

El despido incausado como acto discriminatorio

POR GASTÓN LEANDRO MEDINA (*)

Sumario: I. Introito: La dialéctica engañosa del poder. — II. El juez laboral como artífice del cambio. — III. El despido incausado como acto discriminatorio. — IV. El despido de causa discriminatoria como acto doblemente antijurídico. — V. El Protocolo de San Salvador. — VI. La doctrina del despido radicalmente nulo en el Tribunal Constitucional de España. — VII. La recepción jurisprudencial en Argentina. — VIII. El sistema de presunciones como medio de protección efectiva contra el despido discriminatorio — IX. El fallo “Álvarez” de la Corte Nacional. — X. Conclusión. — XI. Bibliografía. — XII. Jurisprudencia consultada.

Resumen:

El presente estudio, tiene por meta, la demostración de que detrás de todo despido arbitrario o falto de causa, yace un acto antijurídico y discriminatorio, con prescindencia de la existencia del móvil discriminatorio, ya expreso, ya oculto detrás del despido sin causa. Como desarrollo argumental, el presente trabajo echa mano al tratamiento que, en el Derecho Comparado español —puntualmente en el ámbito del Tribunal Constitucional de España— ha merecido el llamado despido radicalmente nulo, y su recepción por la jurisprudencia de nuestro país mediante señeros pronunciamientos en los que se declaró la ineficacia extintiva del acto de despido y el restablecimiento *in natura* mediante la reincorporación, y en donde tuvo brillante acogida la teoría de la carga dinámica de la prueba, los supuestos de inversión, y las presunciones *hominis ope indicere*.

Finalmente, se concluye en la necesidad de un auténtico cambio cultural, y no meramente político, que desde una visión humanista y des-mercantilista de la relación de Trabajo, haga efectiva la garantía legal contra el despido arbitrario consagrada por el artículo 14 bis de Nuestra Constitución Nacional y por el bloque constitucional integrado por el Derecho Internacional de los Tratados, como necesidad impostergable.

Palabras clave: Discriminación-despido-arbitrariedad.

THE ACT DISCRIMINATORY DIMISSAL WITHOUT CAUSE

Abstract:

The present study has a target, demonstrating that behind arbitrary dismissal or lacking because, lies a delict and discriminatory, regardless of the existence of discriminatory motive, and express, and hidden behind the dismissal without cause. As plot development, this paper lay hold to treatment, in Comparative Law in the field —Spanish Constitutional Court has received the call España— dismissal radically null, and its reception by the jurisprudence of our country through flagship pronouncements in which extinctive pleaded inefficiency of the act of dismissal and reinstatement *in natura* by reinstatement, where he was bright and welcoming the theory of dynamic load test, investment assumptions, and assumptions *hominis indicere operations*.

(*) Docente de Derecho Romano, Cátedra III. Miembro del Instituto de Derecho Social. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

Finally, we conclude on the need for a cultural change, not merely political, since decommodified humanist vision of the employment relationship, effectively the legal guarantee against arbitrary dismissal enshrined in Article 14 bis of Our Constitution and the constitutional bloc composed of International Law of Treaties, as urgent necessity.

Keywords: Discrimination-dismissal-arbitrariness.

I. Introito: La dialéctica engañosa del poder

El resultado de la tensión histórica existente entre los sectores sociales —sector dominante y sector de resistencia— constituye la síntesis cultural de un pueblo dado, en un lugar y tiempo determinados.

De tanto en tanto, inexorable como el paso del tiempo, el cambio cultural resurge de su aparente letargo, y el Hombre es testigo de un nuevo paradigma. Para que ello sea posible, el péndulo del poder que nunca descansa, debe detener su marcha sobre el sector subordinado que configura la resistencia. Sin embargo, no todo cambio, será el genuino sentir de las fuerzas emergentes. No toda idea de reforma será siempre progreso social, en el sentido de optimización de las condiciones sociales que garantizan la igualdad real de oportunidades entre los individuos o grupos sociales —en ambos bandos— el pleno desarrollo de sus fuerzas materiales y espirituales; la eficaz tutela legal de sus derechos fundamentales (al trabajo, a la salud, a la seguridad, a la educación, al proyecto de vida, a la indemnidad material y espiritual, a la dignidad, etc.); la democratización de la lógica y los institutos jurídicos.

