconocimiento implica a su vez la posibilidad progreso y el verdadero ejercicio de otros derechos como ciudadanos y como trabajadores.^{xiv}

Se ha dicho que la importancia de la estabilidad radica en que la misma impide la precarización del empleo, siendo esta una forma de compensar la disparidad de poderes que distingue la relación de trabajo. Todo esto provoca que el intervencionismo legal interceda en el contrato de trabajo, especialmente ante la inminente extinción dictando normas que operen como un fusible compensatorio reduciendo esa notoria brecha asimétrica. Como lo ha sostenido el derecho comparado (Tribunal Constitucional de España): “la disparidad normativa se asienta sobre una desigualdad originaria entre trabajador y empresario que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro, y que posee una tradición que es innecesario concretar, en todo el amplio conjunto de consecuencias derivadas de dicha relación... De todo ello deriva el específico carácter del Derecho Laboral, en virtud del cual, mediante la transformación de reglas indeterminadas que aparecen indudablemente ligadas a los principios de libertad e igualdad de las partes sobre los que se basa el derecho de contratos, se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales”^{xv}.

4.1. Sistema tradicional de protección contra el despido arbitrario.

De acuerdo a la corriente laboralista tradicional, la institución del despido laboral privado, se sintetiza en despido libre, espontáneo y forfatario.

Libre.

La regla general del art. 245 LCT es la base del despido sin justa causa y como tal no encuentra limitación por condición alguna. En definitiva puede afirmarse que el empleador, acorde al texto literal de la norma se encuentra facultado para disponer de la presente institución de forma libre. El hecho de que aquella norma indique que el despido sin expresión de causa trae aparejada una indemnización, ha sido interpretado tradicionalmente como una autorización para despedir.

Espontáneo.

El art. 245 no impone condiciones procesales de carácter especial para la instrumentación del despido sin expresión de causa, salvo la formalidad de que sea por escrito. En consecuencia, puede aseverarse que el despido aun causado, es espontáneo y no procesalizado.

Forfatario.

Toda ruptura intempestiva del contrato laboral sea o no que presente justa causa o, cuando esté prevista como causa autónoma, no reciba el respaldo de prueba, trae como consecuencia la aplicación de una suma tarifada (art. 245 LCT). En el peor de los casos, las denuncias de trasgresiones al régimen de regularización registral que de alguna forma protegen al trabajador frente a un despido arbitrario todo lo que logran es

un aumento de la tarifa (cfr. Arts. 11 a 15 Ley Nacional de Empleo Nro. 24.013 o el art. 1 de la Ley 25.323)^{xvi}.

5. El Despido Incausado

5.1. La naturaleza jurídica del despido sin justa causa.

La expresión sin justa causa, no tiene identidad conceptual. Más aun, que el despido sea incausado, equivale a decir que el mismo se llevo a cabo de un modo no permitido o prohibido.

La doctrina laboral se divide a la hora de determinar la naturaleza jurídica de esta institución.

El problema en si recae en la distinción elemental de si se trata de un acto jurídico o de un acto ilícito. Esto es de suma importancia, ya que los actos ilícitos y antijurídicos son reputados como carentes de finalidad jurídica, salvo previsión expresa, no producen efectos jurídicos y solo provocan la obligación de reponer las cosas al estado anterior al hecho y a resarcir los daños causados.

En suma, este interrogante encierra dos problemáticas fundamentales e independientes entre si. La primera de ellas, consiste en determinar si el despido incausado constituye o no un incumplimiento contractual por parte del empleador. Y la primera dificultad en vislumbrarse es la ausencia de previsión por parte del legislador. En este caso juega un papel preponderante el hecho de la imposición de una indemnización a favor del trabajador ante el acaecimiento del despido sin causa. Es decir, si se considera que el acto de denuncia del contrato de trabajo de forma incausada es un acto “licito”, porque razón se le impone al empleador el pago de una indemnización y si por el otro lado se reputa al mismo como un acto “ilícito”, como se entiende que produzca efectos jurídicos, es decir

que tenga un propio y específico propósito jurídico. La problemática que nace de este segundo interrogante, es que la fundamentación que se adopte debe respetar el sistema que rige todo nuestro ordenamiento jurídico, que tiene como base el derecho común. Pues de lo contrario, en caso de sostener la inaplicabilidad del sistema dogmático general, reemplazándolo por otro distinto, este camino elegido debiera estar a *priori* adecuado y razonablemente justificado y legitimado, por sobre toda las cosas, en la especificidad jurídica que ostenta el derecho del trabajo frente a cualquier otra relación de carácter bilateral de contenido patrimonial en el derecho privado.^{xvii}

5.1.2 Postura doctrinaria que reputa al despido incausado, acto “ilícito”

Para Mario Ackerman, el despido sin causa, constituye un ilícito contractual por el hecho en que ha sido diseñado por el legislador el contrato de trabajo, pues el contrato de trabajo dura hasta que el trabajador se encuentra en condiciones de obtener algún beneficio previsional (Art.252^{xviii} LCT), siendo un contrato a plazo determinado incierto. Por otra parte la indemnización impuesta, responde a la ilicitud del acto y ostentando una triple finalidad, punitiva, reparadora y disuasiva.

Para Vazquez Vialard la ilicitud del despido arbitrario parte de la inobservancia por parte del empleador del principio de continuidad del vínculo laboral (Art. 10 LCT) y además de la imposición de una indemnización por parte del legislador que juzga es reparatoria de los daños sufridos por el trabajador. Justo López adhiere en este último argumento.

Arias Gibert, entiende que la ilicitud surge de la clausula constitucional de protección contra el despido discriminatorio del Art. 14 bis de la Constitución Nacional.

De la Fuente concibe la ilicitud como una violación a partir de conceptualizar la estabilidad como un derecho del trabajador.

5.1.3. Postura doctrinaria que reputa al despido incausado, acto “licito”

Martinez Vivot apoya la licitud del acto en la ausencia de expresa declaración de ilicitud del acto (Art. 1066 Cod. Civil) y en lo dispuesto por el Artículo 245 de la LCT que considera autoriza el despido.

Jorge Rodriguez Mancini afirma que el empleador que despide sin causa ejerce un derecho ínsito en el contrato por tiempo indeterminado.

5.1.4. Problemática de la justificación teórica de reputar al despido incausado como “licito” o “ilícito”

5.1.4.1. Quienes sostienen la ilicitud: “Vazquez Vialard y Horacio De la

Fuente, afirman que si bien el despido sin justa causa constituye un acto objetivamente reprobado, esta ilicitud se configura solamente respecto del trabajador afectado. Pero en relación al empleador, esta posibilidad que se le reconoce de rescindir unilateralmente y de forma definitiva la relación contractual, constituye un verdadero derecho consagrado por el

ordenamiento jurídico. Es decir un único acto es reconocido como ilícito para una persona pero lícito para la otra.”^{xix}

5.1.4.2. Quienes sostiene la licitud: “estos autores deben enfrentar la contradicción, de que el ejercicio de un derecho, exteriorizado por un acto jurídico genere simultáneamente la obligación del pago de una indemnización. Justifican dicha paradoja con el argumento de que la indemnización es vista como una limitación al derecho de despedir sin justa causa más que una consecuencia de un acto ilícito. En definitiva un efecto más del acto jurídico en cuestión y que se adiciona al de extinción del vínculo.”^{xx}

6. Conclusión.

Adoptando una postura, entendemos que la previsión del legislador del despido incausado y hasta la determinación de su consecuencia jurídica (la indemnización), hacen imposible reputar al mismo como antijurídico. Se trata en definitiva de un acto válido, plasmado como norma por el cual el empleador procura un modo del cese de la relación de trabajo. Y en consecuencia la indemnización es simplemente una respuesta normativa a un comportamiento del empleador que resulta injusto para el trabajador.

Así las cosas, no existe una violación al derecho a la estabilidad del trabajador, pues esta es más bien una situación de hecho protegida por el legislador, quien intenta evitar la conducta del empleador de despedir sin causa mediante la imposición de una indemnización.

Concluyendo la regulación del despido sin justa causa tiene la difícil tarea de amalgamar el ejercicio de dos derechos de raigambre constitucional que se contraponen.

Este será el nudo ontológico del trabajo que pretendemos desarrollar: la libertad de contratar (Art. 14 Constitución Nacional) y la protección contra el despido arbitrario, para el trabajador (Art. 14 bis Constitución Nacional).

CAPITULO II

SANCION DEL DESPIDO ILICITO

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La Ilícitud del despido arbitrario o sin justa causa. 3. El voto mayoritario en *Alvarez c/ Cencosud*. 3.1. Hechos. 3.2. Argumentos de la mayoría. 4. Jurisprudencia. Fallos que declaran nulo al despido. 5. Nulidad del acto y reinstalación. 6. La reinstalación en el Derecho Comparado. 6.1. El PIDESC. 6.2 El Convenio Nro. 158 de la OIT. 7. Conclusión.

1. **Introducción.**

En el presente capítulo intentaremos analizar la nueva corriente doctrinaria y jurisprudencial que trata de imponer la nulidad del acto de despido discriminatorio y la consiguiente reinstalación del trabajador a su puesto laboral. Partiremos del desarrollo doctrinario aportado por aquellos maestros del derecho laboral que entienden ilícito al despido incausado o arbitrario. Resulta predecible que quienes reputen ilícito el despido sin justa causa, termine por adoptar *a posteriori* la doctrina de la nulidad del despido discriminatorio y la consiguiente reinstalación del trabajador a su puesto de labor.

2. **La Ilícitud del Despido Arbitrario o sin Justa Causa.**

Como adelantamos en el capítulo introductorio, la doctrina se encuentra dividida, y é aquí el *thema decidendum*, de nuestro trabajo. Para un sector, quizás minoritario, podríamos decir, para la doctrina más tradicionalista, el despido sin causa es un derecho del empleador, sólo que indemnizado. Hasta se habla de un derecho fundamental del patrón para despedir. Por otra parte, la doctrina vanguardista, progresista, califica de ilícito el despido sin justa causa. El despido en si es ilícito pero de eficacia extintiva. “El acto injustificado es inmodificable en sus consecuencias, siendo ilícito; sólo obliga a reparar económicamente las consecuencias emergentes de ese incumplimiento contractual del empleador. La indemnización, tasada o no, presupone la antijuridicidad del acto.”^{xxi}

En suma, para esta parte de la doctrina, entre la cual encontramos a Justo López, Fernandez Madrid, entre otros renombrados, no se puede afirmar que existe libertad para despedir pagando la indemnización como no se puede decir que existe libertad para

atropellar un peatón pagando la indemnización. Afirmar esto presupone ignorar el concepto mismo de antijuridicidad civil. El despido sin justa causa es, por definición, el despido sin causa de justificación. Sólo requiere causa de justificación lo que es *ab initio* ilícito.

A los fines de un prolijo estudio del presente trabajo, citamos a Justo López, quien describió de óptima forma los distintos modos de protección contra el despido arbitrario. Así, podemos vislumbrar tres sistemas: “1) de validez e ilicitud, 2) de ineficacia y 3) de propuesta de despido.”

En virtud del primer modelo, el ordenamiento jurídico reconoce la validez del despido arbitrario, pero lo considera un acto ilícito y lo sanciona, por ejemplo, con el pago de una indemnización al trabajador despedido. Desde esta perspectiva, hablar de un despido válido pero ilícito tanto vale como decir que un determinado comportamiento humano es ilícito y sin embargo apto para crear una norma válida derogatoria de la que originó la relación individual de trabajo. Este es el sistema general adoptado por el ordenamiento jurídico laboral argentino y al que algunos califican de estabilidad relativa impropia.^{xxii}

En el sistema de ineficacia, la voluntad arbitraria del empleador de despedir al trabajador no podría lograr su propósito pues nunca se traduciría en un acto disolutorio de la relación de trabajo, ya que el acto constitutivo queda sujeto al control jurisdiccional ulterior, que lo desactiva en su eficacia extintiva.

Por último, en el sistema de propuesta de despido, la derogación de la norma contractual que originó la relación de trabajo y la consiguiente extinción de ésta, son resultado de un acto complejo, en el cual el empleador participa con su “iniciativa”, pero no puede ponerlo por sí mismo, sino que queda subordinado a una instancia superior, sea ésta judicial, administrativa o interprofesional.^{xxiii}

Siguiendo con esta línea de pensamiento, con el propósito de demostrar la ilicitud del despido incausado, podemos afirmar que la norma en cuestión (Ley 23.592), resulta clara y concisa, al establecer que el sujeto activo de la realización del acto discriminatorio será obligado a cesar en su conducta.

Esto deviene, no solo de la positivización legislativa, su origen es aún más profundo y nace con el principio de la supremacía de la Constitución. Por imperio de este principio, las normas y los actos infractorios de la constitución no poseen validez.

Como colofón de lo expuesto y para asegurar su vigencia, se ha elaborado el control de constitucionalidad.

