

OTRO INTERESANTE FALLO SOBRE NULIDAD DE DESPIDO DISCRIMINATORIO: OLGUÍN c/ RUTAS DEL SUR

El pronunciamiento de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, con los votos de Guisado, Ferreirós y Zas, en los autos *Olguin c/ Rutas del Sur*¹ actualiza el debate sobre despido discriminatorio que atraviesa actualmente a la doctrina juslaboralista.

Varios temas se han tratado en esas actuaciones y todos ellos han venido siendo objeto de fallos contradictorios en los últimos años: los elementos que hacen a la configuración de despido discriminatorio, la carga de la prueba, la posibilidad –a opción del empleador- de compensar en dinero su negativa a la reinstalación del trabajador discriminado, y la procedencia del reclamo por daño moral.

Como puede apreciarse de la lectura de los tres votos, la importancia de *Olguin* como precedente doctrinario no es menor.

Para ingresar en un análisis detallado del fallo cabe previamente señalar que el actor, Pedro Marcelo Olguin, denunció como discriminatorio su despido y reclamó la reinstalación en su puesto y condiciones de trabajo, el pago de salarios caídos durante todo el período transcurrido hasta la efectivización de su reincorporación en condiciones debidas y la fijación de una indemnización por daño moral.

Olguin no era activista sindical –ni lo planteó en su demanda- y no fue despedido por razón de una medida de fuerza o por un reclamo gremial.

Era un empleado de cabina de peaje en la autopista a Cañuelas que se encontraba afiliado –como el resto de sus compañeros- a la organización sindical Unión de Empleados de la Construcción y Afines de la República Argentina –UECARA- y un día se le hizo saber que debía desafiliarse de la misma y afiliarse al Sindicato Único de Trabajadores de Peajes de Autopistas (SUTPA). A consecuencia de su negativa a pasarse de sindicato fue despedido.

La configuración del despido como acto discriminatorio.

Se trata de un trabajador en cuyo despido se configura una evidente violación al principio de libertad sindical (en este caso a la vez a lo que la doctrina ha diferenciado como libertad positiva y negativa, estar afiliado a un sindicato, no afiliarse a otro²), pero a la vez de un trabajador sin actividad gremial, sin ninguna

¹ CNAT, Sala IV, *Olguin, Pedro Marcelo c/ Rutas del Sur S. A.*, 19 de marzo de 2010. Expte n° 33.007/2007, sentencia n° 94.581.

² Esta clasificación, recogida por amplia doctrina, presenta algunos aspectos discutibles. Habitualmente se presenta a la denominada libertad sindical negativa como una cuestión individual de un trabajador determinado, el que por mera decisión individual se niega a afiliarse a una organización sindical, contraponiéndose esta situación a la del trabajador que asume un compromiso de participación colectiva, afiliándose al sindicato de su actividad, oficio o lugar de trabajo. Esta visión –sostenida por defensores y detractores de esta libertad sindical negativa- reduce la misma a una actitud individualista, a la que algunos entienden legítima y defendible jurídicamente, y otros sostienen que debe ceder ante el interés colectivo (estas doctrinas se expresan en distintos ordenamientos jurídicos, a veces no en forma pura –caso argentino, donde se valida la ficción de representatividad extendida por el sindicato con personería gremial, que obliga en algunas decisiones a afiliados y no afiliados, y la imposición de la cuota sindical-). En realidad la supuesta libertad sindical negativa comprende en muchos casos decisiones no individuales sino colectivas –o individuales pero con intencionalidad o interés en lo colectivo- de no afiliación, resultando en muchos

representación entre sus compañeros, lo que Meik ha referido como *trabajador de a pié*.

Y es este punto uno de los aspectos más ricos del pronunciamiento, en cuanto se diferencia taxativamente de la doctrina de la *actividad sindical relevante*. En esta cuestión no hay diferencia entre los tres votos, el fallo en ese sentido es unánime: es en el primer voto, el de Guisado, donde se hace referencia a que el despido de Olguín obedeció a razones de *opinión gremial*, y que dicha causa está prevista expresamente en el art. 1 de la ley 23.592. Tal conclusión no mereció objeción de los otros magistrados.

