



“Fallo Varela: Una severa afectación a la libertad de contratación”

Carrera: Abogacía

Alumno: Rocio B. Moreno

Legajo: VABG61628

DNI: 34.306.090

Tutor: Carlos Isidro Bustos

Opción de trabajo: Comentario a fallo

Tema elegido: Derecho Laboral

Sumario

I. Introducción. II. Cuestiones procesales. Premisa fáctica. Historia procesal. Decisión del tribunal. Ratio decidendi. III. Antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. IV. Postura del autor. V. Conclusión. VI. Revisión Bibliográfica.

I. Introducción

El tema seleccionado para el presente trabajo es el derecho laboral, siendo tal rama, de fundamental importancia para el sistema jurídico de nuestro país.

El fallo judicial que vamos a analizar es “*Varela, Jose Gilberto c/ Disco S.A. s/amparo sindical*”¹ emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en septiembre del año 2018. El proceso judicial comienza cuando el actor realiza una demanda ante un tribunal de primera instancia de la provincia de Catamarca contra la empresa mencionada alegando un despido discriminatorio relacionado con su actividad sindical y reclamando la nulidad de su despido. Obteniendo la razón en primera instancia y apelada la sentencia, no es confirmada por la Cámara interviniente, por lo que interpone recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de Catamarca, quien lo rechaza y a través de un recurso de hecho, la Corte Suprema de la Nación da respuesta a la controversia.

Reviste gran importancia debido a que es el primer fallo de derecho laboral relacionado al despido discriminatorio emitido por nuestra Corte Suprema con su nueva composición. Así mismo, es una reafirmación de la Corte de las anteriores decisiones jurisprudenciales, manteniéndose ésta en criterios doctrinales similares a los que las anteriores composiciones habían adoptado.

Su análisis es de sumo interés y relevancia ya que permite dilucidar la opinión del Supremo Tribunal en cuestiones tan fundamentales de la doctrina laboral. Un ejemplo de esto es cuando los magistrados reafirman el criterio de presunciones relacionadas al despido discriminatorio, sentando así un importante precedente para los futuros conflictos. Es un fallo que, en el escaso lapso de tiempo desde que fue dictado, ha sido citado reiteradamente por la misma corte y por los tribunales inferiores, infiriendo así la trascendencia de su contenido.

¹ CSJN. “Varela, José Gilverto c/ Disco S.A. s/ amparo sindical”, Fallos 341:1106 (2018)

El fallo en cuestión presenta dos problemas jurídicos fundamentales. El primero refiere a la cuestión del despido sin expresión de causa y la relación del ejercicio de este acto jurídico con el despido por discriminación sindical. El actor alega que su despido se relaciona con su actividad gremial, lo cual la demandada desmiente. Teniendo esto en mira, la corte hace mención de las características y la carga de la prueba que compete a esta categoría de despido.

El segundo problema jurídico de importancia, más referido al fondo de la cuestión, es la libertad de contratación del empleador. Es, a mi entender, puesta en tela de juicio, la libertad que tiene el empleador de contratar y, por lógica, de no contratar pues, teniendo en miras el presente fallo, la nulidad del despido y por lo tanto la readmisión del trabajador despedido son un ataque a los mismos cimientos de esta garantía constitucional, así como la posibilidad práctica de acoger en su establecimiento luego de años de litigio a un trabajador con el se posee una clara enemistad.

II. Cuestiones Procesales

1. Premisa Fáctica

El actor, José G. Varela, buscaba la declaración de nulidad de su despido a través de una demanda contra Disco S.A., por considerarlo una acción arbitraria de parte de dicha empresa, tendiente a impedir los ejercicios de la libertad sindical. A la fecha del despido, el actor afirmó que contaba con más de diez años de antigüedad en sus funciones y que era un empleado destacado por la empleadora; pero que cuando comenzó a reclamar su derecho a la representación legal ante las arbitrariedades en que, según expuso, incurría la compañía, todo eso cambió. Agregó que instó a sus compañeros de trabajo para que se organizaran y se reunieran para elegir delegados obreros; y que, a pesar de no haber obtenido el apoyo del gremio, había logrado obtener el apoyo de la mayoría de sus compañeros para que se exigiera a la patronal la elección de delegados, presentando notas ante el Ministerio de Trabajo de la Nación.

Luego de los hechos mencionados, el día 19 de abril de 2005, el actor fue suspendido de su actividad laboral, con fundamento en supuestas impuntualidades. Dicha sanción, el día 21 del

mismo mes, fue rechazada por el actor en tiempo y forma. El día 25 de abril la empleadora despidió al Sr. Varela argumentando que su conducta era agravante.

El actor sostuvo que el despido era una represalia por la actividad sindical que se encontraba desarrollando, y por ello promovió demanda por despido discriminatorio por razones sindicales, basado en la protección que otorga la ley 23.551.

2. **Historia Procesal:**

El juez de primera instancia hizo lugar a la acción y declaró en rebeldía a la demandada, quien apeló dicha sentencia. La Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial, de Minas y del Trabajo de Segunda Nominación revocó la sentencia, y por ello el actor, mediante recurso de casación, acudió ante la Corte Suprema de Justicia de Catamarca, quien lo rechazó. Contra dicha decisión, el actor interpuso recurso extraordinario cuya denegación dio lugar a la queja que motivó el fallo que aquí comentamos.