Si la función histórica del Derecho —como sistema de pensamiento— ha sido asegurar el mantenimiento de las instituciones sociales y jurídicas que sustentan a las constituciones políticas, (1) con mayor intensidad hubo de manifestarse dicho devenir en el campo del Derecho del Trabajo, cuyo dato sociológico insoslayable fue, desde sus orígenes, la asimetría de poder social representada por el binomio trabajo asalariado-capital. De modo tal, que median sobrados motivos para desconfiar de los eventuales cambios jurídicos. Por esa razón, el cambio necesario y paradigmático, debe hacer su derrotero desde fuera del sistema jurídico, en un plano cultural trascendental que lo mantenga vinculado a las fibras íntimas del sector social subordinado y en permanente sintonía con la idea de lo sagrado y la dignidad de la persona. Y ello sólo es posible desde fuera de la moral burguesa. Hablamos, como se podrá advertir, de un auténtico cambio revolucionario, que trastoque los elementos en juego, colocando al Hombre —a todos ellos— como señor de todos los mercados. Empero, el sector cultural dominante, también se nutre de la idea de reforma como mecanismo auto-defensivo, que operando desde la superficie de la estructura y afectando únicamente elementos secundarios y accesorios, garantiza el mantenimiento y conservación de los elementos sustanciales de los que penden las relaciones de poder establecidas, generando, aparentialmente, el cambio vital al mantenimiento de su sistema de pensamiento (racionalismo), de valores (moral burguesa), y de mercado (liberalismo).

Así, la regla de Tancredi (2) seguirá —intacta— su devenir, hasta que el permanente y continuo esfuerzo de la comunidad de operadores jurídicos (estudiantes, abogados, docentes, juristas, jueces), mancomunados por la justa causa de cumplir y hacer cumplir las exigencias culturales de su tiempo, y por mismo sentir social, hagamos realidad la mal llamada utopía de la estabilidad real, deteniendo el péndulo sobre ella, finalmente su curso.

II. El juez laboral como artífice del cambio

La observación del devenir histórico del Derecho y su dialéctica de poder, nos muestra claros ejemplos de aparentes (“formales”) cambios culturales, a saber:

(1) Siguiendo a Foucault, para quien la elaboración del pensamiento jurídico se hizo esencialmente en función del poder.

(2) Personaje de la obra ‘El gatopardo’, de Giuseppe Tomasi de Lampedusa, quien sostenía la necesidad de cambiar todo para que nada cambiara.

En la antigua Roma, el paso del régimen Monárquico al Republicano no tuvo por motivación real la democratización del poder político ni la justicia social, sino la hegemonía del patriciado latino mediante la caída de la casa Tarquina.

La esclavitud, no fue legalmente prohibida por razones morales ni religiosas, sino por la necesidad de la celebración de un nuevo pacto social —instado por una nueva conciencia jurídica del sector subordinado— que asegure la continuidad de la explotación ajena.

Por idénticos motivos, el antiguo sistema feudal medieval fue derogado por la revolución burguesa de fines del siglo XVIII, a fin de que las fuerzas económicas de producción quedaran en aparente simetría de poder y, libertado el siervo del yugo del señor, quedara expuesto a la libre explotación de las fuerzas productivas mediante un negocio jurídico que lo obligaba a vender su fuerza de trabajo al precio vil de su necesidad, perdiendo para siempre, su natural propiedad sobre el fruto del sudor de su frente (*labor improbus*).

Como bien lo enseña el maestro Meik:

“La revolución francesa consagró derechos fundamentales del hombre frente al absolutismo monárquico; la libertad, igualdad y fraternidad fue una conquista del pueblo, luego la forma de representación política y la concentración de la riqueza hizo que la mayoría de la población quedara alejada de la lógica con que la democracia representativa garantizaba esos derechos del hombre, que expresados individualmente no tenían el mismo peso en la balanza frente a los que detentaban el dominio de los bienes de la producción” (Meik, Moisés, 1. 2007: 3).

La ausencia de una legislación laboral procesal eficaz y adecuada a la asimetría de poder y sus conflictos, es claro ejemplo de aquel mecanismo autodefensivo del sector dominante. Qué sentido tiene, por caso, enaltecer el principio protectorio si en la realidad concreta del proceso, no es aplicada su virtud igualadora con acabada amplitud y contundencia, mediante la hermenéutica más beneficiosa, la ley y el fuero más favorable, las presunciones *ope legis* y *hominis ope indicere*, el indubio *pro operarii* y la vocación de verdad real que implica el principio de primacía.