Señala Guisado que en la demanda se invoca que la causa del despido fue la negativa del actor a desafiliarse a UECARA y a afiliarse a SUTPA, y el hecho de que dicha causa resulte mediata o inmediata, según que la decisión haya resultado de la propia iniciativa de la empresa o como consecuencia del pedido o exigencia de SUTPA, no la priva de carácter discriminatorio, en la acepción que a este término cabe reconocer en el marco de lo establecido por el artículo 1º de la ley 23592. Agregando que una motivación como la expresada viola sin dudas la garantía de libertad sindical, que – entre otras cosas – comprende el derecho de los trabajadores de afiliarse o no afiliarse a los sindicatos existentes y de permanecer afiliados a las entidades gremiales de su elección durante todo el lapso que libremente decidan. Finaliza esta reflexión señalando que una actitud como la invocada implicaría la segregación del actor en virtud de su “opinión gremial” (ejercida por éste al afiliarse a UECARA y mantenida luego de la aparición de SUTPA), causal de discriminación específicamente contemplada en el artículo 1º de la ley 23592.

En el desarrollo del voto se configura una clara conceptualización del despido discriminatorio por motivos sindicales. Se analiza la causa del despido y, ante la conclusión de que el mismo obedeció a la opinión gremial del trabajador, se lo estigmatiza como discriminatorio e ilícito.

Por el contrario, en el precedente *Salvi c/ Spicer Ejes Pesados*³ de la Sala X, el voto de Stortini construye una conceptualización absolutamente diferente, haciendo hincapié en la necesidad de una determinada importancia de la actividad gremial del trabajador y de un cierto grado de representatividad respecto de sus compañeros para considerar configurado el elemento discriminatorio que permita nulificar el despido en los términos de la ley 23.592.

casos posicionamientos que aparejan en realidad un accionar tan o más positivo que los reconocidos como de libertad sindical positiva. Me explico: una decisión de no afiliarse a un sindicato puede no ser producto de una actitud individualista o cómoda sino –como en muchos casos sucede- del rechazo *activo* hacia una organización cooptada por los intereses patronales o la opción por un sindicato no reconocido u otro tipo de acción o coalición gremial. Estas decisiones positivas quedan subsumidas en el debate doctrinario dentro de la categoría de libertad sindical negativa, al mismo nivel que las actitudes individualistas de no compromiso. Todas estas respuestas de los trabajadores pueden ser por supuesto opinables y discutibles desde lo gremial, según el lugar y momento histórico en que se producen, pero no por eso aparecer integradas confusamente en una clasificación que, por exceso de simplificación, confunde más de lo que aclara.

³ CNAT, Sala X, *Salvi, José Francisco c/ Spicer Ejes Pesados S. A.*, 30 de diciembre de 2008, actualmente a estudio en la Corte de la Nación. La misma Sala se pronunció en igual sentido poco después en el precedente *Olivares c/ Hipódromo de Palermo*. Esta teoría también aparece en forma implícita, aunque más desdibujada en lo conceptual, en algunos fallos de la Sala VII, con votos de Ferreirós y Rodríguez Brunengo.

Stortini avanza aún más en este punto sosteniendo por un lado que solo es anulable el despido discriminatorio cuando el trabajador ha realizado actividad sindical relevante, y por el otro definiendo en forma explícita la misma como aquella en que el activista “..haya específicamente cumplido un quehacer sindical a través de la atención, de modo concreto y particular, de los requerimientos e inquietudes de los trabajadores para a su vez trasladarlos al sindicato respectivo o a la empresa...”, en una definición que coincide en lo esencial con la que hace la ley 23.551 en su art. 40 de la figura del delegado gremial⁴.

Ambas posiciones doctrinarias consideran aplicables las disposiciones de la ley 23.592 a la discriminación en el despido, pero se diferencian en la configuración de los elementos que hacen a la aplicación efectiva de la norma: mientras en el caso *Olguín* se analiza si hubo acto discriminatorio y en base a su caracterización se anula el despido, en el precedente *Salvi* se analiza si la actividad gremial por la que el trabajador fue discriminado tenía entidad suficiente para la procedencia de la aplicación de la norma antidiscriminatoria, en una insólita *discriminación de los discriminados*, ahora por parte de la justicia.

En un caso se constata el acto discriminatorio y se le aplica la norma, en el otro se supedita la aplicación de la ley 23.592 a determinados requisitos que no se desprenden de la ley ni –por supuesto- de la cláusula constitucional que la misma reglamenta⁵.