3. **Decisión del tribunal**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, dio lugar al recurso, revocó el fallo de la Corte Suprema de Justicia de Catamarca, y estableció a quien le corresponde probar el carácter discriminatorio del despido. El decisorio posee dos partes, una es el voto de la mayoría de los ministros (Maqueda, Highton y Rosenkrantz) y la otra es la disidencia que realiza el juez Rosatti. El doctor Lorenzetti se abstuvo de votar.

4. **Ratio Decidendi**

El Máximo Tribunal, fundado en los precedentes "*Pellicori*"², "*Sisnero*"³ y "*Alvarez*"⁴, alegó que "*quien alega la existencia de un motivo discriminatorio debe mostrar prima facie o verosímilmente que estaba llevando a cabo una actividad protegida por las normas que invoca. No cualquier actividad u opinión en el ámbito laboral es de carácter sindical o gremial*"⁵. Agrega que "*el interesado debe acreditar de modo verosímil que estaba*

² CSJN. "*Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Publico de Abogados de la Capital Federal s/ amparo*", Fallos 334:1387 (2011)

³ CSJN. "*Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo*", Fallos 337:611 (2014)

⁴ CSJN "*Alvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ amparo*", Fallos: 333:2306 (2010)

⁵ Ob. cit en nota 1

ejerciendo una actividad protegida en dicha ley de modo regular.”⁶ Todo esto en el marco normativo de las leyes 23.551⁷ y 23.592.⁸

El Tribunal precisó que aun cuando el trabajador pruebe lo mencionado, *“el empleador puede justificar su proceder acreditando que el despido no fue discriminatorio”*.⁹

Podemos concluir, de acuerdo a los fundamentos del fallo de la Corte, que cuando se trata de un despido fundado en justa causa, el empleador deberá demostrar que dicha causa existe; y que cuando estamos frente a un despido sin expresión de causa, el empleador debe demostrar que no se debe a un motivo discriminatorio tachado de nulo o arbitrario.

Con respecto a la posición del juez Rosatti, quien vota en disidencia, destacamos que entiende que llega firme a la instancia de la corte que el actor realizó actividad sindical, desprendiéndose esto del primer pronunciamiento, y que, en base a la contestación que el actor realiza de la primera sanción que la empresa le aplica, queda demostrada la persecución por causa de su actividad gremial, máxime cuando ante dicha contestación la demandada responde con el despido directo del actor.

Demostrado para el Dr. Rosatti la actividad sindical del actor, resta para el analizar la tutela que dicha actividad posee. Dicha tutela emerge del art. 1 de la ley 23.592 entiendo esta como ley que reglamenta de manera directa el art. 16 de la Constitución Nacional, y que se encarga de encuadrar el despido analizado como acto discriminatorio.

El magistrado entiende que existe una diferencia entre el remedio que la ley antidiscriminación y la ley de contrato de trabajo le dan al acto discriminatorio analizado, el despido, y que nada obsta a que el juzgador, ante el dilema de normas especiales aplicables al caso y el reclamo del damnificado basado en la ley 23.592, respete la opción formulada por este.

A continuación, relaciona las circunstancias fácticas del litigio con la afectación de tres libertades esenciales del estado constitucional vigente en la república: de reunión, de expresión y de asociación, cuya limitación afecta a una cuarta, la libertad sindical. Afirma

⁶ Ob. cit en nota 1

⁷ Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales. Honorable Congreso de la Nación Argentina

⁸ Ley 23.592 de Actos Discriminatorios. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

⁹ Ob. cit en nota 1

entonces que el resultado del acto impugnado afecta la “opinión gremial”, entendiéndose que esta puede asumir muy diferentes maneras o modos, sin que exista un único supuesto legal protegido.

Expone que la ley de antidiscriminación guarda íntima ligación con tratados internacionales de derechos humanos, e incluso con la carta de las naciones unidas. De esto se deducen tres afirmaciones: La importancia del principio pro-persona en la aplicación de dicha ley, el derecho del individuo a no ser molestado a causa de sus opiniones, y por último la referencia de la ley anti discriminación a la protección de las “opiniones”, estableciendo una perfecta armonía constitucional de dicha norma. Afirma entonces que, sin el aseguramiento de las libertades indicadas, es poco menos que imposible que los trabajadores puedan constituir las organizaciones que estimen convenientes.

Por último, determina que no son válidos los fundamentos de la sentencia impugnada respecto de que la protección gremial no alcanza al actor por carecer del carácter de representante sindical, fundamentándose en diversas normas de carácter supranacional, así como en diversas jurisprudencias, que sostiene que la mera realización de una actividad que pueda entenderse como sindical, ya es suficiente para otorgarle la protección relativa a esta.

Decide entonces, que por todo lo expuesto corresponde revocar la sentencia impugnada y que sea dictada una nueva en base a todo lo enunciado en sus alegatos. Vale decir también que en la misma argumentación reafirma la libertad de contratación del empleador, constitucionalmente reconocida, de la cual deriva la posibilidad de despedir, siempre y cuando este acto no obedezca a una típica y probada forma de discriminación.

III. Antecedentes doctrinarios, jurisprudenciales y legislativos

En el precedente que cita la corte suprema de justicia para fallar, “**Pellicori, Liliana Silva c/ Colegio Publico de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo**”¹⁰, la sentencia establece pautas con respecto a la carga de la prueba. Se establece que el interesado debe probar la verosimilitud de la actividad sindical para que un despido discriminatorio esté en los términos de la ley de asociaciones sindicales y el demandado debe probar que el despido no fue por motivos discriminatorios.