Sentado ello, proclamamos la importancia del rol social del juez del trabajo en esta hora de la Historia, pues será su ámbito natural, el proceso, la clave de bóveda que abrirá el camino hacia la reforma de fondo de los institutos sustanciales del Derecho del Trabajo, cual *praetor* republicano, adecuando el vetusto rigor del *ius quirritum* al innovador principio *aequitas*.

III. El despido incausado como acto discriminatorio

La acción y efecto de discriminar, son definidos por la Real Academia Española, como *“separar, distinguir, diferenciar una cosa; dar trato de inferioridad a una persona” (Diccionario de la Lengua Española. 1984:45).*

En sentido jurídico, la discriminación se configura cuando la distinción de trato se da entre sujetos en igualdad de circunstancias, no existiendo causa de justificación, ergo, cuando es arbitraria. Así, la decisión unilateral del empleador de extinguir el contrato de trabajo sin que medie una causa objetiva de despido, resulta ser, en sentido jurídico, un ostensible acto discriminatorio al interior del colectivo de trabajadores. Así, quien segrega a uno o más trabajadores sin razones objetivas, o sin explicar ni manifestar las existentes, ejerce una conducta jurídicamente discriminatoria al brindar un trato desigual —en el caso, negativo— a un sujeto de entre otros en igualdad de condiciones. Toda discriminación implica una desigualdad arbitraria que siempre conlleva daño y antijuridicidad.

La dimensión del daño que apareja el despido arbitrario, es asombrosa. Desde el punto de vista extra-patrimonial, la discriminación ínsita en ese tipo de segregación afecta, directamente, la dignidad del hombre trabajador —inherente a su fuerza creadora— comprometida en el trabajo, e indirectamente, a un cúmulo de derechos humanos fundamentales que haya en aquella su asidero natural; como el derecho a la igualdad de trato; al trabajo; al proyecto de vida; a la indemnidad material y espiritual; a la familia; a la vida tal como es concebida en un mundo en el que el trabajo dependiente es, para el setenta por ciento de la humanidad, la única opción de inserción al sistema. En este sentido

decimos, que todo despido sin causa objetiva que lo justifique, importa una arbitrariedad lesiva de un valor humano sagrado e irrenunciable: la dignidad de la persona. El hecho expuesto, refleja el grado inadecuado de protección que, frente al despido, confiere el art. 245 del RCT (suponiéndolo válido, sí y sólo sí, a efectos del ejercicio), al trabajador subordinado. En el plano descrito, todo despido arbitrario es discriminatorio, y la discriminación se manifiesta, en el contrato, como hecho de violencia de quien detenta el poder contra la parte débil de la relación: el trabajador subordinado. Cabe hablar así, de una discriminación que lesiona directamente la garantía de igualdad (16 CN) y trato laboral no discriminatorio (art. 81 ley 20.744 - RCT y Tratados del Derecho de Gentes, art. 75 inc. 22 CN), mediante el simple acto segregatorio *in nutum*, que podemos llamar “discriminación primaria”.

Recién en segundo plano, y desde el aspecto patrimonial, este tipo de despido daña la expectativa económica del trabajador —frustrada por la ruptura *anti-tempus* del vínculo—, y su derecho adquirido sobre las condiciones laborales con fuente en el negocio jurídico laboral.

No obstante, el ostensible daño de doble dimensión, nuestro sistema *supo* regular permisivamente ese tipo de despido, convalidando lisa y llanamente, un acto antijurídico lesivo de derechos y garantías constitucionales, en franca transgresión, asimismo, de leyes infra-constitucionales prohibitivas de discriminación, como la ley 23.592 (3), o la ley 23.551. Si bien la ley, en el fondo, consideraba antijurídico al despido sin justa causa (4), lo validaba y le confería eficacia resolutoria, recepticia e *ipso iure* —sistema de “*validez e ilicitud*”, al decir de Justo López—, con el fin de resguardar, ya el Orden Público Económico; ya el derecho constitucional de propiedad privada (17 CN); ya la célebre garantía de libertad de industria y comercio (art. 14 CN); otorgando, de este modo, supremacía al interés económico por sobre el principio de justicia social. (5) En este contexto, encontraron asidero varios precedentes judiciales —hasta decisorios del Máximo Tribunal de la Nación—, que declararon la inconstitucionalidad de toda fuente normativa contraria al sistema de estabilidad relativa (6) del sector privado, reglamentado por el art. 245 de ley 20.744 (RCT). (7)