De lo expuesto podemos afirmar, que el acto discriminatorio que viola la norma constitucional de igualdad, emergente no sólo de dicho texto constitucional, sino también en la actualidad de los tratados internacionales equiparados en rango a ella, como asimismo la ley infraconstitucional en examen, conlleva la inexistencia.

Se trata no de una nulidad, que implica la carencia de efectos hacia el futuro, sino que referimos a una nulificación del acto, retrotrayendo las cosas al estado anterior del acaecimiento del mismo, como si el mismo jamás hubiera existido.

Hay quienes sostienen que esta obligación de retrotraer las cosas al estado anterior, es una obligación de hacer. De apoyar esta postura, cabe recordar que el acreedor de este tipo de obligaciones tiene derecho a exigir su ejecución forzada (Art. 505, inc. 1 del Código Civil^{xxiv}), con la única excepción de que sea necesario ejercer violencia sobre el deudor.

Por otra parte, la víctima puede optar, acumulativamente, por la posibilidad de reclamar la reparación del daño material ocasionado y también del daño moral, que en la especie habrá de encontrar fundamento en el artículo 1078 del Código Civil^{xxv}, y no en el artículo 522^{xxvi}, ya que nos encontramos ante una figura extracontractual, no obstante el contrato de trabajo, ya que la conducta discriminatoria es reputada por el legislador como un acto ilícito, en los términos de los artículos 1066, 1067^{xxvii} y concordantes del Código Civil.

Quienes sostienen esta teoría, entienden que no será facultad de los jueces considerar la existencia o no de dicho daño moral, en razón de que, acreditado el ilícito, su existencia se presume.

Si nos circunscribimos a la esfera extracontractual, esto resulta de vital importancia por la extensión del resarcimiento del daño, puesto que si el daño fue intencional, la reparación no solo alcanzará las consecuencias inmediatas (Art. 903 del Código Civil), las consecuencias mediatas previstas o previsibles del Art. 904 del Código Civil y también podrían llegar a cubrirse las casuales del Art. 905^{xxviii} del mismo cuerpo, pero esto, sólo si debieron resultar de las miras que tuvo al ejecutar el hecho. Si no existiere intencionalidad, las consecuencias casuales quedan excluidas *ipso iure*.

No obstante, es dable aclarar que no resulta el objeto del presente trabajo desarrollar las consecuencias civiles de reparación del daño ocasionado ante el acaecimiento de un hecho discriminatorio. Por lo contrario, reiteramos, el presente desarrollo se avocará y circunscribirá al análisis de la materia laboral, relegando para ulterior oportunidad el desarrollo civilista de daños ocasionados.

3. El voto mayoritario en Alvarez c/ Cencosud.

3.1. Hechos

El 7 de diciembre de 2010, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre el despido discriminatorio, en autos "Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A." s/ acción de amparo" En este caso, se presentan seis trabajadores que prestaban servicios para la demandada, que les había asignado una categoría de "asesores" que los excluía de la aplicación del convenio colectivo de comercio, aplicable a la actividad. A su vez, el sindicato les había negado la afiliación y esos trabajadores crearon, junto con otros, el Sindicato Jerárquico de Empleados de Comercio, e integraron su comisión directiva. El sindicato fue inscripto por la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales, en el año 2006. Con motivo de una intimación cursada por el presidente de la comisión directiva a la demandada, propietaria de la cadena de locales comerciales, conocida bajo el nombre de fantasía "Easy", reclamando diferencias salariales relativas a la categoría mencionada, la empresa obtuvo la lista de trabajadores integrantes de la comisión directiva y algunos días después los despidió sin expresión de causa. Los trabajadores despedidos iniciaron una acción de amparo invocando que el despido constituyó un acto discriminatorio que estaba fundado en sus actividades sindicales y reclamaron la reinstalación en sus puestos y una reparación económica. Admitida la acción en primera instancia, la sala II de la Cámara Nacional de

Apelaciones del Trabajo confirmó el fallo que hizo lugar a ambas pretensiones, fundando su decisión en el artículo 1° de la Ley 23592.

La demandada interpuso un recurso extraordinario y al ser denegado, acudió en queja ante la Corte.

La Corte admitió el recurso solamente respecto de la interpretación de la ley mencionada y la cuestión federal que delimitó fue determinar si la citada ley es aplicable a la relación de trabajo privada, específicamente al distracto producido en el caso y si la reinstalación de los trabajadores, dispuesta como consecuencia del artículo 1° de esa norma, resultaba compatible con los derechos de la empleadora demandada que ésta fundaba en los artículos 14, 14 bis y 16 de la Constitución Nacional.

Finalmente, se decidió considerar nulos los despidos y ordenar la reinstalación de los actores, como también condenar a la demandada a indemnizar los salarios caídos.

Con este fallo, vemos que por primera vez, la Corte Suprema Nacional, le dio tratamiento al pedido de nulidad de un despido discriminatorio y a la reinstalación o readmisión del trabajador, en el ámbito del empleo privado.

3.2. Argumentos de la Mayoría

La mayoría consideró que las cuestiones planteadas requerían analizar dos ámbitos del Derecho constitucional de los derechos humanos que confluyen en su examen y solución: el principio de igualdad y no discriminación y su fundamento: la dignidad de la persona humana y la proyección de sus contenidos sobre la ley 23592, sobre el terreno de la relación laboral y el derecho a trabajar. Al respecto consideró que el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, incorporado al Artículo 16 de la Constitución Nacional^{xxix}, ha sido reafirmado y profundizado por el Derecho

Internacional de los Derechos Humanos y de sus instrumentos, que desde 1994 tienen jerarquía constitucional, nombrando las declaraciones y convenciones aplicables en la materia. La Ley 23592 ha tendido a conjurar un particular modo de menoscabo del pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional: el acto discriminatorio, y que ha previsto, al imponer al autor la obligación de "dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización" y "reparar el daño moral y material ocasionados" (Artículo 1^{xxx}) una reacción legal proporcionada a esa agresión, pues el acto discriminatorio ofende a la dignidad de la persona, fundamento definitivo de los derechos humanos .

La mayoría no realizó un análisis puntual sobre el contenido y el significado de la libertad de contratar, sin embargo, ha sostenido, que la reinstalación dispuesta como consecuencia de un despido discriminatorio, no conlleva una supresión de las facultades que tiene el empleador de organización y dirección de la empresa e integración del personal.

La Corte juzgó que no puede verse incompatibilidad alguna entre la reinstalación de un trabajador víctima de un despido discriminatorio y el derecho a contratar y a ejercer toda industria lícita (CN, artículo 14^{xxxii}) invocado por el apelante y destacó que el caso examinado, contrariamente a otro precedente esgrimido por el recurrente (el caso De Luca, de 1969) no pone en consideración "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.^{xxxii}

El voto de la mayoría consideró que la reinstalación guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación de los daños irrogados, vgr., por un despido.

Señaló que "el objetivo primario de las reparaciones en materia de derechos humanos, debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación, pues esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen expresamente lo que le fue sacado o quitado" ^{xxxiii}.

Consecuentemente se decidió confirmar la decisión de nulificar los despidos y ordenar la reinstalación de los actores, así como también el pago de los salarios caídos, lo que implica considerar la subsistencia del vínculo de trabajo y su presupuesto, la disposición generadora de los salarios, en los términos del art. 103^{xxxiv} de la Ley de Contrato de Trabajo, toda vez que se encuentra acreditado que la empleadora obró en represalia por la creación de una entidad sindical lo cual configuró una conducta discriminatoria (del voto de la doctora González).

4. Jurisprudencia. Fallos que declaran nulo al despido.

A partir del fallo Alvarez, los generalidad de jueces en nuestro país ha adoptado la doctrina vanguardista, avanzando por sobre la posición tradicional, declarando la nulidad de los despidos discriminatorios, con apoyatura tanto en la doctrina de "Alvarez", como así también por aplicación de la Ley 23.592 y los Tratados de Derechos humanos constitucionalizados a partir del año 1994. Entre ellos, los más resonantes son:

"Balaguer, Catalina c/ Pepsico Argentina": El juicio se lleva a cabo por medio de un amparo interpuesto en los términos del art.47^{xxxv} de la ley 23.551. La actora, convivía con un delegado sindical, y había participado en la instalación de una carpa en la puerta de la empresa. La Cámara entendió que el despido se debió a su actividad sindical y su vinculación afectiva con un delegado. Por aplicación del Artículo 1 de la

ley 23592, se declaró la nulidad del despido y se condenó a la empresa a reintegrar a la trabajadora.

Si bien este es un caso específicamente normado en la Ley 23.551, la corte se aparta de su basamento y vuelca la argumentación en la Ley 23.592. Se evidencia así una clara tendencia a imponer los preceptos legales de la ley antidiscriminatoria en el ámbito laboral.

“Parra Vera, Máxima c/San Timoteo S.A. s/Amparo”

La trabajadora, dependiente del sector terapia intensiva del sanatorio, se oponía a la ampliación de jornada de trabajo. Fue despedida en forma contemporánea con las tratativas que se llevaban a cabo. Es importante resaltar esta causa por el voto del Dr. Oscar Zas que introduce un análisis de la cuestión discriminatoria con directa remisión a los tratados internacionales. También así resulta de importancia, la discrepancia respecto a los distintos criterios de exigencia probatoria. Para la Dra. García Melgarejo, “una respuesta de ineficacia tan intensa”, como la declaración de nulidad del despido requiere la producción de una prueba muy convictiva, mientras que para el Dr. Zas: “.....en materia de despidos discriminatorios y lesivos de los derechos fundamentales, el trabajador tiene la carga de aportar un indicio de prueba dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto de aquél, acreditando la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal, le induzca a creer sobre su posibilidad, y una vez configurado el cuadro indiciario recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la vulneración de derechos fundamentales...”^{xxxvi}

No obstante, el tema de la carga probatoria será abordado con mayor precisión en el capítulo siguiente.

“Pellejero, Ma. Isabel”: Por vía de amparo, se cuestiono un despido con invocación de causa de una trabajadora del Banco Hipotecario, cuyo marido era el secretario general de la asociación bancaria. El Tribunal rechazo la causal alegada por la patronal y se dispuso la nulidad del despido. La actora obtuvo por una vía cautelar una orden de reinstalación. Lo particularmente relevante de este caso, es la medida cautelar obtenida por la actora. Por primera vez, se despacha una cautelar de este tenor.

“Arecco, Maximiliano c/Praxair Argentina SA”: El actor era un aspirante a delegado que fue despedido antes de oficializar su candidatura. La cuestión surge, ya que en la empresa les decían a los trabajadores que no se afiliaran al sindicato. Al actor se lo despide, el despido se declara nulo y se ordena su reincorporación.

“Iglesias c/ Autopistas del Sol”: El actor era activista sindical que había sido designado como delegado de higiene y seguridad en el trabajo. El cuestiono un convenio firmado por la entidad sindical e intento celebrar una asamblea en el establecimiento, la cual resulta prohibida por la empresa. Cuando se presenta a reclamar ante la patronal, se lo despidió sin causa y el pleito se dijo que en realidad existía una causa, la cual no fue invocada por ser el actor padre de familia. El fallo declare la nulidad del despido y la obligación de reincorporar al trabajador.

"Cáceres, Orlando c/Hipódromo Argentino de Palermo S.A": El actor era mozo del hipódromo, y junto con un grupo de trabajadores promovió la elección de delegados. El mismo, fue despedido junto con otros dos aspirantes a delegados y un activista. La sentencia declaro la nulidad del despido y ordeno su reincorporación al trabajo. En su voto, la Dra. Gabriela Vázquez, destaco que el pronunciamiento no impide poder volver a ser despedido, pues los efectos del acto se limitan a declarar la eficacia de ese acto en concreto. La sentencia le reconoció al actor una indemnización de danos equivalente a

los salarios dejados de percibir mas una condena a reintegrarlo al trabajo bajo una sanción de \$100 por día en calidad de astreintes.

“Greppi, Laura Carina c/Telefónica de Argentina” (CNAT, sala IX, 31-5-2005, D.T. 2005-1476).

“La trabajadora, reenvía unos emails a sus compañeros de trabajo demostrando su solidaridad con los trabajadores de Aerolíneas Argentinas que mantenían un conflicto laboral, propiciando un boicot a las empresas de capital español. La sentencia conceptualizó la discriminación como un trato diferenciado hacia el trabajador que no responde a razones objetivas y lo coloca en inferioridad de condiciones respecto del grupo. El tribunal entendió que el Convenio Nro. 111 de la OIT permite ampliar el universo de causales de discriminación haciendo mérito además de la forma genérica al igual que la ley Nro. 23.592.