¹⁰ Ob. cit en nota 2

En el caso “**Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A.**”¹¹, otro de los antecedentes jurisprudenciales del presente fallo, y que la doctrina entiende ha marcado un punto de inflexión en materia de despido discriminatorio, un grupo de trabajadores que formaron un sindicato y no tenían personería gremial, fue despedido. Finalmente se consideró que el empleador había incurrido en práctica anti sindical y se aplicó la ley 23.592. Se hizo lugar al reclamo de los trabajadores, considerando que el despido sin causa configuraba un acto discriminatorio por sus actividades sindicales y ordeno su reincorporación, además del pago de los salarios no percibidos durante el periodo de cese de sus labores.

Es de remarcar también el fallo “**Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo**”¹², el cual es tomado como antecedente en el fallo que analizamos y al que hemos consultado para realizar esta nota. Aquí la señora Mirtha Graciela Sisnero y la Fundación Entre Mujeres interponen conjuntamente una acción de amparo. La primera alega que se no se le dio la oportunidad de ocupar un puesto de trabajo como chofer en las empresas demandadas, a pesar de cumplir con los requisitos de idoneidad, y que debido a esto vio vulnerado su derecho a la igualdad y a la no discriminación. La fundación mencionada alega la violación de esos mismos derechos ante la falta de contratación de mujeres choferes por parte de las mismas empresas. Se solicita el cese de la discriminación por razones de género y la incorporación como chofer de colectivo de Mirtha Sisnero. También se pide que se establezca un cupo para que cubran exclusivamente las mujeres, reflejando la distribución total de empleados, una equitativa integración, en las empresas que prestan el servicio, de los géneros en la planta de empleados que ejercen la función de choferes. Al llegar a la Corte Suprema este caso, se hizo lugar al amparo y se dejó sin efecto el fallo de la Corte de Salta porque, en materia de carga de la prueba en casos de discriminación, hay criterios establecidos por el Máximo tribunal, los cuales no fueron respetados. En relación a esto la Corte expuso que “*si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia*”. Mencionando la doctrina expuesta en el precedente “*Pellicori*”¹³.

¹¹ Ob. cit en nota 4

¹² Ob. cit en nota 3

¹³ Ob. cit en nota 2

Ha resultado de gran utilidad a la hora de darle un marco doctrinario al tema que nos compete la disertación sobre despido discriminatorio del doctor Juan A. Confalonieri hijo, titulada “**El despido discriminatorio en el pensamiento del profesor Rodríguez Mancini - Una tesis defendida durante 15 años de aportes**” (2019) dictada en homenaje al doctor Jorge Rodríguez Mancini, autoridad de excelencia en el derecho laboral, y en la que hace un repaso sobre todo su pensamiento, analizando sus principales postulaciones sobre despido discriminatorio, distribuidas en sus diversos libros, notas a fallos y artículos doctrinarios. Dicha disertación es sumamente clarificante a la hora de abordar el tema de despido discriminatorio, y nos sirve de guía para orientarnos en la búsqueda de doctrina del profesor Rodríguez Mancini. Así mismo, el doctor Confalonieri (2019) realiza en la última parte de esta ponencia, un análisis de diversos fallos, y entre ellos el del caso que nos ocupa en este estudio “*Varela*”¹⁴

Hemos también recopilado varios artículos del Dr. Rodriguez Mancini en los cuales aborda el tema que nos ocupa. Entre estos, es de remarcar la nota al fallo “*Parra c/ San Timoteo S.A.*”¹⁵ emitido por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, titulada “**La discriminación y el contrato de trabajo**” (2006). En dicho artículo realiza un repaso por su postura firmemente en contra de la aplicación sin más de la ley 23.592 al ámbito del derecho del trabajo y más concretamente a los despidos discriminatorios, sosteniendo que tal norma es de carácter general y no compete a una rama tan específica como la laboral. Asimismo, realiza una fuerte y pormenorizada crítica de cada uno de los argumentos que los jueces utilizan para llegar a la conclusión de que es admisible la nulidad de un despido sin justa causa, alegando que el ordenamiento jurídico laboral no admite, salvo las excepciones sindicales y temporales taxativamente enumeradas, tan grave y severa penalidad y que, si el legislador hubiera deseado tal posibilidad, lo habría plasmado de forma expresa en la letra de la ley. Tal nota es también de sumo interés para nosotros porque aborda el tema del comportamiento “anti sindical” establecido en el artículo 47 de la ley 23.551, afirmando Rodríguez Mancini que dicho artículo en ningún mundo refiere a que el cese del comportamiento dicho comportamiento importe la nulidad de un despido arbitrario. Refiere además su ya conocida postura de que el despido arbitrario es un “acto lícito”, y no un acto ilícito o antijurídico como una parte de la doctrina y la jurisprudencia sostiene.