La interpretación más restringida guarda muy escasa relación con la figura del activista gremial en una realidad de autoritarismo extremo en las relaciones laborales, donde la mayoría de los trabajadores que pretenden ejercer legítimamente su derecho a organizarse colectivamente y accionar gremialmente deben recurrir a estrategias de semiclandestinidad para evitar el despido inmediato.

En ello radica justamente uno de los aspectos más interesantes de la sentencia de la Sala IV. Se castiga el acto discriminatorio sin importar si la opinión gremial de Olguín o su negativa a pasar de sindicato implicaban alguna consecuencia de relevancia.

La cuestión, en el voto de Guisado, es si hay o no discriminación en el acto de despido, y la consecuencia inmediata es que si se configura el mismo como discriminatorio queda comprendido en el ámbito de tutela de la ley 23.592.

Esta posición ya aparece configurada en otro precedente a tener en cuenta, *Mansilla c/ Fate* de la Sala VI, donde en el voto de de Beatriz Fontana, con adhesión de Fernández Madrid, se señala que al margen de la calidad de activista gremial del actor, basta para configurar el carácter discriminatorio y la consecuente nulidad del despido cuando la causa reside en la participación del trabajador en una huelga legal⁶.

⁴ Sobre esta concepción doctrinaria me he extendido en un trabajo anterior: *El concepto de acción sindical relevante como nuevo factor de discriminación*, Bs As, 4de marzo de 2009.

⁵ Resulta difícil imaginar el texto del art. 43 CN o de los pactos y convenios internacionales sobre derechos fundamentales condicionando en esa forma la protección discriminatoria, en una suerte de discriminación entre los discriminados, asegurando la protección a unos y no a otros.

⁶ CNAT, Sala VI, *Mansilla, Mario Guillermo c/ Fate S. A.*, 15/04/2010. Obviamente esta interpretación, que comparto plenamente, no debe llevar en modo alguno a confiarse en una demanda por despido discriminatorio, por haber participado el trabajador en un paro no declarado ilegal, y no intentar acreditar –en los casos en que existió- la actividad sindical del reclamante.

Las implicancias de una y otra posición doctrinaria son evidentes. En una la restricción alcanza tal magnitud que vacía de eficacia la misma norma protectoria, la que deberá aplicarse a un reducido número de casos⁷. En la otra, la tutela antidiscriminatoria se aplica a cualquier trabajador discriminado en los términos de la ley 23.592 y la garantía constitucional.

La inversión de la carga de la prueba.

También el voto de Guisado incurre en lo que denomina *doctrina de las pruebas dinámicas*.

Señala que es indudable que la prueba de un acto discriminatorio supone para quien lo invoca una dificultad especial, ya que normalmente el empleador que ha despedido a un trabajador con sustento real en una causal que – según el ordenamiento jurídico – constituye ilegítima discriminación, omite expresar esa razón en la correspondiente comunicación rescisoria (en general opta por mencionar otra causa o no invocar razón alguna) y, además, toma los recaudos necesarios para que el verdadero motivo del despido permanezca oculto. Es por ello que en estos casos, que pueden calificarse como de “prueba difícil”, resulta aplicable la doctrina de las pruebas dinámicas, que no implica invertir la regla que, en materia de cargas probatorias, establece el artículo 377 del CPCCN, sino sólo reconocer especial relevancia a los indicios y, en especial, a la conducta que – en materia procesal – despliegue la demandada en el proceso (conf. art. 163, quinto párrafo, CPCCN).

Señala finalmente –citando a Guibourg en el fallo *Camusso*- que ningún despido arbitrario debe tenerse por discriminatorio sin una convicción suficientemente profunda, a fin de evitar el riesgo de que los despidos arbitrarios se deslicen poco a poco hacia la protección antidiscriminatoria, acabando por modificar el sistema de estabilidad del derecho del trabajo sin mediar la correspondiente modificación legislativa.

Respecto de este último considerando, cabe reflexionar que –aun desde la óptica de quienes reivindican el sistema de estabilidad impropia- debería resultar más negativo un despido discriminatorio no castigado como tal que uno arbitrario castigado como discriminatorio.

Si bien hay gran coincidencia en varias cuestiones relevantes en el tema probatorio con el voto de Zas en el precedente *Parra Vera*, el enfoque doctrinario presenta alguna diferencia de matices entre ambos desarrollos argumentales, la que podría dar lugar a discrepancias futuras en el análisis de casos puntuales.