Como dijimos más arriba, la ley “*supo* regular permisivamente” el despido arbitrario mediante la monetización de sus consecuencias, pero ello fue así hasta la reforma constitucional del año 1994, a partir de la cual, el tratamiento del instituto fue profundamente reformulado, en cuanto se hubieron incorporado por vía del art. 75 inc. 22 de la Carta Nacional, sistemáticamente, un complejo de normas y tratados internacionales que exigen la causalidad del despido como medio adecuado y eficaz de protección, con derecho de opción, entre la reincorporación o una indemnización. Hoy, a casi veinte años de la mentada reforma, el cambio experimentado en nuestro Derecho por las fuentes positivas de regulación del contrato de trabajo, ha adquirido singular carácter, debido al bloque complementario de pactos, tratados y declaraciones internacionales sobre derechos humanos que, al ser incorporados con jerarquía

(3) Ley federal promulgada el 23 de agosto de 1988. Dispuso expresamente la nulidad de los actos discriminatorios y la reparación in natura del derecho fundamental conculcado, más una indemnización integral complementaria.

(4) “La indemnización, tasada o no, presupone la antijuridicidad del acto. ‘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...’ (conf. Moisés Meik, 2003).

(5) Esta posición surge de fallos de la CSJN. Entre ellos: “Soengas c. ferrocarriles” (Constitucionalidad de la ley de facto 21.476 sobre la eliminación de reajuste automático de la bonificación por antigüedad prevista en el convenio colectivo); “López c. Explotación Pesquera La Patagonia” (Aplicación de la tasa pasiva a la indemnización derivada de un accidente de trabajo); “Cacace c. Municipalidad” (Procedencia del pago con Bonos de una indemnización por accidente de trabajo mortal). Todos ellos citados en Jurisprudencia consultada.

(6) Lo cual configura un absurdo, ya que se “es estable” o se “es inestable”.

(7) Existen dos fallos de la CSJN que revelan ese criterio restrictivo-economicista, como el vinculado al Estatuto del Trabajador Bancario (ley 12.637) “De Luca c/Banco Francés” y el relativo al Convenio Colectivo de los Mineros, en el fallo “Figueroa, Oscar c. Loma Negra CIASA”. Ambos citados en Jurisprudencia consultada.

constitucional por vía del mentado inc. 22 del art. 75, a la Carta Magna, han ampliado la real dimensión del Orden Público Protectorio Laboral (O.P.P.L.), nutriendo al sistema jurídico local del ritmo universal de los derechos humanos y principios del *ius cogens* o *ius gentium* (derecho común a los pueblos). Como lo ha expresado en reiteradas ocasiones el maestro Meik, en alusión a la influencia ejercida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre el Derecho Interno: “*Decir de ellos, que nada nuevo han contribuido al ordenamiento jurídico nacional, es ignorar la historia de la humanidad y la frondosa labor de juristas prestigiosos del orbe como así también la abundante jurisprudencia que se ha desarrollado en foros internacionales que la enriquece*” (Meik, Moisés. 2. 2007:23).

Pues, en los múltiples tratados, convenciones y recomendaciones, nacidos de los Estados u Organismos supra-estatales y receptados legislativamente por nuestro ordenamiento, es donde yace el ritmo universal de los Derechos Humanos que, en las condiciones de su vigencia, es decir, con el sentido y alcance que los Organismos específicos de control y seguimiento determinen (8), arremete con mayor intensidad y eficacia tuitiva produciendo innovaciones sobre el sistema tradicional de fuentes —jerárquico y piramidal (arts. 31, 33 ss. y cc. de C.N.)— y consagrando un nuevo sistema legal de preeminencia de la fuente —ya interna, ya internacional— que garantice de modo más eficaz y óptimo la conservación de los niveles de protección logrados por el Trabajador de acuerdo el positivo principio, garantía de progresividad. Hombre trabajador éste, quien no en vano, ha sido declarado por nuestro Máximo Tribunal Nacional como “*sujeto de preferente atención constitucional*” (Cons. 10 del fallo “Vizzoti” (2004)), zanjando toda duda posible, sobre el orden de prioridad de los intereses en juego en el Derecho del Trabajo. (9)