Se consideró al despido como un acto discriminatorio inspirado en la violación del derecho a expresar libremente las ideas. La sentencia declaró la nulidad del despido con pago de salarios caídos y reintegro al empleo bajo apercibimiento de imponer astreintes a razón de \$150 por día. La CSJN rechazo un recurso extraordinario contra la sentencia por aplicación del artículo 280 del CPCCN. (*writ of certiorary*)”.^{xxxvii}

5. Nulidad del Acto y Reinstalación

Una de las posturas, siguiendo con los lineamientos del mencionado Fallo “Alvarez C/ Cencosud” está dada por el derecho que tiene el trabajador, de que en caso de un despido discriminatorio, se deje sin efecto el acto discriminatorio, pudiendo la víctima, exigir que judicialmente no solo se declare tal nulidad, sino también volver las

cosas al estado anterior. Por otra parte, la víctima también tiene la posibilidad de reclamar los daños morales y materiales que se le hayan ocasionado, sumando a esto reclamar también los salarios caídos durante el periodo de tiempo por el cual se suspendió dicha relación laboral.^{xxxviii}

Ahora, vamos a ver, cuales son los fundamentos por los cuales se le otorga esta potestad al trabajador.

En primer lugar, la ley 23.592, establece que la discriminación debe “cesar”, lo cual se logra reponiendo al trabajador en su puesto de trabajo, ya que los despidos discriminatorios son nulos y carecen de eficacia. En tal sentido, el acto discriminatorio está prohibido expresamente en la Constitución Nacional, en sus Artículos 14 Bis^{xxxix} y 16, también por tratados internacionales con jerarquía constitucional y por la mencionada ley. Además de esto, hay que tener en cuenta que el Artículo 1056^{xi} del Código Civil, prevé que este tipo de actos debe ser nulo, produciendo los efectos de un acto ilícito (Art. 1056 Cod. Civil), agregando a esto, que el Art. 1083^{xli} del mismo cuerpo establece que se deben reponer las cosas al estado anterior del acto lesivo.

Por lo tanto, se entiende al despido como un acto prohibido, atento que la ley (antidiscriminatoria y de contrato de trabajo), el Convenio 111 de la OIT y demás normas, descartan la legalidad de un acto de este tipo.

Siendo un acto de objeto prohibido, se aplica no solo el Art. 1044^{xlii} CC, sino que además el 953^{xliii} del mismo cuerpo legal, que establece la nulidad absoluta de todo acto jurídico, cuyo objeto no esté en el comercio, sea prohibido o ilícito.

Finalmente el Art. 1050^{xliv} del CC ordena que la nulidad declarada por los jueces, vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado. Y en este caso, la situación anterior al acto anulado, implica la vigencia del

contrato de trabajo, el cual se logra mediante la reinstalación del trabajador a su puesto de trabajo.

Siendo ello así, conforme al art. 42^{xlv} LCT, la nulidad decretada no afectara al trabajador, teniendo este derecho a percibir las remuneraciones devengadas y no percibidas hasta su efectiva reincorporación mas intereses. (Art. 260^{xlvi} LCT).

No obstante lo antedicho y aunque parezca una obviedad, la readmisión en el puesto de trabajo debe ser deseada y consecuentemente accionada.

Desde el punto de vista del Estado y de las leyes, se prefiere el retorno al puesto porque está previsto explícita y constitucionalmente.

Por el contrario en el ámbito privado, no impera a ambos lados de la relación de trabajo, la idea de la posibilidad de restablecimiento del nexo de trabajo una vez que se ha interrumpido. De hecho, simplemente se representa poco esta posibilidad y el retorno al puesto de trabajo de quién ha sido excluido unilateralmente.

6. La Reinstalación en el Derecho Comparado.

6.1. El PIDESC.

Sobresale, en este instrumento la referencia al “derecho a trabajar” establecida en el art. 6: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

“2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y

técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”^{xlvii}

6.1. El Convenio Nro. 158 de la OIT.

La CEACR (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de OIT) enfatizó que la necesidad de fundamentar el despido en una causa justificada constituye la piedra angular de las disposiciones del Convenio. Sostuvo que al adoptar este principio, a tenor del artículo 4, “el empleador pierde la facultad de poner término unilateralmente a una relación de trabajo de duración indeterminada mediante la notificación de un preaviso o, en su lugar, el pago de una indemnización”.

La readmisión *per se* está prevista en el Art. 10 del Convenio Nro. 158, y reza: “Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”.

Al respecto la premencionada comisión sostuvo que el presente artículo, da preferencia a la anulación de la terminación y a la readmisión como medios de reparación de la terminación injustificada, pero sigue manteniéndose flexible ya que prevé otras vías de reparación en función de los poderes del organismo neutral y de la aplicabilidad en la práctica de una decisión que anulase la terminación y propusiera la

readmisión. Se agrega así también que de existir el pago de una indemnización, la misma deberá ser "adecuada"^{xlvi}.

7. **Conclusión**

A lo largo del presente capítulo intentamos desarrollar parte de la postura doctrinaria vanguardista respecto al tema que nos ocupa. Como se señaló *ut supra* esta corriente aboga por la nulidad del despido discriminatorio y pone en crisis la institución del despido incausado tarifado de nuestro régimen. Es ésta una tendencia del derecho internacional que ha demorado su desembarco en nuestro país pero ha llegado con intenciones propias de radicarse.

Esta doctrina, en nuestro país se basa más allá del texto literal de la norma expresa, en la base social del derecho laboral, en la corriente socialista que ha venido imponiéndose luego de la aletargada época de los `90. Sin lugar a duda la reforma de la carta magna, en 1994 ha sido su hito más significativo. Luego de ello, surge el precedente "Álvarez", que es en nuestra materia (laboral), el primer fallo adoptado por la CSJN, obviamente no de manera casual, con el fin de imponer la postura internacionalista. Pues ello va de la mano con la actual CSJN, que ha citado en cuanto fallo ha dictado numerosas fuentes de derecho internacional, tratados, convenios, recomendaciones, observaciones, etc. Esta es una práctica que entendemos como sana y progresista, significa un claro avance en nuestro mundo jurídico. Ahora bien, los plexos de normas internacionales, las corrientes de derechos humanos y sociales consagradas a lo largo y ancho del planeta provienen de un contexto. Cabe preguntarse, si esta dado el contexto para el imperio de aquellos. Continuamos así con el desarrollo del debate.

CAPITULO III

LA LIBERTAD DE CONTRATACION

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Principio de libertad de empresa y Libertad de Contratación. 3. El Derecho del Trabajo, derecho social. 4. El voto en disidencia en el fallo “Álvarez c/ Cencosud”. 5. La carga de la prueba. 6. Jurisprudencia sobre carga de la prueba. 7. Conclusión.

1. Introducción.

En el presente capítulo desarrollaremos los principios fundamentales de libertad de empresa y contratación, como así también la doctrina tradicionalista del despido incausado y su régimen tarifado. La intención será la de contraponer la postura tradicionalista (capítulo III) con la doctrina vanguardista (capítulo II), para luego desencadenar en las conclusiones y propuestas finales. Luego de conceptualizar el principio de libertad de empresa, contratación y el derecho del trabajo como derecho social, abordaremos el voto en disidencia del fallo “Alvarez”. Así también nos avocaremos a un vértice fundamental del tema que nos ocupa, y que refiere a la cuestión probatoria del despido discriminatorio.

2. Principio de Libertad de Empresa y Libertad de contratación

La libertad de empresa, como libertad del individuo desarrolla, permite y reconoce al ser humano como un ente libre, es decir, como un ser creativo y proyectivo. El rango constitucional tiene pues que reconocer esta libertad humana como una condición para desarrollar la creatividad y proyección del ser humano.

La libertad de empresa debe ser defendida porque no se trata de cualquier derecho, sino de aquel que se encarga de una esencial, porque permite la empresa y su libre accionar, desarrollo y permanencia; siendo la empresa demasiado importante porque tiene como trascendente finalidad la de proveer de bienes y servicios necesarios para atender la subsistencia y desarrollo integral de todas y cada una de las personas que integran la sociedad.

Permitir la existencia, actividad y permanencia de la empresa pasa pues por darle libertad. O dicho en forma más estricta, la empresa es consustancial a la libertad; no existiría empresa en el sentido estricto de la palabra si no existiera libertad.

En corolario puede decirse que dentro del principio de libertad de empresa es posible subsumir la libertad de contratación, o la libre contratación.

Aquella será el derecho que tienen los ciudadanos de celebrar contratos y decidir con quienes, así como también determinar su contenido, condiciones, modalidades, limitaciones, plazos formalidades y todo aquello intrínseco a cualquier contrato.

En un sentido más amplio, libertad es la facultad del hombre para obrar de una manera y no de otra, o directamente para abstenerse de obrar. En derecho positivo, también constituye un término polifacético y no exento de consideraciones ideológicas cuando nos referimos a las libertades fundamentales como conquistas del individuo ante el Estado y que exigen de éste una no intervención en sus actividades. En cambio, el derecho del trabajo (como especie de derecho social), exige al Estado una actividad y una limitación de esas libertades individuales en aras de lograr una justicia social.

En materia de contratación laboral, el empleador se encuentra limitado por disposiciones diversas. Podemos considerar que la libertad para contratar tiene dos facetas: 1) Decidir si contrata o no fuerza de trabajo. 2) Elegir libremente al trabajador con quien celebrara un contrato de trabajo. ^{xlix}

Por otra parte, no puede soslayarse la tendencia internacional jurídica que de forma ineludible avanza por sobre las libertades individuales en pro de consagrar el bienestar social. Prueba de ello es el Convenio 111 de la OIT, que trata sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, ha sido ratificado por nuestro país.

Dicho convenio obliga en términos generales a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva la igualdad de oportunidades y trato para acceder a los medios de formación, a la admisión del empleo y a las condiciones de trabajo.

3. El Derecho del Trabajo, derecho social

El derecho del trabajo es un derecho social, y como tal se caracteriza por:

- Una injerencia permanente y activa de regulación estatal.
- Un corte netamente prestacional.
- Su basamento emerge directamente de los principios fundamentales de igualdad y dignidad.
- Una constante relatividad provocada por las realidades del contexto político y socio económico.

En suma, y a tenor del análisis desarrollado, puede afirmarse de forma genérica que la yuxtaposición constitucional-legal “libertad de contratación vs. Prohibición de discriminar” es fruto de una política estatal, así si pregonamos un sistema de libre mercado, con una desregulación marcada, el régimen de los años `90 en nuestro país, parecería que imperará el principio de libertad de contratación. Ahora bien ¿es dable afirmar esto?, ¿dicha afirmación importa otorgar cierta permisividad a la discriminación? Por el contrario, si pregonamos un estado social, un modelo intervencionista con constante y activa injerencia estatal, la libertad de contratación cada vez más se verá restringida, por aquello de que el bienestar social debe prevalecer.

La libertad de contratación es un principio que emerge directamente del sistema republicano, democrático liberal, considerado sin lugar a duda derecho fundamental. Obtiene su sostén doctrinario en la libertad individual y el principio de la autonomía de la voluntad. No puede concebirse democracia alguna sin la existencia de éste específico dogma “libertad de contratar”.

Ahora bien, en la materia que nos compete, derecho laboral, desde un principio nos encontramos ante una paradoja. El contrato laboral, como bien lo determina su etimología es un contrato, un acuerdo de voluntades, como tal no se deslinda de su entidad, y por ende del derecho que regula la misma, el derecho común.

Al ser un contrato, como tantos otros, se encuentra abarcado por todas sus reglas y principios, entre ellas, la autonomía de la voluntad. É aquí el principio del conflicto que plantea el presente trabajo. Con el establecimiento ya consagrado por la doctrina laboral de la hiposuficiencia negocial, vemos que se cercena de manera inequívoca la autonomía de la voluntad, la libertad de empresa y la libertad de contratación. Si bien dicha restricción, responde directamente al imperio de otros derechos fundamentales, como lo son la igualdad y el derecho a trabajar, entre otros, no puede negarse que reviste una clara contradicción que la ficción del derecho no ha logrado disipar.

En suma, corresponderá al pretor el intento de mantener una equidad constante en la colisión de los derechos fundamentales, tratando de evitar los extremos que provoquen un resultado injusto en la interpretación de las normas.

No cabe duda de que las fuentes normativas supranacionales en sí mismas, aplicables en nuestro orden interno, han sido reglamentadas por normas como la ley federal 23592, o estaban ya tutelando derechos fundamentales, de libertad sindical, para

abarcar a todo trabajador, aún los sin representación sindical, en normas como el art. 47 de la Ley Nro. (23551).

Toda esta corriente doctrinaria internacional ha sido recogida por una innovadora saga de fallos, que expresan ya a la mayoría de las diez salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, se reiteran en primera instancia, y se expanden en los tribunales provinciales a lo largo y ancho del país, siguiendo los lineamientos del ritmo universal de los derechos humanos fundamentales en clave laboral¹.

Esos criterios tienen trascendencia porque conducen a consagrar un una suerte de cambio de paradigma en el desarrollo científico del derecho del trabajo argentino en materia de tutela de los derechos fundamentales, vinculados al de tutela del derecho - también fundamental- “al” trabajo como protección y garantía potenciada del derecho a la estabilidad en el empleo. Ese cambio de paradigma se produjo hace decenas de años en los estados socialmente avanzados.