En aquel voto de Zas se partió del análisis de la normativa internacional sobre protección de derechos fundamentales, y en especial del pronunciamiento de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT sobre el Convenio 111 de 1958 sobre discriminación en el empleo, para concluir que el trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a

⁷ Como lo ha señalado María Alicia Calvinho, en una suerte de avance del tribunal en funciones legislativas, reglamentando de hecho el art. 1º de la ley 23.592, al exigir que el trabajador objeto de discriminación por opiniones gremiales, que es lo único que requiere la norma, actúe además como delegado gremial, tema que efectivamente implica otro tipo de protección legal (arts. 47 y 52 ley 23.551).

poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél, para lo cual no basta un mero alegato sino la debida acreditación de 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 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.

Señala Zas que se trata de una auténtica carga probatoria de la demandada 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 verosímelmente 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 proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquella ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador.

Con diferencias menores en sus respectivos planteos, esta suerte de inversión relativa de la carga probatoria, aparece reflejada en otros pronunciamientos de la Cámara y parece asentarse cada vez más⁸.

En el caso en análisis, el análisis de la prueba por parte de Guisado le permitió considerar acreditado el carácter discriminatorio del despido, lo que no fue objeto de discrepancia por los otros dos magistrados votantes.

La posibilidad de compensar con indemnización agravada el despido discriminatorio.

Es en este punto donde se produce la principal diferencia entre los magistrados, que obligó al tercer voto. Y es éste probablemente uno de los temas centrales del actual debate doctrinario alrededor de la aplicación de la ley 23.592 a los casos de despido discriminatorio.

Señala Guisado que la ley 23.592 ha sido concebida en términos generales para consagrar el derecho de las personas a no ser discriminadas por ciertos motivos, y es terminante en cuanto a la sanción que dispone para los actos discriminatorios: dejarlos sin efecto o cesar en su realización, así como reparar el daño (moral y material) ocasionado por ellos.

A continuación agrega que no se trata de una ley de trabajo, por lo que no está específicamente referida a las relaciones de esa índole, pero que es indudable

⁸ Entre otros, CNAT, Sala VIII, *Verón, Julio Héctor c/ Spicer Ejes Pesados S.A.*, noviembre de 2009, voto de Catardo; Sala X, *D'Oliveira, Amancay c/ Actionline S.A.*, 5/02/2008. Cabe señalar que no siempre los pronunciamientos terminan siendo coherentes con esta doctrina, aun de jueces que la sostienen, por otro lado su aplicación no significa que se pueda denunciar un despido discriminatorio y no ser muy cuidadoso con la prueba a producir, pensando que basta con esta inversión de la carga probatoria para el éxito del planteo, olvidando que la misma necesita del cumplimiento previo de ciertos requisitos.

que los actos discriminatorios ocurridos en el ámbito laboral no están exceptuados de su marco de aplicación, destacando que la norma incluye entre los móviles la opinión gremial del sujeto afectado.

Pero finaliza su reflexión recogiendo la posición desarrollada por Guibourg en su voto en minoría en el fallo *Camusso*⁹, afirmando la existencia de una contradicción entre la solución que da la ley y el marco general de estabilidad impropia en que se sustenta nuestro ordenamiento jurídico laboral respecto de la actividad privada.

En base a la garantía constitucional a la libertad de contratar fijada en el art. 14 CN y a la diferenciación presente en el 14 bis CN respecto de la estabilidad en el empleo público y la protección contra el despido arbitrario en el privado, Guisado analiza la fundamentación elaborada por la Corte en el fallo *Madorrán* y en el precedente *De Luca*, para concluir que hay una real incompatibilidad entre la aplicación plena de las disposiciones de la ley 23.592 al despido discriminatorio y la libertad de contratar del empleador y el régimen de estabilidad impropia establecido en nuestra ley laboral.

En base a ello concluye en que si bien corresponde la nulidad del despido de Olgún y la condena a la empleadora a reinstalarlo en su puesto de trabajo, para el supuesto de que la misma mantenga su negativa sólo cabe una indemnización agravada, la que fija en el equivalente a un año de salarios.

El segundo voto, de Ferreirós, discrepa con esta conclusión y afirma que la demandada debe reinstalar al actor. El texto de la disidencia es preciso pero breve.