¹⁴ Ob. cit. en nota 1

¹⁵ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V, “Parra Vera, Maxima c/ San Timoteo S.A.” (2006)

Rodriguez Mancini continua con el desarrollo de su pensamiento respecto del tema que nos compete en “**Mas sobre despido discriminatorio**” (2007) una nota al fallo “*Alvarez c/ Cencosud S.A.*”¹⁶, cuando este caso había obtenido dictamen de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. En ella Rodriguez Mancini reafirma su postura sobre a qué refiere el artículo 47 de la ley 23.551. Así mismo opina una vez más que la aplicación de la ley 23.592 puede darse en el derecho laboral, pero esta debe armonizarse con las disposiciones internas del mismo, ya que aplicándola “en seco” se daría una total desnaturalización del mismo, manifiestas en este caso, con la nulidad de un despido y orden de reinstalación, cosa que él estima como una severa lesión a los derechos del empleador.

Otra nota a fallo del Dr. Rodriguez Mancini que nos interesa sobremanera es la que realiza al mismo caso que estamos tratando, “*Varela c/ Disco*”¹⁷ titulada “**Reinstalación de un trabajador despedido. Un avance y un retroceso**” (2018). Si bien he tratado aquí de no generar una nota a fallo que sea una reproducción de la que expuso el profesor Rodriguez Mancini, los argumentos que en este pequeño artículo plasma son sumamente útiles a nuestra exposición, así como disruptivos con la opinión generalizada de la mayoría de la doctrina. Me refiero puntualmente a su visión del despido como un “derecho del empleador” que representa el ejercicio de una garantía constitucional referida a la libertad de contratar, y por tanto, de no contratar. Considera al despido como un acto lícito que realiza una de las partes de la relación contractual laboral, teniendo como la otra cara de la moneda el acto jurídico lícito de la renuncia del empleado. A contramano de Rodriguez Mancini, es la opinión de la mayoría de la doctrina, que el despido es un acto jurídico ilícito, reputandolo algunos como un acto ilícito eficaz.

Tomamos, por último, como referencia del Dr. Rodriguez Mancini su obra académica “**Ley de Contrato de Trabajo, comentada, anotada y concordada – Tomo 1**” (2013). Una obra extensa y rica en conocimiento jurídico, de suma utilidad tanto para estudiantes como para profesionales del derecho. Si bien toda la extensión de la obra es remarcable, nos enfocamos para el presente trabajo en el comentario al artículo 1, de las páginas 51 a 55, donde realizando un análisis de las fuentes del derecho, plasma un comentario del fallo “*Alvarez*”¹⁸,

¹⁶ Ob. cit.en nota 4

¹⁷ Ob. cit.en nota 1

¹⁸ Ob. cit.en nota 4

y entre otras cosas, señala la forma, incorrecta a su parecer, en que la CSJN aplica la ley anti-discriminación 23.592, del derecho común, al derecho del trabajo. Este caso puntual marca para él un antes y un después en el abordaje jurisprudencial de los despidos discriminatorios.

Referimos también como antecedente doctrinario el trabajo de Nilde de las Mercedes Bravo y María Cristina Alliney “**Aplicación de la ley antidiscriminación en el ámbito laboral**” (2010) donde exponen, entre otras cosas, sobre la aplicación de la ley antidiscriminación N° 23.592 al ámbito del derecho laboral, según la opinión comparada de diversos juristas, como Toselli, Simon y Rodriguez Mancini. Además brindan una serie de fallos con fundamento en dicha ley en los cuales se declara la nulidad del despido y la reincorporación del trabajador a sus tareas laborales y en alguno de ellos también se dispone el pago de indemnizaciones por daño moral.

Con respecto a los antecedentes legislativos a los que recurrimos en esta nota son:

. **Ley N° 23.592 de Actos Discriminatorios.** Sancionada por el Congreso el 3 de Agosto de 1988. Más específicamente nos enfocamos en el artículo 1 que trata de la nulidad de los actos discriminatorios, el cese de su realización y la reparación del daño moral y material ocasionados. Se nombran los motivos por los cuales puede haber actos u omisiones discriminatorias.

. **Ley N° 23.551 de Asociaciones Sindicales.** Sancionada por el Congreso el 23 de Marzo de 1988. Aquí consultamos específicamente el artículo 47 donde se legisla sobre el amparo sindical, así como las protecciones gremiales contra el despido arbitrario que los artículos subsiguientes otorgan taxativamente a ciertos sujetos.

. **Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo.** Sancionada por el Congreso en Mayo de 1976. Es la ley fundamental del derecho del trabajo, la que define que es un contrato de trabajo y así mismo le da un marco normativo, estableciendo derechos y obligaciones recíprocas para las partes.

IV. Postura de la Autora

Es preciso clarificar que la primera inclinación al analizar el presente fallo, y que se ha ido agravando a medida que se ahondaba en su investigación, ha sido de profunda discordancia. El criterio aplicado por la honorable Corte Suprema de la Nación en los fallos “Alvarez”¹⁹ y “Pellicori”²⁰, y que se sostiene en el presente, implica, a mi entender, una severa lesión a derechos y garantías constitucionales del empleador, así como una serie de consecuencias indirectas que, de ser aplicadas a rajatabla, derivarían en una total inaplicabilidad de los criterios allí expresados por ser impracticables, así como una casi total reformulación del marco jurídico y económico del derecho laboral.

Me propongo hacer a continuación una enumeración de los principales puntos relevantes contenidos en el fallo de la corte con los cuales disiento parcial o completamente.