En nuestro país ese desembarco se ha visto notoriamente retrasado, por innumerable situaciones de contexto.

Curiosamente ese atraso alcanza a más de tres décadas. Habría que recordar qué pasó en ese tiempo en nuestro contexto. No será toda la explicación pero sí gran parte de ella.

Aunque tardíamente este avance en nuestro domicilio existencial nos comienza a colocar en sintonía con los estados democráticos más avanzados, y lejos de poner en riesgo terminal al sistema productivo vigente, ha demostrado, en esas otras latitudes, que lo ha vigorizado en la prolongación de su vigencia y por la reducción de la resistencia social a dicho modelo. Es parte del rol que ha desempeñado el derecho del

trabajo en el estado social y democrático de derecho y de su contenido ambivalente pero con sesgo progresivo^{li}.

A estos nuevos operadores ya no se los puede subestimar en su grado de información y formación, a esta altura de los tiempos (sobre todo, después del fracaso rotundo de la “flexibilización laboral” tan apuntalada por los sectores conservadores de expresión.).^{lii}

El cambio de paradigma sociolaboral argentino tiene un largo y complejo camino por recorrer que deberá extenderse progresivamente al ámbito legislativo, ratificando convenios como el 158 de la OIT y desmantelando la contrarreforma iniciada en 1976 y profundizada en los 90.

Propongo continuar con el presente debate ulteriormente a la hora de tratar las conclusiones y propuestas finales.

4. El voto en disidencia en el fallo “Alvarez c/ Cencosud”.

La minoría (jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay), destaco que en el ámbito del trabajo, la libertad de contratar está reglamentada por normas imperativas que generan ciertas limitaciones a las que queda sujeta la relación laboral. El Tribunal, destaco que no se puede obligar a un empleador, en contra de su voluntad, a seguir manteniendo en su puesto a trabajadores que no gozan de la confianza que debe existir en toda relación de dependencia. También manifestó que una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto, se debe reconocer al trabajador el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio causado.

La garantía constitucional a la libertad de contratar, incluye la autonomía

personal que tiene todo ciudadano a ejercer una industria lícita (Artículo 14 Constitución Nacional^{liii}), el Tribunal señaló que no se puede obligar a un empleador en contra de su voluntad, a seguir manteniendo en su puesto a un trabajador una vez rota la relación laboral, debiendo este último ser indemnizado por el perjuicio causado.

Hay que tener en cuenta, que nuestra Carta Magna, prevé un distinto grado de estabilidad en el empleo, según el ámbito en el que se desarrolle la relación: en el ámbito público, la regla es la estabilidad propia o absoluta; en cambio, en la esfera privada, rige la estabilidad conocida como impropia o relativa, que admite la extinción de la relación laboral, mediante el pago de una indemnización.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que el principio genérico de igualdad ante la ley respecto a todos los habitantes, no impide la existencia de diferenciaciones legítimas: la igualdad establecida en la Constitución Nacional, es el derecho que a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se conceden a otros.

Ahora, ante la ausencia de previsiones legislativas (ART 17 LCT^{liv}) respecto al despido discriminatorio debe acudir a una solución que por analogía repare debidamente los perjuicios sufridos por el trabajador. La minoría postula acumular tres tipos de resarcimientos en caso de despido discriminatorio: a) el tarifado ordinario (ART 245^{lv} LCT); b) el que aplica por analogía, un año de remuneraciones (ART 182^{lvi} LCT); c) reclamar los daños y perjuicios de derecho común que se acrediten (materiales y morales) por aplicación supletoria de la ley 23.592 (ART 1).

5. La Carga de la Prueba.

Conforme lo dispuesto por el artículo 9 de la LCT, “en caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo...”.

Por su parte la ley 26.428, segundo párrafo establece, “Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en la apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador”

En base a estas reglas aplicables a la discriminación, se le plantea a juez que la regla de interpretación respecto a la apreciación de los hechos ante casos dudosos, debe ser realizada a favor del trabajador.

Dicho esto, el legislador ha impuesto la carga de la prueba a quien invoque la causal: por lo que el *onus probandi* queda a cargo del trabajador, quien tiene la carga de aportar indicios y pautas razonables de que el acto empresarial lesiona sus derechos. Para esto, no basta con una mera alegación, sino que debe acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones discriminatorias, lo induzca a una creencia racional sobre los hechos alegados por el trabajador.

Vale aclarar, con independencia de ello, que la evaluación que el juez realice de los elementos que se presenten para su análisis, deberán ser analizados teniendo en cuenta la presunción discriminatoria, así, por ejemplo si se está en presencia de una

persona de raza negra o de un integrante de estos grupos que la realidad muestra que suelen ser objeto de discriminación.

Una vez configurado esto, recae sobre el empleador la carga de probar que su actuación se debe a causas totalmente extrañas a la invocada vulneración de los derechos del trabajador, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar tal decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios.

A cargo del empleador queda una auténtica carga probatoria y no un mero intento de negar la discriminación alegada por el trabajador, que debe llevar a los jueces a la convicción de que tales causas han sido las únicas que motivaron la decisión patronal, de manera que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito violatorio de sus derechos.

En definitiva, el empleador, debe probar que tales causas, no lesionaron el derecho del trabajador a no ser discriminado.

6. Jurisprudencia respecto a la carga de la prueba.

La jurisprudencia sobre este punto ha expresado que: “resultará suficiente, para a parte que afirma dicho motivo (motivo discriminatorio) con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, en caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación”^{lvii}.

En el precedente “D’ érrico, Luis Marco C/ Le Lis S.A. s/Despido”, de fecha 30/11/11, en el que se determinó que “en el derecho del trabajo, en caso de dudas las

situaciones deben resolverse a favor de la continuidad o subsistencia del contrato, por lo que la parte que asume la iniciativa de ponerle fin carga con la demostración de una conducta inexcusable, incompatible con la prosecución del vínculo''.

Al decir del Dr. Zas: *“el trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel. Para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin ser servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional, sobre su posibilidad...”* *“...una vez configurado el cuadro indiciario precitado recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una autentica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que debe llevar a la convicción del tribunal que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión patronal de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito violatorio de derechos fundamentales. En definitiva, el empleador debe probar que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas, su decisión, eliminando toda sospecha de que aquella ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador.”* ^{lviii}

7. Conclusión

Comparando esta postura con la de la mayoría podemos decir que; mientras la mayoría pone énfasis en considerar la protección de derecho al trabajo y la posibilidad de no perderlo sin un justo motivo, la minoría insiste en el criterio tradicional a propósito de las libertades para contratar o no hacerlo, y de elegir con quién, como manifestación de la autonomía individual derivada del artículo 17 de la Carta Magna, aunque admite y aclara que para que la readmisión resulte viable debe haber una ley que específicamente así lo establezca. Agrega además, que el mantenimiento forzado de una relación laboral debe acotarse en el tiempo, con un plazo de inicio y fin que resulte delimitado por la ley, ya que se trataría de una situación excepcional en que deben armonizarse dos derechos: el derecho a la estabilidad en el trabajo, por un lado, y la libertad de industria y comercio, por el otro.

A modo de conclusión, es importante destacar que en innumerables ocasiones es el propio trabajador, quien puede no tener interés alguno en la reposición a una relación humanamente desgastada, y a la adecuada explicación de los resarcimientos que tiene disponibles como alternativas, que pueden ser un incentivo más en esa dirección. Por cierto que la reincorporación sea ahora jurídicamente posible, no la convierte en la única variante a la que forzosamente le cabe apelar. Ninguno de los regímenes de estabilidad, en el Derecho Comparado o Nacional, prescinden de la voluntad del trabajador (o del agente público) para decidir si desea o no seguir vinculado.

Capítulo IV

Conclusiones y Propuestas

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Autonomía del Derecho Laboral y los Principios del Derecho del Trabajo. 3. La Injerencia del Derecho Internacional en el Sistema de Estabilidad Impropia. 4. La falta de ratificación del Convenio de la OIT Nro. 158. 5. La crisis del Despido Injustificado. 5.1. La Ilícitud del Despido Incausado. 6. Conclusión final respecto la Carga de la Prueba. 7. Nulidad del Despido Discriminatorio: ¿Reinstalación o Indemnización?. 7.1. Conclusiones respecto el Fallo “Alvarez c/Cencosud”. 7.2. Nuestra Postura.

1. Introducción.

Previo el desarrollo de las conclusiones y propuestas, adelantamos que hemos optado por elaborar las mismas en forma conjunta. Es decir, consideramos el presente, un tema de vital trascendencia, donde previo a un proyecto de ley deben realizarse análisis extensos de política estatal, económica y social. Si bien es cierto que sería óptimo poder lograr una norma contenedora y específica del conflicto, también lo es que dicha norma puede fácilmente caer en desuetudo o bien general mayor inseguridad jurídica, de no ser la apropiada. Es por ello, que sin excedernos en ambición, proponemos un listado de subtemas que deberán consagrarse y/o analizarse, previa elaboración de cualquier proyecto de ley.

2. Autonomía del Derecho Laboral y los Principios del Derecho del Trabajo

Para principiar con las conclusiones, y coincidiendo con la mayor parte de la doctrina *ius laboralista*, para lograr una mejor valor justicia y consagrar una verdadera seguridad jurídica pregonamos la autonomía del derecho laboral. Este principio general del derecho del trabajo resulta fundamental. No es secreto que en nuestro país, la jurisprudencia laboral es de las más variadas, más allá de que esto promueva un claro enriquecimiento de nuestra materia, a nuestro juicio, también genera incertidumbre jurídica. La consagración del derecho laboral como rama autónoma, es una lucha histórica pero que por tal no debe ser soslayada. En el tema que nos ha tocado investigar se evidencia una vez más como la dependencia genérica que sostiene el derecho laboral con el derecho común lleva a más conflictos que soluciones. No es posible remitirse

siempre a un derecho que parte de la prevalencia de la autonomía de la voluntad, siendo el *ius laboralista*, aquél que parte de la hiposuficiencia negocial. En este mismo sentido, no resulta idóneo remitir a un sistema de daño de derecho común siendo los sujetos del contrato del trabajo, especiales y con regulación específica tanto en la carta magna como a lo extenso de la legislación laboral.

Este tópico de la autonomía del derecho laboral, nos conduce a la imperatividad y vigencia de los principios del derecho del trabajo. Así se ha dicho: “Los principios generales del Derecho del Trabajo son directrices políticas que suponen una preferencia axiológica y poseen una dimensión valorativa acentuada, cumpliendo un rol fundamental para asegurar la autonomía de la disciplina. Los principios generales del Derecho del Trabajo tienen carácter normativo y su imperatividad no depende de lo que establezcan las reglas de derecho positivo. Por el contrario, al constituir el armazón de la disciplina, los principios pueden ser utilizados por los jueces para desactivar aquellas reglas de derecho positivo que contradigan la finalidad protectoria del Derecho del Trabajo.”^{lix}

Ahora bien, en nuestros fueros laborales a lo largo y ancho de nuestra Nación se plantea el interrogante ¿civilistas o laboristas? Pues con la verdadera autonomía de la disciplina estas circunstancias acabarían, ya no más un pretor deberá desactivar reglas de derecho positivo que contradigan los principios *ius laboristas*, pues la especificidad de la norma traerá consigo el espíritu propio del derecho laboral no siendo necesario disipar contradicción normativa alguna, o por lo menos la contradicción se suscitará entre dos plexos propios del derecho del trabajo.

En el caso en particular que hoy nos ocupa, más allá de las normas internacionales de derechos humanos, tratados constitucionalizados y demás, no cabe

dudas que la Ley Nro. 23.592 no fue redactada y promulgada con miras a la relación de trabajo. Prueba de ello es, que desde su sanción y promulgación en agosto de 1988, no fue aplicada al fuero laboral sino hasta el año 2004 a partir del *leading case*, “Alvarez c/Cencosud”.

No obstante hoy en día parece ser casi su único ámbito jurisdiccional, el del fuero laboral. La presente no resulta una crítica a dicha ley, que por el contrario, estimamos vanguardista y oportuna en su sanción, más su aplicación en el fuero laboral ha sido conflictiva. Como muchas veces en nuestro país el poder judicial invade la facultad legislativa y se arroga potestades que devienen en desorden jurídico, en incertidumbre sociológica y judicial. No estamos diciendo que la aplicación de una norma de claro espíritu constitucional y fundamental en favor de los trabajadores haya sido disvaliosa, la sola intención de proteger a un trabajador frente a situaciones discriminatorias configura un avance y el sostenimiento de la Constitución Nacional por ante todo. Empero su aplicación de forma descoordinada y azarosa conlleva las situaciones que hoy en día padecemos en los Tribunales de nuestro país.