Es el tercer voto, el de Zas, el que asume a fondo el debate doctrinario y desarrolla en una excelente fundamentación en derecho la posición que termina constituyendo mayoría, obligando a la empleadora a reincorporar al actor sin posibilidad de compensación económica opcional¹⁰.

Partiendo del análisis del español Baylos Grau, destaca Zas como se ha ubicado la discusión alrededor del despido en la lógica de la producción y la competitividad interempresarial, subvalorándose la posición subjetiva del trabajador y su derecho fundamental a un puesto de trabajo.

En ese contexto conceptual, señala que se suele aludir al derecho del empleador de despedir incluso sin expresión de causa con la única consecuencia jurídica de abonar una indemnización, cuando en realidad nuestro ordenamiento jurídico considera al despido sin causa como un acto ilícito (no como un derecho) sancionable a través de una tarifa. En este punto recoge el aporte invaluable de Meik¹¹ sobre la ilicitud del despido injustificado y el considerando 10 del fallo *Vizzoti*

⁹ CNAT, Sala III, *Camusso, Marcelo Alberto c/ Banco de la Nación Argentina s/ Juicio Sumarísimo*, 29/7/2009 (S. 91189 Causa 28.108/ 2007). En este precedente el voto de Maza —en mayoría— fundamenta con suma claridad la inexistencia de incompatibilidad entre la aplicación de ley 23.592 al ámbito laboral y la garantía constitucional a la libertad de contratar y el sistema de estabilidad impropia de nuestra LCT.

¹⁰ Elaboración doctrinaria que ya venía desarrollando en conocidos precedentes como *Parra Vera c/ San Timoteo*, *Arecco c/ Praxair*, *Quispe Quispe c/Compañía Argentina de Indumentaria*, y otros más recientes.

¹¹ En numerosos trabajos y exposiciones Moisés Meik ha sido probablemente quien con mayor claridad y pasión ha desarrollado la cuestión de la ilicitud del despido sin causa y la confusión doctrinaria de quienes sostienen el “derecho al despido incausado”.

de la CSJN¹², concluyendo que el despido *ad nutum* es un acto ilícito violatorio de los derechos de jerarquía constitucional a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo, y de la estabilidad en el empleo.

Se remite también Zas a Justo López cuando referencia la constitucionalización de derechos sociales y su implicancia directa en peculiares restricciones a los derechos de ejercer toda industria lícita, comercial, contratar y descontratar, sin las que sería impensable el moderno derecho del trabajo. Todo lo cual se potencia con la reforma constitucional de 1994¹³.

De estas y otras consideraciones, extrae las siguientes conclusiones: 1) el despido *ad nutum*, incausado, inmotivado, injustificado o arbitrario es un acto ilícito, que viola los derechos de jerarquía constitucional a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo y la estabilidad en el empleo; 2) es constitucional la consagración de un sistema de estabilidad que frente al acto ilícito descrito, otorgue al trabajador el derecho a reclamar la nulidad del despido y la readmisión en el empleo; 3) el contenido esencial de los derechos constitucionales de trabajar y ejercer toda industria lícita, de comerciar, de usar y disponer de la propiedad y de contratación, conferidos al empleador, no comprende la potestad de despedir a los trabajadores *ad nutum*, en forma incausada, injustificada, inmotivada o arbitraria.

Aclarado que el despido incausado no es un derecho garantizado constitucionalmente, pasa a desarrollar todo un esquema de pensamiento alrededor del derecho del trabajo como derecho fundamental y la obligación de los Estados de adoptar medidas adecuadas para velar por su plena realización.

Todo ello lo lleva a concluir que el sistema indemnizatorio de la LCT no es el único posible de protección contra el despido arbitrario.

De esta manera responde lúcidamente a la construcción doctrinaria desarrollada en el voto de Guisado.

Recién ahí ingresa Zas en la otra cuestión esencial: la del quebrantamiento del principio fundamental de no discriminación.

Es que de esa manera queda en claro que no se enfrentan dos principios o derechos constitucionales opuestos, sino que en realidad solo están en juego los que hacen al derecho al trabajo, a la estabilidad en el empleo y a la no discriminación.

Todo el desarrollo posterior sobre el principio de no discriminación como derecho fundamental, con abundante y sólida fundamentación doctrinaria y jurisprudencial, lo llevan a la conclusión de que “la operatividad y autoaplicación de las normas internacionales de derechos humanos habilitan al trabajador discriminado a demandar la nulidad del despido discriminatorio y a la reparación de los daños y perjuicios sufridos, aun cuando no existan normas legales nacionales que regulen específicamente esta situación...”¹⁴.

¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación. 14/9/2004, fallo *Vizzoti c/ AMSA*.

¹³ A través del nuevo bloque de constitucionalidad federal, se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico con categoría constitucional el Protocolo de San Salvador y sus disposiciones sobre derecho al trabajo y protección a la estabilidad en el empleo.

¹⁴ Cita de la Declaración de la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo “*Frente a los despidos de trabajadores en la crisis global*”, de abril de 2009.

Esta rica discusión doctrinaria, expuesta en los votos de Guisado y Zas, se viene reiterando de una u otra forma en distintos pronunciamientos de la Cámara de Apelaciones.

En la posición doctrinaria que se expresa en el voto de Guisado, cabe citar el voto en minoría de Guibourg en el ya referido fallo *Camusso c/Banco Nación*, el voto de Corach con adhesión de Stortini en *Cejas c/ Fate*¹⁵, los votos de Stortini y Corach en *Muñoz Carballo c/ Casino*¹⁶, y el voto de Vilela en *Risso c/Fate*¹⁷.

En la otra posición, expresada en los votos de Ferreirós y Zas, se pueden citar los votos en mayoría de Porta y Maza en *Camusso*, el voto de González en *Risso c/ Fate*, el de Fera con adhesión de Balestrini en *Espinosa c/ Fate*¹⁸, el de Fontana con adhesión de Fernández Madrid en *Mansilla c/ Fate*¹⁹.

Como puede apreciarse, la doctrina está dividida alrededor de una cuestión esencial.

Si bien el argumento esgrimido en la posición de aplicación limitada de la normativa antidiscriminatoria es el de la libertad de contratar, pareciera que apunta en realidad a privilegiar el principio de autoridad del empresario por sobre la protección del trabajador discriminado, lo que condice con una concepción autoritaria de las relaciones internas de la empresa sostenida históricamente por un sector de la doctrina.

En definitiva lo que está en discusión es dónde ubicará la jurisprudencia el punto de equilibrio entre el principio de economía de mercado inherente al modelo social dominante y los derechos humanos fundamentales (básicos) propios de lo que suele denominar como Estado Social de Derecho.

La línea que la Corte de la Nación desarrolló en su actual integración en fallos como *Vizzoti* y *Madorrán*, entre varios otros²⁰, configuró un aporte de oxígeno a la doctrina que viene reclamando la actualización del derecho del trabajo confirme la evolución de los principios y normas internacionales que sustentan una nueva visión de la sociedad y del hombre, aun en un modelo de acumulación capitalista²¹.

Claro que la solución dada en los más recientes pronunciamientos *Sánchez y Ramos* no deja de constituir una señal de alarma en cuanto a los posibles límites de este proceso de renovación del derecho del trabajo²².

¹⁵ CNAT, Sala X, *Cejas Adrián E. c/ Fate S. A.*, 22/03/2010.

¹⁶ CNAT, Sala X, *Muñoz Carballo, Alejandra Noelia c/ Casino de Buenos Aires-CIESA-UTE*. 30/4/2010

¹⁷ CNAT, Sala I, *Risso, Carlos Fernando c/ Fate S.A.*, 26/04/2010.

¹⁸ CNAT, Sala IX, *Espinosa, Raúl Marcos c/ Fate S.A.*, 18/03/2010.

¹⁹ CNAT, Sala VI, *Mansilla, Mario Guillermo c/ Fate S.A.*, ya citado en nota anterior.

²⁰ Aunque no siempre en una misma dirección, pero sí –aun en fallos bastante discutibles- con una permanente clara diferenciación del posicionamiento ideológico de la Corte en su anterior integración.

²¹ Lo que de por sí genera contradicciones insolubles, como puede observarse en el paralelo desarrollo en el derecho europeo de fuertes limitaciones al derecho de huelga con avances notables en normas antidiscriminatorias, que más hacen hincapié en garantizar la no discriminación individual, perdiendo énfasis en el plano de lo colectivo.

²² Cabe destacar que tanto a nivel constitucional –reforma de 1994 e introducción del bloque de constitucionalidad federal- como en el derecho civil, se han generado avances importantes en una concepción social del derecho que no termina de hacer pie en un derecho del trabajo profundamente golpeado en la dictadura del 76 y durante el período de fuerte ofensiva del capital de la década del noventa. No es casual que el pronunciamiento *Freddo* se anticipe en varios años a la aplicación de la ley 23.592 a las relaciones laborales en el fuero específico.