La ley aplicable al conflicto

Es interesante que en el caso bajo análisis, la empresa a quien el actor reclama, en primera instancia, no contesta ni siquiera la demanda. Esto, entiende el juez inicial del conflicto, da por hecho los supuestos expresados por el demandante: que el mismo se encontraba realizando actividades gremiales. Teniendo esto en miras, el actor solicita un amparo sindical, en los términos del artículo 47 de la ley 23.551, sin hacer en ningún momento referencia a una protección de la ley antidiscriminación 23.592. El mismo se considera encuadrado en el artículo 52 in fine de la ley 23.551, el cual reza: *“La violación por parte del empleador de las garantías establecidas (...) dará derecho al afectado a demandar judicialmente, por vía sumarísima, la reinstalación de su puesto, con más los salarios caídos durante la tramitación judicial...”*

Sin embargo, para acceder a la protección judicial que este artículo otorga, se requiere estar encuadrado en alguno de los supuestos que dicho artículo taxativamente enumera, a saber:

-Art.40: Los delegados del personal elegidos por el voto directo

-Art. 48: Los trabajadores que ocupen cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial

¹⁹ Ob. cit.en nota 4

²⁰ Ob. cit.en nota 2

- **Art. 50:** Los que se postulen a cargos de representación sindical de cualquier índole, por el término de 6 meses desde su postulación. Para eso la asociación sindical deberá comunicar al empleador el nombre de los postulantes, pudiendo hacerlo también los candidatos.

Es menester remarcar que dicha enunciación es taxativa, entendiéndose que el legislador vio en estos supuestos las únicas excepciones dentro del ordenamiento jurídico al principio de estabilidad relativa del empleo privado. Es decir, no existe otro supuesto de nulidad del despido y readmisión del trabajador más que los en esta ley enumerados. Aun mas podemos decir, para sostener nuestra postura, que todas estas excepciones al principio de estabilidad relativa son temporales, es decir, todas se le otorgan al trabajador durante un tiempo determinado y estipulado en la ley. Es de ahí que se deduce que el mero activista gremial, como en el caso del señor Varela, no posee la protección sindical que el artículo 52 otorga al no encuadrarse en ninguno de los supuestos de hecho anteriores. Tal afirmación fue sostenida por la cámara de apelación de Catamarca, entendiéndose que aun estando firmes los supuestos de hecho alegados por el actor, la protección de la ley 23.551 no le era aplicable, estableciendo que un trabajador no puede tener la protección de dicha norma, por el solo hecho de encontrarse afiliado a una entidad sindical. Por tanto, rechaza la protección invocada, la nulidad del despido y la multa por práctica desleal. En forma idéntica falla la corte suprema de justicia de Catamarca.

Teniendo estos dos fallos precedentes en cuenta, es de criticar que la misma corte, no obstante todo lo expresado, comienza a valorar la prueba ofrecida en el expediente, y a partir de allí da indicios de que el señor Varela si se encontraría protegido por la ley 23.551, expresando en el considerando número 10 que: *“Esto último era relevante porque torna creíble que el actor estaba ejerciendo derechos sindicales protegidos por la ley 23.551 de manera regular”*.

Lo que aún más sorprendente nos resulta es que, siendo que el actor solicitó el encuadre legal de la ley 23.551, se amplía el mismo haciéndolo abarcativo también de la ley general antidiscriminación N° 23.592, cuando en el considerando 9 reza: *“Este estándar probatorio fijado por el tribunal es aplicable en la presente causa, en la que se discute si ha existido un despido (...) fundado en una opinión gremial en los términos de la ley 23.592”*

La corte aplica el principio *iura novit curia*, excediendo así lo expresado por las partes, y si bien lo hace bajo el objetivo de obtener una reparación intensa a un daño injusto como es

representado por la violación del deber de no discriminar, cae en el criterio no aceptable, como señala Rodríguez Mancini (2013), de desviarse de la regla de aplicación subsidiaria del derecho común como fuente del derecho laboral, que durante años ha predominado en la doctrina y la jurisprudencia. No es, según Rodríguez Mancini, que una ley del derecho común, aunque tan trascendente y que afecta derechos tan fundamentales, como la 23.592 deba ser dejada completamente de lado, sino que sus disposiciones deben ser compatibilizadas con las del conjunto del ordenamiento jurídico laboral sobre el que se intenta proyectar (2013). Si se optara por la nulificación del despido fundado en la discriminación gremial, este principio sería completamente inaplicable de manera frontal, ya que dicho supuesto no está contemplado en la ley de contrato de trabajo, que adopta otra solución, la técnica de la estabilidad relativa o impropia, que supone la eficacia del despido para disolver la relación. (Rodríguez Mancini, 2006)

Es entonces la nulidad del despido, el punto nuclear de la imposibilidad de aplicar lisa y llanamente la ley anti-discriminación al derecho laboral, transcribimos a este respecto un fragmento que nos parece sumamente apropiado: *“La disposición del derecho común según lo establece de manera uniforme la doctrina y la jurisprudencia, sólo se aplica al derecho especial —del trabajo— cuando en este último no existe norma especial para regir el punto y cuando además tal aplicación supletoria no contradice principios del derecho especial. En el caso de la nulidad del acto discriminatorio a que se refiere el art. 1 de la ley 23.592, no está contemplada en la LCT la que por el contrario contiene norma especial para el despido sin causa justificada que incluye cualquier violación de deberes del empleador (art. 242).”* (Rodríguez Mancini, 2006) Amén de esto, consideramos que aun la sola mención en el fallo de la ley 23.592 podría obviarse completamente, ya que el mismo derecho laboral contiene disposiciones tendientes a eliminar la discriminación, como el artículo 17 que creemos conveniente transcribir: *“Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.”*