Entendemos que la autonomía del derecho laboral ayuda a estas circunstancias y que ante un claro vacío legal como lo son las circunstancias de discriminación en el ámbito laboral, es el Congreso Nacional de la Nación quien ha de intervenir sancionando una norma específica, actual y vigente dentro del ámbito del derecho laboral, pues la remisión deja en claro que no ha sido la conducta más adecuada, sino basta con observar la disparidad de criterios judiciales en referencia.

3. La Injerencia del Derecho Internacional en el Sistema de Estabilidad Impropia

La doctrina tradicional de despido libre, espontáneo y forfatario y la consecuente discrecionalidad de las facultades empresarias en materia de organización y dirección y finalización han sufrido un proceso de franca revisión. Los diques al poder empresario son básicamente los nuevos derechos humanos sociales positivizados especialmente en el plano internacional y, ahora, particularmente desde 2004, incorporados activamente a la jurisprudencia de la CSJN. De otro lado, aunque en forma concurrente, el reconocimiento de la transversalidad de esos derechos en el ámbito laboral, es decir, la aceptación del trabajador dependiente como dotado personalidad civil o social y sujeto protegido de los derechos civiles en el amplio sentido del concepto.

Las dos estabilidades propias indicadas en el art. 14 bis CN, representantes sindicales y empleados públicos, fueron ampliadas con varias hipótesis de “estabilizaciones” legales y convencionales. La potestad absoluta del 245 LCT, no perdió protagonismo, pero tiene una circunscripción más acotada.

Desde el derecho internacional, el PIDESC, el Convenio 158 de OIT y el Protocolo de San Salvador, son los instrumentos que más texto directo otorgan a la readmisión laboral con punto de partida en la revalorización del derecho al trabajo.

La remisión de la Observación General 18 del CDESC de ONU al Convenio 158 de OIT en lo referente a la causalidad del despido y la posibilidad de readmisión y la referencia realizada por la CSJN en “Álvarez c/ Censosud”, no salva la falta de ratificación de ese convenio por Argentina. En todo caso es fuente inspiradora, interpretativa y ponderativa del derecho interno. Pero esta acotación no invalida que la readmisión laboral contenida en el art. 48 de aquella Observación constituya parte de la

interpretación auténtica, una de las condiciones de vigencia del tratado y sea exigible si se admite la interpretación aplicativa directa y operativa del “derecho al trabajo” del PIDESC.

El Protocolo de San Salvador, prolonga fuentes esenciales del sistema americano como la propia Carta de OEA y la Convención Americana de Derechos Humanos. Sus principios de obligatoriedad y maximización de medidas internas, logro progresivo, plena efectividad, adecuación legislativa interna, carácter coherente de las restricciones y limitaciones y preponderancia del derecho al trabajo, exigen la mayor atención sobre su aplicabilidad interna. Al igual que el PIDESC, obliga a la plena efectividad de sus dictados.

El Protocolo garantiza la “estabilidad” de los trabajadores en sus empleos, un dato relevante aunque no absoluta ya que cede frente ciertas particularidades y la causalidad del despido. Pero a su vez, atribuye al trabajador la elección del modo de reparación; es decir, le otorga la triple vía (readmisión-reparación-otra prestación) sobre la base de los principios y reglas de aplicación del propio Protocolo, los del Derecho Internacional del Trabajo tales como el complementariedad e interdependencia de las normas sobre derechos humanos (especialmente con el PIDESC), primacía de la disposición más favorable a la persona (*pro homine*) y progresividad. En todo caso, la readmisión puede ser demandada y serán los jueces los que ponderen la posibilidad de salvar una supuesta omisión normativa interna en establecer este derecho para los despidos ordinarios incausados.

4. La falta de ratificación del Convenio de la OIT Nro. 158.

Recordemos, que la tutela contra el despido injustificado puede asumir, dentro del PIDESC, la forma de la reinstalación, tal como lo precisa la Observación General 18 (art. 48), así como los arts. 10 convenio OIT, 158 y 7 del Protocolo de San Salvador^{lx}.

En “Álvarez c/ Censosud” se dio respuesta al tema: “Corresponde agregar, aun cuando la República no ha ratificado el Convenio N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo (OIT, 1982), que el mentado Comité 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 así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente” (Observación general N ° 18, cit., párr. 11). Y, es de importancia subrayarlo, dicho Convenio, además de excluir los motivos discriminatorios como causa justificada para la terminación de la relación de trabajo (Artículo 5.d), prevé, dentro de la sección aludida anteriormente por el Comité, que los tribunales llamados a resolver sobre el carácter justificado o injustificado de dicha terminación puedan, en este último supuesto, “anular la terminación” y ordenar la “readmisión” del trabajador (Artículo 10)” (considerando 7 del voto de la mayoría).

La remisión de la Observación 18 del CDESC al Convenio 158 presenta un obstáculo insalvable para el derecho interno ya que no ha sido ratificado por Argentina. De otro modo, se daría a un órgano de control una naturaleza extensiva del convenio sobre la soberanía interna sustituiría la falta de sumisión nacional al convenio en cuestión. Es difícil de comprender, o al menos genera dudas insalvables, que por vía de la referencia de aquel órgano de control a un convenio de OIT, otro tratado al fin, se lo

pueda derramar hacia el derecho interno con idéntica fuerza imperativa y normativa que un convenio ratificado.

Es de recordar que el Convenio 158 ha recibido un bajo nivel de ratificaciones, solamente 35, con respecto al total de países integrantes de la OIT y, entre los que los han adoptado, se nota un importante nivel de excepciones. Dicho bajo número de ratificaciones no es casualidad sino causalidad.

En definitiva, podrá adoptarse dicho Convenio, como lo hace la mayoría de la CSJN en “Álvarez c/Cencosud”, como un criterio u orientación ponderativa. De hecho, la Comisión Consultiva de la OIT ha comprobado que “los principios del Convenio (158) son una fuente de derecho importante para los juzgados del trabajo y los tribunales laborales en los países que ratificaron y aun en aquellos que no lo han ratificado”^{xi}.

En definitiva la falta de ratificación de la Argentina del Convenio Nro. 158 de la OIT, sin lugar a dudas debilita la postura progresista de readmisión en el puesto de trabajo. No obstante, la mayoría de la doctrina aboga por el Punto 48 de la Observación General 18 del PIDESC, junto con el Artículo 6 y 46 del mismo cuerpo que refieren a la reinstalación y declaran que dicha normativa puede admitirse en el orden interno si se asume a la misma como condición de vigencia del tratado.

Sin lugar a dudas el Poder Judicial, ante la omisión legislativa, se ve en la ardua e ininteligible tarea de compatibilizar las normas progresistas provenientes del derecho internacional con el sistema clásico y tradicionalista de estabilidad impropia del empleo privado. Sistema que por múltiples razones resulta a pesar de todas sus falencias, el más idóneo.

5. La crisis del Despido Injustificado

Sin lugar a dudas el avance progresista impulsado por la internalización del derecho ha provocado el fortalecimiento del “trabajo” como institución fundamental en orden a la dignidad de todo ciudadano. No obstante, dicho avance a puesto en jaque todo un sistema tarifario de despido, sistema tradicional e histórico en nuestro país. Como hemos señalado a lo largo del trabajo del despido sin justa causa o sin mención de causa se encuentra en crisis. Hoy en día a la hora de prescindir de los servicios de un trabajador, los empleadores son aconsejados por los profesionales del derecho, a invocar una causa, aún si ella no existe, a inventar una con el propósito de evitar cualquier reclamo del trabajador con alusión a cualquier tipo de discriminación. Lo cierto, es, que la falsa invocación de causa, tampoco termina por eludir la invocación de causal de discriminación. En definitiva será una cuestión a dilucidarse según las cargas probatorias dentro de un proceso judicial. A tenor de lo expuesto, resulta evidente que el sistema forfatorio del despido en nuestro país se encuentra plenamente restringido, y así su artículo principal (245 LCT), ha perdido absolutividad. De tal manera, la exclusividad de la modalidad de extinción del contrato de trabajo del art. 245 de la LCT no se ha convertido en un estrecho desfiladero de salida del nexos laboral, pero su absolutividad ha quedado rodeada por diversidad de supuestos de procedimientos previos a la conclusión del contrato de trabajo, elementos estabilizadores y la consecuente readmisión de los trabajadores cesanteados. Sin embargo, sea por generación normativa, por una aplicación más rígida o respetuosa de viejas normas de trabajo, la acción colectiva o nuevas corrientes jurisprudenciales, lo cierto es que hoy

por hoy, el despido libre, espontáneo y forfatorio, ha sido cercado por diversidad de hipótesis de estabilidad en sentido propio o temporal.

5.1. La Ilícitud del Despido Incausado

La mayor parte de la doctrina entiende al despido incausado como ilícito. Ello por cuanto contraría no solo las normas de derecho internacional, sino la propia Constitución Nacional en su artículo 14 bis, que consagra la protección contra el despido arbitrario. Ahora bien, cabe preguntarnos ¿cuál es la consecuencia de un acto ilícito? Su Nulidad? El pago de una indemnización? o es acaso un acto prohibido? La cuestión presente flagelos por donde se la observe y es sin lugar a dudas una de las mayores discusiones doctrinarias en nuestro fuero.

“Si bien para la mayor parte de nuestra doctrina el despido es un acto ilícito, corresponde destacar que el tratamiento que el referido acto recibe de nuestro sistema legal dista bastante del que merece su supuesta ilicitud. Es que, mediante el pago de la tarifa, usualmente insuficiente, el empleador queda liberado -en principio, y salvo excepciones todavía muy acotadas- de reparar el daño adicional que provoca la pérdida del empleo. Además la reiteración de estos actos reputados ilícitos, no agrava las consecuencias del mismo. De ahí que, maguer su ilicitud, el empleador puede utilizar con libertad la institución del despido como medio de coacción o represalia”^{lxii}

En nuestra humilde opinión su discusión resulta tan extensa como inútil, pues bastaría con remitirse a la contradicción fundamental y constitucional, tema óbice de nuestro trabajo: refiero a la contradicción de preceptos constitucionales de “Protección contra el despido arbitrario” -Art. 14 bis C.N. y Tratados Internacionales- y “Libertad de

Empresa y de Contratación” -Art. 14 C.N. y Tratados Internacionales-. Si partimos de reconocer que no pueden consagrarse simultáneamente dichos principios, por resultar claramente contradictorios entre sí, no será necesario calificar al despido injustificado, de ilícito, o lícito, prohibido o no prohibido. Veamos la cuestión con mayor profundidad. Si consagramos de forma total la “Protección contra el despido arbitrario”, sin lugar a duda estaríamos instalando un régimen de estabilidad propia en el empleo privado, de tal cual existe, hoy en día, en el empleo público. Sin adentrarnos en cuestiones macroeconómicas y de idiosincrasia, concluimos que en nuestro país tal aseveración resulta caótica, ficticia y falaz. El avance progresista acarreado por normas internacionales que intenta consagrar la ilicitud del despido arbitrario, hoy, resulta una utopía en nuestro País. ¿Puede llegar a obligarse a un empleador, inmerso en un contexto de incertidumbre empresaria, económica, financiera, jurídica y política latente la contratación indefinida y de por vida de una relación de trabajo?. Más allá del espíritu de los principios de conservación del empleo, continuidad de la relación y que el contrato de un trabajador sólo culmina con la muerte o el acogimiento de algún beneficio social, esto resulta una ficción. Una ilusión de engaño a sabiendas. Por el contrario estaríamos incentivando una mayor precarización del empleo privado. Ante tamaña obligación a asumir por los empleadores, se fomentaría la clandestinidad del empleo, pues el riesgo empresario se eleva de sobremanera desentivando al empleador a emprender negocio alguno. La prueba de ello, podemos observarla en el empleo público. Nuestro país presenta uno de los mayores índices de empleo público a nivel mundial y muy por el contrario el servicio prestado dista de excelencia. El mayor gasto público erogado por el Estado, deviene del pago de los sueldos de agentes públicos y el servicio prestado a la comunidad es insuficiente y poco efectivo. Es sin lugar a dudas una situación deficitaria. Tal es así, que es el propio Estado, en todos sus estratos, que

con el fin de reducir la erogación, recurre a sistemas de precarización laboral, con la interposición de prestatarios de mano de obra, empresas “fantasmas” que permiten contratar gente al servicio del Estado, sin incluir a los mismos a la llamada “planta permanente”, en claro fraude a la ley.

En definitiva la plena consagración de la “Protección contra el despido arbitrario”, deviene una cuestión figurativa, casi con fines diplomáticos, por aquello de no desentonar en la comunidad internacional. La verdadera consagración de este precepto está dada por el llamado régimen de “estabilidad propia del empleo”, como sucede por ejemplo en el derecho comparado alemán. Sin lugar a dudas, el camino a una estabilidad propia, estará dado por una idiosincrasia disímil a la nuestra, aquella propia de la cultura del trabajo. Así también por condiciones de estabilidad macro, socio, jurídica, económica y políticas. Para todo cambio, debe sufrirse un sinceramiento. Por lo antedicho no compartimos la aventura de doctrinarios laboristas que llenan sus discursos de “ilicitud del despido injustificado”, “Prohibición del despido arbitrario”.