Ahora bien, más allá del discurso argumental con que se quiera justificar el otorgamiento al discriminador de la opción de compensar en dinero su acto discriminatorio y así poder validar la eficacia del mismo, lo cierto es que esa posición doctrinaria termina sosteniendo en la praxis concreta la no aplicación de la ley 23.592 a las relaciones laborales.

En ese sentido cabe recordar lo que con lucidez sostuvo Elfman varios años atrás: “si la ley antidiscriminatoria general no fuera aplicable a todos, sería discriminatoria, salvo que la diferenciación fuera legítima y ésta sólo podría ser legitimada si el tratamiento diferencial resultara más protector (igualador) que la ley general..”²³

En el mismo sentido se expresa en el fallo *Olguín* el voto de Ferreirós: “Me niego a que una vez más, como ocurrió con la Ley de Riesgos del Trabajo, se destierre a los trabajadores del derecho común, convirtiéndolos en ciudadanos de segunda”.

Y también el voto de Porta en el fallo *Camusso*: “La tesis contraria lleva a que el empleado padezca una doble discriminación, la que resulta de la actitud discriminatoria y la que implica negarle el acceso a las acciones que confiere la ley 23592 a la generalidad de la población. Negar al trabajador dependiente dicha protección significa correlativamente que los empleadores podrían discriminar arbitrariamente sin estar sometidos a las consecuencias que establece la ley para la sociedad en general.”

En la medida en que la ley 23.592 no contempla la posibilidad de conferir eficacia al acto discriminatorio a opción del discriminador a cambio del pago de una suma de dinero, pareciera que sostener esa posición implica la afirmación de la inaplicabilidad real de la norma a las relaciones laborales, con lo que uno puede preguntarse si no hay una cierta carga de discriminación hacia los trabajadores en esa posición ideológica.

Cabe apuntar también que en varios de los casos citados ni siquiera existió denuncia de inconstitucionalidad de la ley antidiscriminatoria por parte de los demandados, por lo que en definitiva se aplicó de oficio, incluso por parte de jueces que han sido reacios a la posibilidad de decidir una inconstitucionalidad sin planteo de la parte afectada. Ello puede dar idea de los fuertes intereses en debate.

Tampoco resulta claro en la argumentación restrictiva porqué no afectaría la garantía constitucional de contratar la aplicación del art. 52 de la ley 23.551 y sí la norma antidiscriminatoria. Descartado el elemento “*ley específica*”²⁴, en cuanto la misma no justificaría tampoco una inconstitucionalidad, el interrogante resulta difícil de responder: es claro que en esa posición debería decidirse la inconstitucionalidad de la normativa que hace a la tutela sindical.

Resulta difícil, por otra parte, compaginar la aplicación plena de la ley 23.592 ante cualquier hecho discriminatorio al interior de la relación laboral con la aplicación limitada cuando la discriminación adquiere justamente carácter más grave.

²³ Mario Elfman. *La responsabilidad del empleador por el despido discriminatorio*. RDL 2000-1.

²⁴ Que constituyera una anterior justificación para la no aplicación de la ley 23.592 al contrato de trabajo (posición Rodríguez Mancini) pero que terminó cediendo en la jurisprudencia hasta perder totalmente peso frente a la doctrina antidiscriminatoria.

La cita del precedente *De Luca* –que muy poca relación tiene con la actual discusión- parece ser más un intento de buscar de cualquier forma algún apoyo en la doctrina de la Corte que un análisis jurisprudencial sólido²⁵.

En el sólido desarrollo argumental del voto de Zas en el fallo *Olgún* aparecen planteados los ejes reales del debate: ni el despido incausado es un acto lícito, ni el mecanismo de tarifa es la única solución posible en el marco constitucional, ni se puede interpretar el principio constitucional de libertad de contratar por fuera de todo un plexo de derechos y garantías que hacen a la constitucionalización de los derechos sociales, ni se puede omitir el marco normativo fundamental que hace al principio antidiscriminatorio.