IV. El despido de causa discriminatoria, como acto doblemente antijurídico

Como ya expresamos, para nosotros todo despido sin justa causa que lo justifique resulta jurídicamente discriminatorio. Sentado ello, cabe ahora referirnos, puntualmente, a una categoría agravada de esta discriminación “primaria”. Nos referimos un modo agravado de anti-juridicidad del despido que lo torna doblemente reprochable: el despido de causa o finalidad discriminatoria, es decir, aquel que ha sido ejecutado con la directa y perfecta intención de discriminar, que hemos de llamar “discriminación secundaria”.

La Corte Internacional de Derechos Humanos (C.I.D.H.), ha recomendado a los Estados parte que: “No se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición” (Corte IDH 2003: párrafo 101)

Centrando nuestra atención en la parte in fine de la recomendación citada —destacado nuestro— el maestro Meik ha afirmado, con la certeza y lucidez de siempre, que “es en ese párrafo final donde tienen cabida numerosos supuestos”.

“(...) Es en ese párrafo final donde tienen cabida numerosos supuestos. De este modo, cabe consignar como incluíble en la esfera de las relaciones de trabajo, el comportamiento patronal de represalia contra un trabajador que ha ejercido el derecho fundamental a tener derechos y/o conservarlos, actuando así uno de los primeros y centrales derechos humanos, que es el reivindicar y defender los derechos.” (Meik, Moisés. 2007:12) (10).

(8) Así, la CSJN en la causa “Giroldi” (1995), citada en la jurisprudencia consultada.

(9) La CJN -en actual integración- enfáticamente a dicho: “(...) Sostener que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión sólo impuesta por el Art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22)...” (Cons. nro. 10, CSJ in re “Vizzoti c. Amsa SA”, citada en Jurisprudencia consultada.

(10) Conf. MEIK, Moisés, “En el veneno está el antídoto...” Ponencia presentada en Córdoba, año 2007, en Conmemoración del 50º Aniversario del 14 bis. de la Constitución Nacional. Recuerda el autor con esa expresión al iuslaboralista Lyon Caen.

En el orden interno, la ley 23.592, define el acto discriminatorio y prevé su reparación mediante el cese del acto la reparación in natura del daño, esto es, mediante la efectiva reinstalación del trabajador a su puesto de trabajo con pago de los salarios caídos o de tramitación, con más una indemnización por los daños materiales y morales ocasionados. (arts. 1º y 2º)

Es posible identificar en todos los supuestos, un patrón de calificación íntimamente relacionado con aspectos inherentes a la dignidad de la persona; cualidades o caracteres personalísimos, sobre los que el sujeto pasivo carece de poder de control, siendo superiores a su arbitrio, ya sea por estar vinculados a su naturaleza, o a su dignidad. (11)

Conclusión que refuerza nuestra idea acerca de la índole discriminatoria del “mero” despido incausado, ya que en él, se abusa de una condición connatural del trabajador: la hiposuficiencia. (12)

Por todo lo expuesto, el acto de despido que encubre o manifieste un fin discriminatorio, está prohibido por el sistema normativo argentino vigente, en su doble dimensión —interna e internacional— y, por ende, trae aparejado el efecto jurídico propio de los actos de objeto prohibidos (art. 953 del CC), cual es la sanción de nulidad —siendo esta del tipo absoluto o radical— al lesionar un derecho humano fundamental de igualdad y trato no discriminatorio, tutelado por la Constitución Nacional (art. 16, 14bis y 43), y las leyes dictadas en su consecuencia: Ley 20.744 (arts. 17, 81 y 172); Código Civil (arts. 18, 953, 1040, 1050, 1057, 1083 ss. y cc.); ley federal 23.592 y ley 23.551 (arts. 47 a 52 ss. y cc.). A lo que se suman, diversas convenciones de la O.I.T. relativas a la discriminación, como el Convenio 87, que reconoce como derecho de todos los trabajadores la libertad de afiliación y opinión sindical; el Convenio 135 sobre la situación de los representantes de los trabajadores que expresamente prevé, como causa de discriminación, a la opinión sindical; el art. 1º del Convenio 98 sobre el derecho a la sindicación y negociación colectiva; el art. 4º párr. 2do., del Convenio 151, sobre las relaciones de trabajo en la Administración pública; el Convenio 156 sobre los trabajadores con cargas de familia y, por último, la célebre Convención 158, sobre extinción del vínculo laboral por decisión unilateral del empleador, que sin perjuicio de no gozar de la ratificación de nuestro Estado, prohíbe expresamente el despido discriminatorio, y aconseja su nulidad como sanción más adecuada (arts. 5º y 10 Conv. 158 OIT).