Por el contrario, veamos el régimen tradicional, la permisión del despido arbitrario, reputado como lícito y consagrado por la ley. Pues, es el sistema tarifado, el que permite al empleador prescindir de la relación de trabajo de forma unilateral, imponiéndole el pago de una indemnización por el daño causado.

La política adoptada hasta el presente, ha sido con poco éxito, la de incrementar las indemnizaciones ante el despido, como medio de protección del reclamo del trabajador.

El primer y claro ejemplo, es el artículo 15 de la Ley 24.013 que duplica las indemnizaciones de los despidos que acontezcan dentro del plazo de dos años posteriores al reclamo de registración laboral, con la intención de desactivar o persuadir

al empleador del despido. Este intento fracasó en su intento persuasivo al igual que el artículo 1ero de la Ley 25.323.

Con el mismo sentido fueron promulgadas las sanciones previstas en el artículo 2 de la Ley 25.323 y los artículos 132 y 80 de la LCT.

Todos ellos, fueron intentos impotentes de asegurar una adecuada tutela durante la vigencia de la relación laboral, procurando vanamente suplirla mediante agravamientos en el costo del despido como único resarcimiento por los incumplimientos producidos durante el curso de la relación laboral.

Es evidente la conexión que existe entre la crisis del despido incausado, el fracaso del legislador de proteger la ruptura de la relación laboral y el avance del despido discriminatorio. Una serie de fallos, avalados por la CSJN sientan el criterio de la nulidad de despidos discriminatorios, más aún en cuestiones sindicales.

Puede afirmarse que en materia sindical, el avance del despido discriminatorio en virtud de aquel distracto realizado como se denomina en doctrina, “en represalia”, ha logrado a las grandes empresas a abstenerse de despedir ante situaciones de contenido sindical. La jurisprudencia, en este tema en particular, si ha logrado disuadir el despido incausado frente al trabajador con relación gremial. Ahora bien, ¿es este el camino en el que nos dirigimos respecto al générico despido incausado? ¿Es el avance de los fallos jurisprudenciales el que desactivará los despidos sin justa causa? Y en tal caso, ¿Es este fenómeno, uno justo y compatible con nuestro ordenamiento? Optamos por la negativa, como venimos señalando nuestro País no pregona un régimen de estabilidad propia en el empleo privado y lejos está de ello.

A nuestro juicio es necesario escindir estrictamente el despido discriminatorio del despido incausado y para ello claro está resulta crucial el análisis de la carga probatoria en el juicio.

6. Conclusión final respecto la Carga de la Prueba

Remontándonos al capítulo III, sostuvimos que en materia de discriminación existen serias dificultades probatorias por las cuales atraviesan las víctimas para acreditar mediante plena prueba el invocado motivo. Sin embargo se ha sostenido que es necesario llevar al sentenciante indicios suficientes para tener por cierto que la empleadora quiso apartar al trabajador por alguna causal de discriminación, poniendo así en cabeza de la patronal la carga de la prueba de demostrar que el despido no obedece a razones discriminatorias.

Es que debe estarse entonces, a la carga dinámica de las pruebas, es decir que quien se encuentre en mejores condiciones debe demostrar objetivamente los hechos en los que sustente su accionar no siendo exigible al trabajador “la plena prueba” del motivo discriminatorio bastando en consecuencia, que se aporten indicios suficientes y concordantes en dicho sentido, siendo a cargo del empleador la justificación de que el despido obedece a otros motivos y no a una actitud discriminatoria.

Por tanto puede afirmarse, que el trabajador debe aportar indicios razonables a esta juzgadora a los fines de considerar que el objeto de la extinción de la relación laboral es discriminatoria, no bastando exponer simples alegaciones sino que es

necesario la acreditación de la existencia de elementos de actos u omisiones que atentaron contra dignidad.

Por otra parte, será el empleador quien debía probar, luego de generado el indicio necesario, que la causa de la ruptura del vínculo laboral no fue un acto discriminatorio sino que era objetiva y razonable para tomar su decisión unilateral.

Ahora bien, es simple dilucidar que el óbice recae en determinar que es indicio suficiente. En nuestra opinión los dos extremos que presupone la situación resultan indeseados. Ni el mero indicio ni la plena. No obstante en una marcada y clara tendencia judicial ha prevalecido el supuesto y llamado “mero indicio”. No se encuentra discutido que es muy difícil probar al trabajador la situación discriminatoria, más, entendemos la situación debe ser adoptada con carácter restrictivo. No debe soslayarse que a favor del trabajador se encuentra todo tipo de interpretación en caso de duda, también respecto a la prosecución del vínculo, por aquello del principio de continuidad de la relación laboral. Por ello se ha dicho, que será quien quiera dar fin a la relación el que deberá probar que su conducta se alejó de discriminación alguna. Claro está, este principio no podrá imperar si el reclamo del trabajador alega discriminación mas desde un principio opta por la solución tarifada y no la reinstalación, por inferirse que el vínculo no proseguirá de manera alguna, por propia exteriorización de voluntad de ambas partes.

Retomando el tema que nos ocupa, consideramos que si bien no debe exigirse plena prueba de la discriminación, si se debe requerir más que un indicio, y si indicios, fuertes, convincentes de que efectivamente si acaeció discriminación. Quizás la situación, hoy en día, encuentre mayor facilidad con una mayor amplitud de medios probatorios. Pues más allá de la prueba por excelencia, en materia laboral, la

testimonial, con los avances tecnológicos de hoy en día no es difícil presuponer que ciertas circunstancias de la relación laboral bien pueden quedar documentadas o registradas. Ello dependerá también del contexto y espacio del establecimiento.

Concluyendo, la exigencia de la prueba de discriminación debe remitirse a la premisa de nuestro régimen de estabilidad impropia. Es por ello, que entendemos que la exigencia debe ser mayor a la hora de requerir indicios. Claro está que configurado el indicio, la carga de la prueba se invierte, y el empleador tendrá la posibilidad de aportar medios para desvirtuar dicha presunción, situación aún tan o más complicada que la del trabajador a la hora de aportar indicios. No estamos contradiciendo la tendencia internacional progresista de protección contra el despido arbitrario, sólo se advierte que la práctica utilizada lejos está de ser la correcta. Sin embargo resulta la más utilizada en nuestro ordenamiento. No es novel que la Jurisprudencia salga a suplir omisiones legislativas, como tampoco lo es que el avance sobre sistemas jurídicos consagrados sin un verdadero análisis y cambio político institucional. En otras pocas palabras y parafraseando, es hora de dejar de “borrar con el codo lo que se escribe con la mano”.

7. Nulidad del Despido Discriminatorio: ¿Reinstalación o

Indemnización?

7.1. Conclusiones respecto el Fallo “Alvarez c/Cencosud”

Primeramente debemos señalar que a partir de este caso, la Ley 23.592 comienza a aplicarse en el Derecho del Trabajo, ya que en su génesis dicha ley no fue promulgada a los efectos.

Recordemos que la decisión mayoritaria lo fue sólo por un voto, por lo que el criterio de la Corte deja un camino abierto a un cambio de criterio según la composición de la misma.

Así la mayoría optó por la nulidad del despido y la reinstalación inmediata del trabajador a su puesto de trabajo.

La sentencia de la Corte gravita fuertemente en las relaciones laborales. Precisa que la consecuencia del despido discriminatorio es la reinstalación en el puesto si ésta fuera demandada por el trabajador. La nulidad del despido no implica que sea consagrada una estabilidad propia en el empleo, pero introduce una limitación a la posibilidad del posterior ejercicio de la facultad rescisoria y el empleador que pretendiera ejercerla respecto del trabajador reincorporado, debería probar, ante la eventual demanda del trabajador afectado, que el motivo del despido es ajeno a la discriminación anterior.

La nulidad del despido podrá ser demandada en cualquier supuesto de despido discriminatorio, incluso en los casos en que la ley de contrato de trabajo ha fijado como consecuencia una indemnización especial agravada, por ejemplo, en los despidos por causa de maternidad o embarazo, o por causa de matrimonio, supuestos en que la persona afectada por el despido discriminatorio tendrá la opción para demandar la reinstalación en el puesto y la reparación de los perjuicios sufridos por el acto discriminatorio.

En oposición a la decisión mayoritaria, el voto minoritario aparece como más equilibrado al balance de los derechos de las partes, al contemplar la libertad de contratar como un derecho que debe preservarse aún ante un supuesto despido por discriminación.

7.2. Nuestra Postura

Nuestra postura a adoptar encuentra su apoyo en la disidencia del *leading case*. Así entendemos que ante un despido discriminatorio corresponderá todo tipo de resarcimiento del daño acaecido, más no la reinstalación. Más allá de que sea un acto indeseado y repugnado por el ordenamiento jurídico en su totalidad. Existen situaciones, si se nos permite, nuevamente parafrasear, donde “el remedio resulta peor que la enfermedad”. La reinstalación no es la solución más natural. Entendemos ella debe darse con carácter de restrictivo y de suma excepcionalidad. Dicha excepcionalidad puede también librarse a la voluntad concurrente de las partes. Dejemos en claro, que ante la comprobación del despido por discriminación, el mismo deberá ser declarado nulo, de nulidad absoluta por ser un acto repudiado como señalamos con anterioridad. La situación disímil a todo acto nulo, estará dada por las consecuencias del mismo, más no podrá retrotraerse el estado de las cosas a su estado natural u original. Precisamente porque físicamente dicho estado no podrá reconstruirse de manera alguna, no habrá naturalidad en la relación de trabajo. La relación contractual, precisamente, la de trabajo, está dada por deberes, obligaciones y derechos recíprocos de las partes, siendo una relación de constante *feed back*. ¿Cómo puede concebirse una relación contractual de cumplimiento forzoso? ¿Es dable interpretar que existirá buena fe de ambas partes? Tengamos en cuenta, que las partes han transcurrido por un contexto de distracto y luego a ello han padecido un largo y complejo pleito judicial, probablemente en más de una instancia. Quien puede interpretar que luego de ese suplicio puedan retrotraerse las circunstancias a su estado originario. Dicha falacia no resiste ni el menor prejuicio sociológico.

No puede soslayarse la situación de conflicto a la cual se estaría sometiendo al empleador respecto al resto del personal del establecimiento. De alguna forma las facultades de dirección del empleador se verían menoscabadas. Podría llegarse a una situación de clara preferencia del trabajador readmitido respecto al resto de sus compañeros, todas situaciones por lo menos indeseadas.

A mayor abundamiento, la Ley de Contrato de Trabajo resuelve en situaciones análogas situaciones de despidos por discriminación. Referimos a la protección de la maternidad y del matrimonio como ejemplos claros. Estas situaciones son resueltas por vía de indemnizaciones agravadas, más no por la readmisión.

Con el fin de lograr una mejor comprensión del *thema decidendum* proponemos precisar las conclusiones y propuestas en los siguientes ítems. A saber:

- El despido por razones de discriminación debe ser declarado nulo, de nulidad absoluta Su argumento normativo es el Artículo 16 de la Constitución Nacional y el Artículo 1ero de la Ley 23.592, así como también el Art. 1044 del Código Civil.
- Consecuencias del despido discriminatorio (acto nulo): no podrán reponerse las cosas al estado anterior al acto lesivo, mas si deberán indemnizarse todos los daños infringidos al trabajador. Así el trabajador deberá percibir: los salarios caídos, una indemnización agravada (por aplicación del principio de analogía, la misma que percibe una mujer embarazada o un trabajador despedido por causa de matrimonio -13 sueldos-), indemnización por daño moral más las indemnizaciones que correspondan por imperio de la Leyes laborales y Convenios Colectivos de especialidad si los hubiere. En definitiva, amparándonos en el derecho de daños, deberán resarcirse las consecuencias

inmediatas y mediatas. A nuestro juicio, a la hora de hablar de resarcimiento, deberá legislarse con el fin de otorgar al pretor herramientas de interpretación casuística que le permitan discernir situaciones específicas que contemplen edad del trabajador, situación personal, familiar, educacional y económica. Debemos aclarar que, sin lugar a duda, el tema del resarcimiento del trabajador debe ser tratado con mayor profundidad y esmero, situación que en orden a su extensivo y complejo espectro se supeditarán para ulterior oportunidad.