La discusión se ha planteado ya en forma abierta, y del desarrollo y conclusión de la misma dependerá la configuración de cuestiones esenciales al derecho del trabajo, en especial en cuanto a la posibilidad de limitar siquiera en lo más básico el fuerte autoritarismo tan arraigado en la cultura empresarial respecto a las relaciones con los trabajadores.

La compensación del daño moral.

Un último tema, quizás menor en relación a los otros pero no por ello carente de importancia, tiene que ver con la solución que el pronunciamiento da a la cuestión del reclamo por salarios caídos y daño moral.

Habitualmente se confunde –tanto en demandas como en sentencias- ambos elementos, los que sin embargo presentan naturaleza jurídica bien diferenciada.

El reclamo por salarios caídos guarda relación con el daño material evidente ocasionado al trabajador discriminado, quien se ve privado de los mismos hasta su efectiva reincorporación²⁶. El mismo guarda relación no solo con normas de derecho civil sino también con el principio de derecho laboral que da sustento al art. 78 LCT.

El reclamo por daño moral tiene en cambio relación con aquel perjuicio que se deriva de las consecuencias evidentes del acto discriminatorio: el trabajador se ve expulsado del colectivo laboral donde trabajó relaciones personales, sufre la marginación y las consecuencias sociales y económicas de la misma, así como la incidencia en su vida familiar y de relación. Si bien en algunos supuestos se puede aportar prueba, cabe señalar que la existencia de daño moral se presume en los casos en que se acredita el acto de discriminación.

En el fallo en análisis no ha habido discrepancia en la solución dada al tema, salvo en lo que hace a la estimación del daño.

²⁵ Ni siquiera estaba en discusión la garantía constitucional antidiscriminatoria, que en aquel momento apenas aparecía esbozada en el principio general del art. 16 CN y actualmente tiene sustento en la cláusula específica del 43 CN. Esta cuestión aparece expuesta en el voto de Porta en *Camusso* y en el de Fera en *Espinosa*.

²⁶ Hasta ahora son escasos los pronunciamientos que declaran procedentes medidas cautelares de reinstalación provisoria en los reclamos por discriminación a trabajadores sin la tutela específica de la ley 23.551.

En la sentencia se concluye en condenar a la demandada a: 1) pago de salarios caídos desde la segregación y hasta la efectiva reincorporación²⁷; 2) resarcimiento de daño moral.

En el voto de Guisado se expresa con claridad la naturaleza de este último: “el acto discriminatorio configura un ilícito contractual (concomitante al despido) que, necesariamente, provoca una lesión de índole espiritual a la otra parte, y cuya reparación no se encuentra contemplada en los límites de la tarifa legal”.

Concluyendo.

La sentencia en análisis presenta un interés específico en el estado actual de la jurisprudencia por la cantidad de temas y por la importancia de los mismos.

Por un lado, el voto unánime de los jueces aclara cuestiones a tener en cuenta: la aplicación de la norma antidiscriminatoria a los casos en que el discriminado es no ya el activista sino el *trabajador de a pie*, el trabajador que no tiene representatividad alguna sino que solo se limitó a ejercer a título personal un derecho fundamental como es el que hace al principio de libertad sindical²⁸; la teoría de la carga dinámica de la prueba; la procedencia del daño moral como elemento diferente al de daño material.

Por el otro, el planteo abierto que profundiza aun más el debate que ya se presentara en el precedente *Camusso*, donde Guibourg y Maza desarrollaran inicialmente ambas posiciones doctrinarias, las mismas que ahora aparecen enfrentadas en *Olguín*.

Resulta evidente que el debate debe profundizarse, pero también que el derecho del trabajo debe sustentarse como derecho social en el marco básico y elemental del respeto a los derechos humanos, espacio donde no deberían tener cabida autoritarismo y discriminación.

Guillermo Pérez Crespo
Bs As, mayo de 2010

²⁷ Guisado agrega en su voto el “*recargo por discriminación*” para el supuesto de que la misma no acepte reincorporar al trabajador.

²⁸ Ello significa la inclusión dentro del paraguas de protección antidiscriminatoria no solo del activista gremial y del trabajador que se niega a desafiliarse o a cambiar de sindicato, sino también al despedido por haber participado en una huelga no declarada ilegal, al que nunca realizó actividad gremial pero fue represaliado por lo que habló en una asamblea, a todo aquel que por el solo hecho de haber ejercido en forma legítima un derecho fundamental haya sufrido como consecuencia el autoritarismo del empleador a través de un accionar discriminatorio.