La libertad de contratación

La doctrina que ha venido manteniendo la Corte Suprema en el caso que nos compete, y en sus antecedentes jurisprudenciales más relevantes, encierra para quien suscribe una severa afectación de un bien jurídico protegido de profunda raigambre constitucional: **La libertad de contratación**. Es menester que pongamos en mira la verdadera naturaleza de la relación laboral, una relación contractual individual. Asumir esto nos permite inferir que la aplicación de una ley general, como la ley antidiscriminación N° 23.592, se encuentra, cuanto menos, descontextualizada para la relación jurídica a la que se le encuadra. Basta ver lo que reza el artículo 1 de dicha ley: *“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.”*

Es de remarcar que la expresión reza *“derechos y garantías fundamentales”*, y a mí saber y entender, la violación de los deberes de trato igual y no discriminación no es otra cosa que un grave incumplimiento de deberes contractuales. De ahí concluimos que en la extinción de relaciones laborales no podría existir, *prima facie*, violación de derechos y garantías fundamentales consagrados en la constitución.

Es por esto que quien suscribe sostiene que en la práctica es una inaplicabilidad total la ley 23.592. Hacer esto llevaría aparejado que la nulidad del despido y la reinstalación del trabajador por un supuesto de discriminación afecte seriamente el principio de estabilidad relativa establecido en la ley de contrato de trabajo, como en el punto anterior hemos explicado. Transcribimos este texto de la disertación del doctor Confalonieri (2019), exponiendo las ideas de Rodríguez Mancini: *“..porque si el empleador acepta la reinstalación, pero con posterioridad se produjera nuevamente otro despido injustificado, la cuestión volvería a plantearse, pues el empleado siempre podría invocar su protección contra actos discriminatorios dado que siempre estaría en condiciones de alegar la causa (...) que originó su primer despido: de tal manera, no aparezca una causa justificada de despido por un comportamiento del trabajador, éste habría adquirido una estabilidad tal que impediría su despido hasta el momento de jubilarse...”*

Caeríamos entonces en el absurdo de que jamás podría despedirse sin causa al trabajador reinstalado, afectado seriamente la libertad de contratación, la cual lleva implícita la posibilidad de rescindir contratos, así como también la libertad de empresa, a los derechos de propiedad y a ejercer toda industria lícita, y la igualdad ante la ley. Este tema es oportunamente abordado en el considerando octavo y noveno del voto en disidencia del fallo “Alvarez”²¹, donde expresan que: *“Sin embargo, esta reglamentación no alcanza, salvo en casos excepcionales, a la facultad de contratar o de no hacerlo y, en su caso, de elegir con quien. Al respecto, la garantía constitucional a la libertad de contratar incluye su aspecto negativo, es decir, la libertad de no contratar que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 de la Constitución Nacional) y un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 de la Constitución Nacional). 9°) Que en esta línea, este Tribunal ha señalado que no se puede obligar a un empleador —contra su voluntad— a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia.”*

La juridicidad del despido

Entendemos entonces que la posibilidad de no contratar, es decir, de despedir, es un aspecto fundamental de la libertad de contratar sin la cual esta no podría existir. Es en base a esto que sostenemos que el despido es un acto jurídico lícito, pues ¿Qué otra categoría se le podría dar al acto jurídico que representa el ejercicio, negativo pero ejercicio al fin, de una garantía constitucionalmente reconocida?

Es de ahí que se deriva nuestra opinión: que el despido sin causa está contemplado por el ordenamiento jurídico, y quien suscribe lo considera un acto jurídico lícito que responde al ejercicio de un derecho del empleador que la LCT reglamenta expresamente, siempre y cuando se respete la indemnización prevista en el artículo 245. Esto se armoniza con el derecho a ejercer toda industria lícita, con los derechos de propiedad y con la libertad de contratación del empleador.

²¹ Ob. cit. en nota 4

La visión del despido como un derecho del empleador ha sido resistida severamente por la doctrina, que en su mayoría considera al despido como un acto jurídico ilícito eficaz. Creemos que esta opinión está inspirada por una visión colectivista del derecho, que entiende que este debe realizar reivindicaciones en pos de la justicia social, aun a costa de menoscabar severamente los derechos del otro sujeto de la relación: el empleador. Sin embargo, son numerosos los países donde esta visión resulta extraña, ya que en tales ordenamientos jurídicos el despido puede realizarse sin preaviso, sin pago de indemnización y de forma instantánea, operando para el empleador como un verdadero derecho contractual, en igual forma que como opera la renuncia para el trabajador.

En nuestro país la relación jurídica laboral viene dada por un contrato privado entre partes, siendo la generalidad de estos contratos por tiempo indeterminado, donde su tiempo de duración, si bien no está establecido, no es eterno. Deducimos entonces que el contrato de trabajo está destinado a agotarse en el tiempo, ya que no puede durar indefinidamente, y por consecuencia puede ser extinto por cualquiera de los modos previstos y por cualquiera de las partes, de modo bilateral o unilateral, con invocación de causa o sin ella. Lo que sucede es que en el caso de la rescisión por parte del empleador, este derecho se encuentra regulado, ya que la ley procura la subsistencia de la relación en beneficio del trabajador, imponiéndole una serie de cargas, siendo la más notable de estas el pago de la indemnización, pero también se añaden el preaviso, el pago de las vacaciones no gozadas y del proporcional de aguinaldo.