- No estando en presencia de la denominada “estabilidad propia” estipulada legalmente, no puede dejar de considerarse la garantía de libertad de contratar consagrada en el art.14 bis de nuestra Carta Magna, esto es, que una persona esté obligada a contratar o celebrar un contrato sin la libre voluntad de efectuarlo o a mantener un vínculo jurídico que quiera interrumpir. Es por tanto, que debe existir la obligación de conciliar ambas garantías involucradas (libertad de contratar y prohibición de discriminar), pues aún cuando el contrato sea ley para las partes (art.1.197 C.Civil) su cumplimiento forzado sólo es posible cuando se trata de obligaciones de dar. Las obligaciones de hacer cuando son incumplidas, más allá de que existan medios coercitivos para compeler el cumplimiento (astreintes), ante la reticencia deben resolverse mediante una indemnización por daños y perjuicios (art.519 a 522 del C.Civil).
- La reinstalación o readmisión del trabajador a su puesto de trabajo será excepcional y sólo operará en circunstancias donde el pretor entienda que la relación laboral pueda suscitarse día a día en un ambiente de paz con plena vigencia de los principios que rigen la relación de trabajo (colaboración, buena fe). Como así también, un ambiente donde se asegure que ambas partes puedan ejercer plenamente sus facultades, derechos y deberes irrogados por la propia

legislación. Todo este análisis del magistrado puede llegar ser dispensado con la voluntad concurrente de readmisión exteriorizada de forma expresa por ambas partes. El juez deberá analizar primeramente el contexto del establecimiento, su embergadura. No será lo mismo disponer la readmisión de un trabajador en un pequeño comercio barrial que en una planta de una empresa multinacional. A tales fines, será una opción de plena vigencia la reubicación del trabajador en distinta sucursal, repartición o sección de la empresa, si ello fuera posible. En un mismo sentido y en orden a lo procesal, sólo procederá la reinstalación si fuere demandada como única pretensión y no en suma con la indemnización agravada o como opción una de la otra.

-
- i Zas, Oscar "Estado Social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales", Contextos Revista crítica de derecho social N° 1, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 178.
- ii Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, voto del Juez Antonio A. Cançado Trindade.
- iii Devoto, Pablo A.; "Interpretación y alcance de la ley 23.592 dentro del ámbito de las relaciones laborales"; Editorial De Palma. Buenos Aires 2006. Pág. 156.
- iv Elffman, Mario "La Responsabilidad del Empleador por el Despido Discriminatorio" Revista de Derecho Laboral - RubinzalCulzoni Ed., Extinción del Contrato de Trabajo I, año 2000-1, p.253).
- v Mosset Iturraspe, Jorge. Daño Moral en la Extinción del Contrato de Trabajo, en Revista de Derecho Laboral - RubinzalCulzoni Ed., Extinción del Contrato de Trabajo I, año 2000-1, p.181 y ss).
- vi Valentín Rubio "Discriminación en el Trabajo. Despido Discriminatorio.", en Revista de Derecho Laboral - Rubinzal Culzoni Ed., Extinción del Contrato de Trabajo I, año 2000-1, p.239)
- vii Art. 17.LCT Prohibición de hacer discriminaciones. Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.
- viii Art. 81. LCT Igualdad de trato. El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador.
- ix Art. 522. Código Civil.- En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso.
- x Art. 1.078. Código Civil.- La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.
- xi Artículo 31 Constitución Nacional Argentina.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.
- xii Conf.: Roberto C. Pompa, "Nulidad del despido por causa de discriminación" DEL N° 143, Julio 1997, tomo XI, pág. 692.
- xiii Art. 245.LCT Indemnización por antigüedad o despido. En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a UN (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de TRES (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor. Dicha base no podrá exceder el equivalente de TRES (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo. Para aquellos trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno.
- Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el convenio al que pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa o establecimiento donde preste servicios, si éste

fuere más favorable. El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a UN (1) mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo.

^{xiv} Más recientemente ese enfoque ha sido exhaustivamente desarrollado en un trabajo colectivo en el que participamos junto a comprometidos iuslaboralistas vinculados a la CTA, denominado “Tiempo de Derechos”, los profesores Gianibelli, Meguira, Rozenberg y García. En esa oportunidad especialmente vinculamos la estrecha relación entre derecho a la estabilidad y el ejercicio de la libertad sindical, como derechos fundamentales que se potencian efectivamente

^{xv} Fernández Madrid, Juan C.: “Tratado práctico de derecho del trabajo” - LL - Bs. As. - 1989 - pág. 244

^{xvi} Rodríguez, Mancin Jorge, “Ley de Contrato de Trabajo Comentada, anotada y concordada” La Ley, Buenos Aires, t. IV, p. 402

^{xvii} Ackerman, Mario E. “Revista de Derecho Laboral”. Ed. Rubinzal Culzoni. Tomo I Año 2012 Pag. 102

^{xviii} Art. 252.LCT Intimación. Plazo de mantenimiento de la relación.Cuando el trabajador reuniera los requisitos necesarios para obtener una de las prestaciones de la ley 24.241, el empleador podrá intimarlo a que inicie los trámites pertinentes extendiéndole los certificados de servicios y demás documentación necesaria a esos fines. A partir de ese momento el empleador deberá mantener la relación de trabajo hasta que el trabajador obtenga el beneficio y por un plazo máximo de un año. (Párrafo sustituido por art. 6 de la [Ley N° 24.347](#) B.O. 29/6/1994) Concedido el beneficio, o vencido dicho plazo, el contrato de trabajo quedará extinguido sin obligación para el empleador del pago de la indemnización por antigüedad que prevean las leyes o estatutos profesionales. La intimación a que se refiere el primer párrafo de este artículo implicará la notificación del preaviso establecido por la presente ley o disposiciones similares contenidas en otros estatutos, cuyo plazo se considerará comprendido dentro del término durante el cual el empleador deberá mantener la relación de trabajo.

^{xix} Ackerman, Mario E. “Revista de Derecho Laboral”. Ed. Rubinzal -Culzoni. Santa Fe, N° 2011-II pag.76

^{xx} Altamira Gigena, Jorge “Revista de Derecho Laboral”. Ed. Rubinzal- Culzoni. Santa Fe, N° 2012-I pag.85

^{xxi} Elías, Jorge, “La Crisis del sistema de protección contra el despido arbitrario” en Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, N° 2011-I pag.11

^{xxii} Machado, Jose Daniel “Discriminación y trato desigual: una diferencia jurídicamente relevante”, Revista de Derecho Laboal, Rubinzal-Culzini, Santa Fe, N° 2008-II, pag 35

^{xxiii} López, Justo. "Despido arbitrario y estabilidad". Editorial La Ley. Buenos Aires 2005. Pág. 289 y ss.

^{xxiv} Art. 505 Código Civil. Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son: 1° Darle derecho para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado; 2° Para hacérselo procurar por otro a costa del deudor; 3° Para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes. Respecto del deudor, el cumplimiento exacto de la obligación le confiere el derecho de obtener la liberación correspondiente, o el derecho de repeler las acciones del acreedor, si la obligación se hallase extinguida o modificada por una causa legal. Si el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea su fuente, derivase el litigio judicial o arbitral, la responsabilidad por el pago de las costas, incluidos los honorarios profesionales de todo tipo allí devengados y correspondientes a la primera o única instancia, no excederá del veinticinco por ciento (25 %) del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo. Si la regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales, correspondientes a todas las profesiones y especialidades superan dicho porcentaje, el juez procederá a prorratear los montos entre los beneficiarios. Para el cómputo del porcentaje indicado, no se tendrá en cuenta el monto de los honorarios de los profesionales que hubieren representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas. (Párrafo incorporado por art. 1° de la [Ley N° 24.432](#) B.O. 10/1/1995.)

^{xxv} Art. 1078 Código civil.. La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.

La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.

^{xxvi} Art. 522 Código Civil. En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso.

^{xxvii} Artículos 1067 del código civil. No habrá acto ilícito punible para los efectos de este código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia.

xxviii Art. 904 del Código Civil.- Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas.

Art. 905. del Código Civil.-Las consecuencias puramente casuales no son imputables al autor del hecho, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho.

Art. 906. del Código Civil.-En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexa adecuado de causalidad

xxix Artículo 16 CN.- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

xxx Artículo 1 Ley 23.592 Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

xxxi Artículo 14 CN. Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

xxxii Voto mayoritario en “Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A s/ Acción de Amparo” Sala II del 25 de junio de 2007.

xxxiii Voto mayoritario en “Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A s/ Acción de Amparo” Sala II del 25 de junio de 2007.

xxxiv

Artículo 103 LCT. Concepto. A los fines de esta ley, se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo. Dicha remuneración no podrá ser inferior al salario mínimo vital. El empleador debe al trabajador la remuneración, aunque éste no preste servicios, por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición de aquél.

xxxv Artículo 47 ley 23.551. Todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la presente ley, podrá recabar el amparo de estos derechos ante el tribunal judicial competente, conforme al procedimiento Civil y Comercial de la Nación o equivalente de los códigos procesales civiles provinciales, a fin de que éste disponga, si correspondiere, el cese inmediato del comportamiento antisindical.

xxxvi Eduardo Alvarez, “Reflexiones acerca del despido por discriminación” “Revista de Derecho Laboral”. Ed. Rubinzal- Culzoni. Santa Fe, N° 2008-II pag.114

xxxvii Rodriguez Mancini Jorge, “La discriminación y el contrato de trabajo” en D.T 2007-A-1

xxxviii Vázquez Vialard, Antonio “La responsabilidad en el Derecho del Trabajo”, Astrea, Buenos Aires, 1988 ps, 705 y ss.

xxxix Artículo 14 bis.- El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

^{xl} Artículo 1056 del Código Civil. Los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de actos jurídicos, producen sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas

^{xli} Artículo 1083 Código Civil. El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero.

^{xlii} Artículo 1044 CC. Son nulos los actos jurídicos en que los agentes hubiesen procedido con simulación o fraude presumido por la ley, o cuando fuese prohibido el objeto principal del acto, o cuando no tuviese la forma exclusivamente ordenada por la ley, o cuando dependiese para su validez de la forma instrumental, y fuesen nulos los respectivos instrumentos

^{xliii} Artículo 953 CC. El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto.

^{xliiv} Artículo 1050 CC. La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado.

^{xlv}

Artículo 42 LCT. Nulidad del contrato de objeto prohibido. Inoponibilidad al trabajador. El contrato de objeto prohibido no afectará el derecho del trabajador a percibir las remuneraciones o indemnizaciones que se deriven de su extinción por tal causa, conforme a las normas de esta ley y a las previstas en los estatutos profesionales y las convenciones colectivas de trabajo.

^{xlvi}

Artículo 260 LCT. Pago insuficiente. El pago insuficiente de obligaciones originadas en las relaciones laborales efectuado por un empleador será considerado como entrega a cuenta del total adeudado, aunque se reciba sin reservas, y quedará expedita al trabajador la acción para reclamar el pago de la diferencia que correspondiere, por todo el tiempo de la prescripción.

^{xlvii}

Santos Fernandez, "El despido discriminatorio en España" Op. cit, pág. 158

^{xlviii}

El CEACR, en el Estudio general... op.cit, se ocupa del tema en los par. 218 a 237

^{xlix}

Herrera, Enrique "Derecho al trabajo y Libertad de Contratación", en Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, dir. Por Jorge Rodríguez Mancini, Astrea Buenos Aires, Cap VII p.403

^l

Rodríguez Mancini, Jorge "Derechos fundamentales y relaciones laborales" Astrea, Buenos Aires, 2004

^{p.251}

^{li}

Etala, Carlos Alberto "Modificaciones al contrato de trabajo. Ley 25.877" publicado en la página web de la editorial Astrea.

^{lii}

Vázquez Vialard, Antonio "La responsabilidad en el Derecho del Trabajo", Op. Cit. Pág. 256.

^{liii}

Artículo 14 CN.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

^{liv}

Artículo 17 LCT: Prohibición de hacer discriminaciones. Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.

^{lv}

Art. 245.LCT. Indemnización por antigüedad o despido. En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a UN (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de TRES (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor. Dicha base no podrá exceder el equivalente de TRES (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo. Para aquellos trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno. Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el convenio al que

pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa o establecimiento donde preste servicios, si éste fuere más favorable. El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a UN (1) mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo.

lvi Artículo 182 LCT Indemnización especial. En caso de incumplimiento de esta prohibición, el empleador abonará una indemnización equivalente a un año de remuneraciones, que se acumulará a la establecida en el artículo 245.

lvii Fallo del 15-11-11 suscripto por los Dres. Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni: PELLICORI, LILIANA SILVIA C/ COLEGIO PUBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL.

lviii Galimany, Gastón Andrés c. Citytech S.A. CNAT sala V, 20/04/2011, La Ley online AR/JUR/12862/2011

lix De la Fuente ,Horacio, "Principios jurídicos del derecho a la estabilidad"- Ed. Zavalía, Bs. Aires, 1976. Págs. 186/222.

lx Gialdino, Rolando, El derecho al trabajo en la observación general 18 del Comité de Derechos Económicos, sociales y Culturales, DTSS, Lexis Nexis, Fsc. 23, 2006, p. 2085.

lxi Observación general de la Comisión de Expertos de la OIT sobre el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, adoptada en su 79.ª reunión, 2008

lxii CNAT Sala VI 14.12.90 "Pérez, Miguel Ángel c. Peralta Eleuterio" TySS 1991-152.