Entre los tratados y convenciones internacionales que prohíben radicalmente los actos discriminatorios, que como ya dijimos, desde la mentada reforma constitucional son derecho positivo vigente nacional, hallamos, a saber: La Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23 1. y 2; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2º inc. 1º, 3 y 26; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 3º y 7º; la Declaración Americana de Derechos y Obligaciones del Hombre, art. 2º; la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, arts. 1º y 2º inc. d); la Carta de Organización de Estados Americanos, art. 34; y la ya célebre Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 7º (Pacto de San José de Costa Rica y su protocolo facultativo de San Salvador) (13). Va de suyo destacar, que al gozar dichos tratados de jerarquía constitucional, la descrita dimensión de protección contra el acto prohibido, de móvil discriminatorio, adquiere una mayor amplitud, a la luz del deber público de control constitucional inherente a la magistratura.

In suma, si el despido *sine causae* o *in nutum* constituye un acto antijurídico, al dañar —injusta y arbitrariamente— al sujeto trabajador en su dignidad y en sus bienes, en franca violación a las garantías sancionadas por los arts. 14 bis, 16, 17, y 19 de la Constitución Nacional, el acto segregatorio del empleador, que tenga y/o encubra una causa o móvil discriminatorio, estará viciado de una doble antijuridicidad, configurando una situación más gravosa que aquella primaria ilícita, no pudiendo acarrear otra consecuencia, más lógica y razonable, que la nulidad absoluta o *ab radice* del acto, y la

(11) En este sentido KIPER, Claudio (1999) en “Derechos de las minorías ante la discriminación”. Sobre los derechos con fuente en la dignidad, nos remitimos al punto 3.

(12) Síntesis conceptual sustantivada propuesta por Enrique Arias Gibert para referirse a la situación histórico-cultural del trabajador dependiente.

(13) El protocolo de San Salvador, en lo que aquí respecta, es tratado al punto 5 del presente trabajo.

reparación del status quo anque. Y ello, conforme el juegoeto prohibido por los arts. 18, 953, 1044, 1047, 1050, 1057 y 1083 de nuestro *Código Ci armónico* de los arts 49 y ss. de la ley 20.744; 2º de la ley 23.592; y todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en especial, el Convenio 158 de la OIT y el Protocolo facultativo de San Salvador.

Esta idea de reparación *in natura*, entendida como la solución resarcitoria más adecuada ante un despido lesivo de derechos y garantías fundamentales como el discriminatorio, no solo ha recibido acogida y en el ámbito local, sino en el extranjero, puntualmente, en la competencia del Tribunal Constitucional de España (T.C.), en donde se ha brindado a ese tipo de ilícito, un lugar preferencial dentro de la llamada teoría de la ineficacia del negocio jurídico, aconsejando su nulidad absoluta o radical; lo que constituye una muestra clara del papel protagónico desempeñado por los magistrados laborales en la obra de reforma legislativa procesal y sustancial acaecida en ese país (14), que será tratada en acápite especial.

V. El protocolo de San Salvador (15)

Así como el Dante, guiado por su maestro de Mantua, conoció acertadas sentencias de boca de sabios espíritus, de igual modo, llegó a mí el trabajo de Lombardi sobre “La muerte del despido directo arbitrario”, de la mano del maestro Meik.

Pensamos, siguiendo esa tesitura que, actualmente, ya no resulta lícito decir que la doctrina de la “validez e ilicitud” del despido directo arbitrario se halle vigente, puesto que ello importaría una contradicción *ad radice* entre una norma de mayor protección y otra de menor, que solo puede ser salvada, mediante la preeminencia de la primera sobre la segunda, en virtud del principio de aplicación de la norma más favorable (art. 9º del RCT), como manifestación específica del constitucional principio de progresividad (arts. 14bis, 75, inc. 23 CN y art. 39 de CPBA).