Transcribimos aquí un texto de Rodríguez Mancini (2018) que clarifica perfectamente esta posición: *“Despedir sin justa causa no está prohibido; es un derecho del empleador que viene acompañado de una obligación indemnizatoria, porque el trabajador pierde un empleo, es decir, sufre un daño. Pero lo mismo sucede con cualquier contrato dentro de cuyas posibilidades está la del incumplimiento y el resarcimiento, sin que ello signifique que no pagar el precio de una compraventa, o el alquiler de una locación, configuren actos ilícitos en el sentido que esta expresión tiene en el terreno de las obligaciones”*

Más lejos podemos llegar, entendiendo que aun el despido discriminatorio es un derecho, entendido este como una especie dentro del género despido, citando como ejemplo el caso del artículo 178, donde la LCT presume, pudiendo admitir prueba en contrario, que al despedir una mujer embarazada se está incurriendo en discriminación, y establece la indemnización agravada del artículo 182. Es decir, es lícito que el empleador despida a una mujer embarazada siempre y cuando abone la indemnización correspondiente, pudiendo suponer

que aún podría expresar esta causa en el telegrama de despido emitido a la trabajadora. No existe por tanto vacío legal en la ley, ya que esta previó una solución al caso de que un despido se motive en la discriminación, y en caso que llegara a darse uno, como por ejemplo que se despida a un trabajador y se expresare en el telegrama que se lo hizo por su color de piel, el juez de la causa podría recurrir a la misma ley de como fuente del derecho y por analogía, aplicar el criterio del artículo 178 o el 181 (despido por matrimonio), y sancionar al empleador con la indemnización agravada del artículo 182.

Si el criterio de la corte aplicado en los precedentes anteriores y en el fallo que analizamos, se extrapolara a este caso, el empleador se vería impedido de realizar el despido de la trabajadora embarazada sin mediar justa causa, y si lo hiciera sería entonces nulo su despido, y adquiriría esta por tanto, la estabilidad propia, característica del régimen de empleo estatal.

De la falla de las instituciones

Es importante remarcar que la autora se encuentra completamente a favor de la protección gremial que el artículo 52 le otorga a determinados sujetos gremiales, pero entendemos que en el caso que nos atañe el señor Varela **no se encontraba comprendido en estos**. Más bien consideramos que el verdadero núcleo del conflicto se encontró en una profunda falla de las instituciones que en él se desarrollaron. Se sostiene en el considerando 10 que el señor Varela había pedido apoyo al gremio para realizar una elección de delegados, siendo que la empresa no contaba con ninguno aun estando establecido por ley que debe existir 1 cada 10 trabajadores, habiendo 160 empleados contratados en dicha dependencia. Relata el mismo que no había obtenido el apoyo del gremio y por tanto presentó notas ante el ministerio de trabajo de la nación, ante la Dirección de Inspección Laboral y ante el mismo gremio para exigir la elección de delegados.

Es interesante remarcar lo que reza el artículo 50 de la ley 23.551, que basta que la candidatura del representante gremial se encuentre oficializada y notificado esta al empleador, para que el trabajador pueda gozar durante 6 meses de la protección ante despido, suspensión o cambio de las condiciones laborales, así como la garantía de reinstalación del artículo 52.

Por esto cabe preguntarse ¿Dónde estaba entonces el gremio a la hora de comunicar la candidatura del señor Varela? Bastaba con la simple oficialización para protegerlo. ¿Por qué no intimó este al gremio para que así lo hiciera?

De haber funcionado correctamente y bajo todo el marco de la ley la institución gremial, no habría existido el conflicto.

Más llamativo aún resulta que el mismo artículo 50 *in fine* deja abierta la posibilidad a que la comunicación de la postulación la pueda realizar el mismo candidato, al decir “*La asociación sindical deberá comunicar al empleador el nombre de los postulantes; lo propio podrán hacer los candidatos.*” ¿Por qué entonces el señor Varela no comunicó el mismo a la empresa su postulación? Si el mismo contó con asesoramiento del ministerio de trabajo ¿Por que esta institución no lo instruyó a que realizar dicha comunicación por sí mismo?

Entiendo entonces, que no es remedio apropiado para el presente caso una resolución judicial, como la de la CSJN, que se aparte de las buenas prácticas jurídicas para llegar a una resolución aparentemente justa. Tal solución importaría reconocer el sistema de la estabilidad propia, que en el derecho privado solo es otorgado en 3 excepciones gremiales, a cualquier trabajador que realice una actividad de defensa de sus compañeros, sin requerirle ningún requisito formal. Cualquier trabajador con un mal desempeño podría entonces, utilizando la astucia, comenzar a realizar actos sindicales de hecho para empezar a gozar de dicha protección.

Es mi opinion que esto no apropiado, sino que debe buscarse la solución en el ámbito extrajudicial de las instituciones las cuales, de haber funcionado adecuadamente, podrían haber evitado el conflicto o permitido que la justicia aplique una sentencia que se amolde perfectamente a los preceptos legales del artículo 52 de la ley 23.551.