ANEXO

Luego del desarrollo de las conclusiones y propuestas propusimos entrevistar a dos jueces de primera instancia de distrito en lo laboral, en particular de la 2da y 5ta Nominación, con el fin de lograr una perspectiva vigente y sociológica del tema en cuestión. A los efectos, elaboramos un pequeño cuestionario que seguidamente se transcribe en conjunto con las respuestas de los magistrados.

Cuestionario realizado a Jueces de Primera Instancia de Distrito en lo laboral de la 2da Circunscripción

1.2. Dr. Gustavo Sgoifo, a cargo del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Laboral de la Quinta Nominación de Rosario:

1) Cual es su opinión respecto al avance del despido discriminatorio sobre la libertad de contratación del empleador?

“Si bien, hay que ver en cada caso concreto, el avance del despido discriminatorio sobre la libertad de contratación, ocurre. Reinstalar es complicado, puede llegar a afectar la libertad de contratar del empleador, siempre teniendo en cuenta obvio el contexto donde se desarrolla, por ejemplo tratándose de una gran empresa, la posibilidad de reinstalarlo podría suceder. En cambio, si por ejemplo, se reincorpora al trabajador en un pequeño comercio, es imposible el vinculo laboral futuro entre las partes se va a ver afectado por un clima de enemistad continuo entre empleador y trabajador, que tipo de colaboración (como ejemplo de uno de los principios que debe existir en toda relación laboral) puede llegar a respetarse?, que producción buena puede

haber en esa relación, en donde las partes "conviven" todo el tiempo en que dure la jornada laboral?... diferente es el caso repito, en caso que sea una empresa grande, en donde por ejemplo hay 2000 trabajadores, y este es uno más, pudiendo cambiarlo de sección de trabajo o de sucursal.”

“El caso más frecuente, que suele verse es el de la mujer embarazada que es despedida, inmediatamente después de informarle al empleador acerca de su embarazo, sin embargo, se la indemniza y no se la reincorpora a su puesto, sin considerarse un caso de despido discriminatorio, mas despido discriminatorio que la mujer embarazada, cual es?”

2) Que opina de la nulidad del despido discriminatorio y consiguiente reinstalación del trabajador? Que resulta más adecuado la indemnización agravada o la reinstalación?

“Respecto a la reinstalación, en caso en que proceda, el ambiente de trabajo al día siguiente o posterior a la misma resulta hostil; es complicado reinstalarlo, por la propia salud del trabajador, a una jornada por ejemplo de 8 horas diarias "conviviendo" con su empleador. Hay que darle la opción al empleador, de que elija si prefiere reinstalarlo o indemnizar al trabajador, no así al trabajador, quien ya opto en la demanda pidiendo la nulidad del despido por su reinstalación. Además, hay que tener en cuenta, que si se reincorpora al trabajador, al día siguiente de estar trabajando, el empleador puede volver a despedirlo.”

“Desde mi punto de vista, puede aplicarse tanto la posibilidad de reincorporar, si se trata por ejemplo de una empresa grande, como la posibilidad de indemnizarlo en caso contrario. Yo no soy determinante, hay que ver la solución más justa para cada

caso.”

3) En la práctica, cuales son los medios de pruebas más frecuentes que presenta el trabajador para probar el despido discriminatorio?

“No he tenido un fallo para resolver al respecto, sino uno que estaba tramitando en este Juzgado cuando empeche a trabajar aquí, y que se resolvió en sede Administrativa. Era sobre un trabajador que alega que cuando la empresa toma conocimiento de su enfermedad (SIDA) lo trasladan a otras secciones dentro del hotel donde trabajaba, a hacer trabajos más pesados, que por su enfermedad y su estado débil de salud, no podía realizar, donde cada vez lo degradaban más en su puesto de trabajo, no se lo reinstala, sino que se lo indemniza por el despido, en este caso, la prueba eran todos testigos, sus compañeros de trabajo mayormente.”

“Pero en líneas generales, la prueba testimonial y los indicios, son los más frecuentes. Jugando la carga probatoria dinámica: la empleadora es la que está en mejores condiciones de probar, porque motivo o razón lo puso en un determinado trabajo, porque lo traslado o porque lo despidió, y cuáles son las causales del despido. En la práctica, se suele invocar el despido discriminatorio en muchos casos, pero nunca se llega a probar.”

1.3. Dra. María Andrea Deco, a cargo del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Laboral de la Segunda Nominación de Rosario:

1) Cual es su opinión respecto al avance del despido discriminatorio sobre la libertad de contratación del empleador?

“Creo que respecto al despido discriminatorio, hubo muchos avances, de hecho La Corte Suprema de Justicia hablo muchísimo del tema, estoy de acuerdo con la posibilidad de reinstalar, pero en cierta parte pienso igual que la disidencia en el fallo "Álvarez C/ Cencosud", respecto a que se cuestiona la libertad de contratación del empleador, que está en el Código Civil que tiene su plena vigencia y se debe respetar. Por lo que yo creo que si no se quiere reinstalar al trabajador a su puesto de trabajo, el empleador le debe pagar una indemnización agravada, que generalmente está establecida en los 13 meses, (pudiendo variar a criterio del juzgador), agregando todos los salarios caídos y el daño moral.”

“Respecto al daño moral, fue calculado de diferentes maneras, según los fallos: así por ejemplo en mi experiencia personal, en el fallo "Tonarelli" (tramitado en dicho Juzgado), se indemnizo al trabajador por \$20.000; en otros casos, se lo calcula por sueldos, pero creo que no hay forma de determinarlo a modo genérico para todos los casos; o en el caso por ejemplo en que se despida a un trabajador de 60 años, teniendo en cuenta las dificultades de reinsertarse laboralmente a otro empleo, se podría reclamar como daño moral todos los años que le falten para jubilarse en salarios.”

2) Que opina de la nulidad del despido discriminatorio y consiguiente reinstalación del trabajador? Que resulta más adecuado la indemnización agravada o la reinstalación?

“En mi humilde criterio, lo más justo es darle la posibilidad al empleador de elegir, si quiere reinstalar al trabajador o indemnizarlo.

Considero injusto obligar al empleador a reinstalar al trabajador, ya que la relación entre ambos es similar al matrimonio, ya se encuentra desgastada, y en un futuro se va a ver reflejada esa ruptura. Hay que tener en cuenta que al reinstalarlo, se vuelven a enfrentar, y se perjudica también al trabajador, quien pudo haber sufrido mucho las consecuencias de la discriminación sufrida, por lo que considero es que se le dé una buena indemnización agravada.”

3) En la práctica, cuales son los medios de pruebas más frecuentes que presenta el trabajador para probar el despido discriminatorio?

“Se habla de la carga dinámica de la prueba, es decir, que en el caso de despedir a un trabajador sin causa, el que tiene que probar es el empleador, que se encuentra en mejores condiciones de probar, que no lo despidió por discriminación: se invierte la carga de la prueba, ya que para el trabajador es muy difícil probarlo.

Hay que probar si realmente existió discriminación, yo tengo un criterio muy exigente al respecto: por ejemplo tuve un fallo "Díaz" en donde el trabajador trabajaba para el empleador que llegada una edad se retira de la empresa, quedando a cargo de la misma su hijo, quien tenía con Díaz una relación diferente, pero no lo discriminaba, sino que el mismo trabajador se sentía discriminado.”

BIBLIOGRAFÍA

a) General

Ackerman Mario E., "Revista de Derecho Laboral". Ed. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires 2009.

De la Fuente, Horacio, "Principios jurídicos del derecho a la estabilidad"- Editorial Zavalia, Buenos Aires 2008.

Etala, Carlos Alberto "Modificaciones al contrato de trabajo. Ley 25.877" publicado en www.astrea.com.ar. Buenos Aires. 2013.

Fernández Madrid, Juan C.: "Tratado práctico de derecho del trabajo". Editorial Depalma, Buenos Aires 1989.

Rodriguez, Mancin Jorge, "Ley de Contrato de Trabajo Comentada, anotada y concordada" Editorial La Ley, Buenos Aires 2005.

Vázquez Vialard, Antonio “La responsabilidad en el Derecho del Trabajo”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988.

b) Especial

Devoto, Pablo A.; “*Interpretación y alcance de la ley 23.592 dentro del ámbito de las relaciones laborales*”; Editorial Astrea. Buenos Aires 2010.

Elffman, Mario “La Responsabilidad del Empleador por el Despido Discriminatorio”
Revista de Derecho Laboral. Editorial Rubinzal Culzoni, Edición, Extinción del
Contrato de Trabajo I, Santa Fe año 2000-1.

Elias, Jorge, “La Crisis del sistema de protección contra el despido arbitrario” en
Revista de Derecho Laboral, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2011.

Machado, Jose Daniel “Discriminación y trato desigual: una diferencia jurídicamente
relevante”, Revista de Derecho Laboral, RubinzalCulzini, Santa Fe 2010.

Mosset Iturraspe, Jorge Daño Moral en la Extinción del Contrato de Trabajo, en Revista de Derecho Laboral Editorial Rubinzal Culzoni Edición, Extinción del Contrato de Trabajo I, Santa Fe año 2000-1.

Rubio, Valentín "Discriminación en el Trabajo. Despido Discriminatorio.", en Revista de Derecho Laboral. Editorial Rubinzal Culzoni. Edición, Extinción del Contrato de Trabajo I, Santa Fe año 2000-1.

ÍNDICE

1. Resumen.....	1
2. Estado de la Cuestión.....	3
3. Marco Teórico.....	6
4. Introducción.....	8

Capítulo I

EL DESPIDO DISCRIMIANTORIO. LA ESTABILIDAD IMPROPIA.

1. Introducción.....	12
2. Discriminación.....	12
3. Normativa Vigente.....	15
3.1. Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional.....	19
3.2. El Convenio 111/1958.....	22
4. Derecho a la Estabilidad Laboral.....	24
4.1 Sistema Tradicional de Protección contra el Despido Arbitrario.....	27
5. El Despido Incausado.....	28
5.1. La Naturaleza Jurídica del Despido sin Justa Causa.....	29
5.1.2. Postura Doctrina que reputa al despido incausado, "Acto ilícito"	29

5.1.3. Postura Doctrina que reputa al despido incausado, "Acto lícito"	30
5.1.4. Problemática de la Justificación Teórica de reputar al despido Incausado como "Lícito" o "Ilícito"	31
5.1.4.1. Quienes sostienen la "Ilícitud"	31
5.1.4.2. Quienes sostiene la "Licitud"	31

Capítulo II

SANCION DEL DESPIDO ILICITO

1. Introducción.....	34
2. La Ilícitud del Despido Arbitrario o sin justa causa.....	34
3. El voto mayoritario en Alvarez c/ Cencosud.....	38
3.1. Hechos.....	38
3.2. Argumentos de la Mayoría.....	39
4. Jurisprudencia. Fallos que declaran nulo al despido.....	41
5. Nulidad del Acto y Reinstalación.....	44
6. La Reinstalación en el Derecho Comparado.....	46

6.1. El PIDESC.....	46
6.2. El Convenio Nro. 158 de la OIT.....	47
7. Conclusión.....	48

Capítulo III

5. LA LIBERTAD DE CONTRATACION

1. Introducción.....	50
2. Principio de Libertad de Empresa y Libertad de Contratación.....	50
3. El Derecho del trabajo, derecho social.....	52
4. El Voto en disidencia en el fallo "Alvarez c/Cencosud".....	55
5. La Carga de la Prueba.....	57
6. Jurisprudencia respecto a la carga de la prueba.....	58
7. Conclusión.....	60

Capítulo IV

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1. Introducción.....	62
2. Autonomía del Derecho Laboral y Los Principios del Derecho del Trabajo.....	62
3. La Injerencia del Derecho Internacional en el Sistema de Estabilidad Impropia.....	65
4. La Falta de ratificación del Convenio de la OIT Nro. 158.....	67
5. La Crisis del despido Injustificado.....	69
5.1. La Ilícitud del Despido Incausado.....	70
6. Conclusión Final respecto a la Carga de la Prueba.....	74
7. Nulidad del despido Discriminatorio: ¿Reinstalación o Indemnización?.....	76
7.1. Conclusiones respecto al Fallo “Alvarez c/Cencosud”	76
7.2. Nuestra Postura.....	78

ANEXO

1. Cuestionario realizado a Jueces de Primera Instancia de Distrito en lo Laboral de la 2da Circunscripción.....	82
1.2. Dr. Gustavo Sgoifo, a cargo del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Laboral de la Quinta Nominación de Rosario.....	82
1.3. Dra. María Andrea Deco, a cargo de Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Laboral de la Segunda Nominación de Rosario.....	84

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía General.....	86
Bibliografía Especial.....	87