Las consecuencias inmediatas y mediatas

Sostengo que la doctrina del fallo que estamos analizando, lejos de beneficiar al trabajador, lo perjudica tanto a él cómo al empleador. Por ejemplo, supongamos que un pequeño empresario contrata a una trabajador de piel oscura para trabajar en su establecimiento y, pasado el tiempo, cae en la cuenta que este realiza las tareas de una forma que, por distintos motivos, no le resulta útil o satisfactoria. No existe por parte del empleado una falta grave

que amerite el despido con causa, pero no se encuentra a gusto con el trabajador que ha contratado, por lo tanto decide despedirlo sin causa. Esté, amparado en la ley 23.592, demanda argumentando que fue despedido por su color de piel. Si los tribunales inferiores aplicaran o no la doctrina de Alvarez, Varela y Pellicori poco importaría, porque el demandante apelaría y, al llegar a la Corte, el precedente cobraría plena vigencia. Configurada la verosimilitud del despido discriminatorio por razones de raza, ya que el trabajador posee tez oscura ¿Cómo podría el empleador probar que lo despidió por pequeños incumplimientos y no por su color de piel? Le resultaría sumamente difícil, sino imposible, demostrar tan sutiles faltas. La corte fallaría entonces en su contra, obligando a reinstalar al trabajador, produciéndole un enorme perjuicio económico a un pequeño empleador, además de las tortuosas consecuencias psicológicas y anímicas que conlleva tener que trabajar codo a codo con un empleado que lo ha acusado de racista, que no desempeña sus labores como él pretende y que, por sobre todo, no podría despedir, porque este siempre podría alegar que fue un despido discriminatorio por el color de su piel.

Ahora, miremos las consecuencias aún más mediatas de esta doctrina. Luego de años de que esta doctrina sea aplicada por los jueces y generalizada, nos encontramos en la situación de que todo grupo social que haya sido históricamente más o menos discriminado, sería muy difícil de despedir luego de ser contratado. ¿Qué empleador optaría entonces por tomar para su plantel a trabajadores negros, judíos, transexuales o con simpatías sindicales? Se terminaría dando la ironía de que se generaría una notable tasa de desempleo en todos los grupos plausibles de discriminación que justamente la ley pretendía proteger.

Creo por tanto, que este fallo perjudica en forma inmediata a los empleadores que, si esta doctrina se consolida en los tribunales inferiores, comenzarán a sufrir cada vez más demandas por discriminación. Empleadores que en nuestro país son vapuleados y sobrecargados por la legislación de forma constante, mediante tasas, impuestos, cargas laborales y siempre plausibles de juicios laborales, los cuales representan una verdadera industria. Y perjudica también en forma mediata a los trabajadores plausibles de discriminación los que, con el correr de los años, ya no serán contratados por ningún empleador por temor a nunca poder despedirlos.

V. Conclusión

Concluyo entonces que este fallo representa una severa y profunda transformación de las relaciones laborales. La reivindicación de la doctrina de “*Alvarez*”²² y “*Pellicori*”²³ por parte de la corte en su nueva composición deja sentado un precedente que, si bien no es obligatorio para los tribunales inferiores, en pos de la obligatoriedad moral e institucional que estos tienen para con la Suprema Corte, comenzará a ser aplicado y reproducido, funcionando en la práctica como una auténtica forma de legislación.

Finalizo por tanto, opinando que el fallo mal aplica la ley anti-discriminación, reconoce protecciones sindicales donde no las hay y no debería haber, y deriva en una serie de consecuencias perjudiciales inmediatas y mediatas difíciles de estimar, que solo el tiempo y la futura jurisprudencia podrá develar en toda su magnitud.

²² Ob. cit. en nota 4

²³ Ob. cit. en nota 2

Listado de Revisión Bibliográfica

Bibliografía:

- Bravo, N.M. y Alliney, M.C. (2010). “Aplicación de la Ley Antidiscriminación en el ámbito Laboral”, Recuperado de: <http://www.Eco.unrc.edu.ar/wpcontent/uploads/2010/06/Bravo-Alliney.2010.pdf>. Link de respaldo: <https://drive.google.com/file/d/1FUJe2dANQC0qGCUK7geLf6ojahQlYp2G/>
- Confalonieri, Juan A. (abril 2019). “*El despido discriminatorio en el pensamiento del profesor Rodriguez Mancini. Una tesis defendida durante 15 años de aportes*”, presentado en “Reunión Académica en Homenaje al Dr. Jorge Rodriguez Mancini”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina
- Rodriguez Mancini, Jorge. (2006). “La discriminación y el contrato de trabajo”, La Ley, 2006-E, 134.
- Rodriguez Mancini, Jorge. (2007). “Más sobre despido discriminatorio”, La Ley, 2007-E, 37.
- Rodriguez Mancini, Jorge (2013). “Ley de contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada”, Tomo I - 2a ed.- La Ley, paginas 51-55.
- Rodriguez Mancini, Jorge. (2018). “Reinstalación del trabajador despedido. Un avance y un retroceso”, La Ley, 2018-E, 328.

Jurisprudencia:

- CSJN “Alvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ amparo”, Fallos: 333:2306 (2010)
- CSJN. “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”, Fallos 334:1387 (2011)
- CSJN. “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”, Fallos 337:611 (2014)

- CSJN. “Varela, José Gilverto c/ Disco S.A. s/ amparo sindical”, Fallos 341:1106 (2018)

Legislación:

- Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo y sus modificatorias. Honorable Congreso de la Nación.-
- Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales. Honorable Congreso de la Nación.-
- Ley 23.592 de Actos Discriminatorios. Honorable Congreso de la Nación Argentina.-