La solución legal frente al despido, adoptada por el Protocolo de “San Salvador” es, lisa y llana, contraria a la monetización reparadora como única solución legal. Allí, se impone a los Estados el deber de asegurar “*La estabilidad de los trabajadores en sus empleos*” y, frente al despido sin causa, el derecho a una indemnización, “*o a la readmisión en el empleo.*” (art. 7º inc. d)

De este modo, la nulidad del despido incausado, resulta una opción legal válida prevista por nuestra Constitución Nacional, mediante la incorporación y ratificación del mentado Protocolo. Porque, vale decirlo, el despido arbitrario, configura un acto discriminatorio y, asimismo, “socialmente injusto.” (16)

Recientemente, las previsiones del mentado Protocolo, han sido objeto de consideración y estudio en las “II Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (F.A.C.A.), en las que se concluyó que la aplicación del art. 7º inc. “d” del Protocolo resulta válida, ya que resulta ser la ley más favorable (art. 9º RCT). (17)

VI. La doctrina del despido radicalmente nulo en el Tribunal Constitucional de España

La sentencia del T.C, Sala II, 38/1981 (“BOE” 22-12), de 23 de noviembre de ese año, constituye el punto de partida para la construcción pretoriana de la nulidad radical, como grado de ineficacia

(14) En el año 1980, fue reformada la LPL española del 4 de julio de 1958, incorporándose a la discriminación como causa de nulidad del despido. Sin embargo, casi una década más tarde, y mediante la influencia ejercida por el TC, fue receptada la nulidad radical como única y adecuada consecuencia reparadora.

(15) Fue aprobado por la Ley 24.658 del año 1996. “Apruébase el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - Protocolo de San Salvador...”

(16) En su proyecto de reforma del RCT del año 2006, Gianibelli, refiere a la categoría de despido socialmente injusto como especie de despido nulo.

(17) FACA, II Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo, San Nicolás, 30.9.2011. “Conclusiones...” inédito.

adecuado a la figura del despido discriminatorio y, en general, a todo acto que actúe una lesión a un derecho o garantía fundamental. (18)

La trascendencia del decisorio radica, en las consecuencias que produjo en torno al alcance de la nulidad de un despido lesivo de la libertad sindical (art. 28.1 de C.E.), al disponer que: *“El despido nulo” (...)* *“comporta, necesariamente, la readmisión, excluyéndose toda facultad de opción ejercitable por el empresario, pues los efectos que se anudan a tal nulidad reclaman la integración de los trabajadores a su puesto con el pago de los salarios y el mantenimiento de sus derechos adquiridos”* (fundamento 7). (19)

De esta manera, quedó consagrada la efectiva *“readmisión inmediata del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir”* (arts. 55.4 y 10.4 de la Ley de Procedimiento Laboral, T.O. 1980), con exclusión de toda opción de no-readmisión ni monetización sustitutiva.

Fue así, de modo pretoriano, que el T.C de España, hubo reconocido frente a las categorías tradicionales de ineficacia —improcedencia y nulidad relativa—, equiparadas, a nivel procesal, mediante una opción de no readmisión monetizada, un tercer tipo de mayor severidad, cual fue la nulidad radical o absoluta, *“sancionándose —al decir de Meik (2007)— más intensamente lo que anteriormente, a lo sumo, sólo estaba formalmente prohibido e insuficientemente garantizado”*.

VII. La recepción jurisprudencial en Argentina

Actualmente, a lo largo y ancho de nuestro país, se observa la recepción jurisprudencial de la doctrina de la nulidad radical. Se trata, pues, de criterios judiciales que nulifican despidos al estar afectados de esa doble ilicitud, representada por la ausencia de causa objetiva de despido (anti-juridicidad primaria), y por el específico fin discriminatorio del acto (anti-juridicidad secundaria o anti-constitucionalidad). En este sentido, es claro ejemplo, el célebre fallo de la Sala VI de la C.N.Trab., in re *“Balaguer c. Pepsico de Argentina SRL”*, de marzo de 2004, cuando en ocasión del tratamiento de un despido discriminatorio sostuvo que:

“Esta conclusión surge de la nulidad del acto y de lo ordenado por la ley 23.592, en el sentido de que el damnificado tiene derecho ante todo a que se deje sin efecto el acto discriminatorio y a que se reparen los daños materiales y morales ocasionados. Y, en el punto, entiendo que el régimen general que rige en materia de despido y que posibilita el despido sin causa con pago de una indemnización, cede frente a las normas de rango superior o igual (tal el caso de la ley 23.592) que tutelan la dignidad del hombre y que, por ende, sancionan las conductas discriminatorias y que, ante todo, tienden a privar de efectos al acto violatorio de dichas normas fundamentales. Por lo expuesto, comparto lo resuelto por el juez de grado en orden a la reincorporación de la trabajadora que fuera objeto de un trato discriminatorio (...).”

En idéntico sentido se manifestó la Sala IX de la CNT en la causa *“Greppi”*, en fallo del 31 de mayo de 2005:

“En efecto, resulta comprendido el despido de la reclamante en dicha categoría por constituir una restricción impuesta por la empleadora al pleno ejercicio del derecho de cuño constitucional a propagar sus ideas (art. 14). Asimilado por influjo del citado art. 1º de la ley 23.592 el acto discriminatorio al acto nulo, la solución que prevé la norma en análisis cuando se encuentra comprometida la ruptura del vínculo laboral excede el marco del sistema de estabilidad relativa o impropia en el que se respalda la argumentación recursiva, ya que se impone el restablecimiento de la vigencia de la relación, sin que se sustente en norma alguna que la condición de trabajador del afectado lo excluya de la proyección de dicho esquema.”

En el mismo orden de ideas se ha pronunciado la Sala V, al tratar, en la causa *“Parra Vera”*, sobre otro caso de discriminación anti-sindical, decidiéndose que:

“El despido discriminatorio padecido por la actora es un acto nulo de objeto prohibido y, además, ilícito, por lo que propicio revocar la sentencia de grado, y hacer lugar a la acción de amparo, declarando la

(18) Según la opinión de autores de la talla de Palomeque López y Almansa.

(19) T.C de España, Sala II, fallo del 23 de noviembre de 1981, citado en Jurisprudencia consultada.

nulidad del despido, y condenando a la demandada a readmitir a la trabajadora en el empleo, y a resarcir los daños y perjuicios pertinentes (conf. arts. 18, 953, 1044, 1066, 1083 y concs., C. Civ.; 1º, ley 23.592)."

En el caso "Arecco" —fallo del 21 de diciembre de 2006— la misma Sala V, sostuvo categóricamente que:

"En definitiva, si bien en nuestro ordenamiento jurídico laboral, rige un sistema de "validez e ilicitud" al decir de Justo López, propio del régimen de estabilidad relativa, o estabilidad impropia (ver, en tal sentido, De la Fuente Horacio "Principios Jurídicos del Derecho a la Estabilidad", Ed. Zavallia), la empleadora no podría invocar la eficacia de su decisión extintiva si el acto tiene por teleología la discriminación."

No resulta casual que, en el fallo citado, se hable de "decisión" extintiva, en lugar de "facultad", ya que como venimos afirmando, un ilícito no es un acto jurídico.

Por su parte, la Sala II de la Alzada, ha decidido en la célebre causa "Álvarez", en fallo del 30 de noviembre de 2007, a la hora de evaluar la sanción más adecuada a varios despidos antisindicales que:

"Consecuentemente, corresponde mantener la decisión de nulificar los despidos y ordenar la reinstalación de los actores, así como también el pago de los salarios caídos, como derivación de lo resuelto en torno al acto extintivo que implica considerar la subsistencia del vínculo de trabajo y su presupuesto, la disposición generadora de los salarios, en los términos de lo normado en el art. 103 de la L.C.T." (Del voto de la Dra. González, en mayoría).(20)

Sentado ello, trataremos ahora, sobre las implicancias procesales de su recepción doctrinaria en el ámbito nacional.

VIII. El sistema de presunciones como medio de protección efectiva contra el despido discriminatorio

Ya lo ha dicho con suma certeza el jurista Zas, al interpretar una regla de sentido común, según la cual, "uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria" (Fallo "Parra Vera", 2006). Y ello, porque es regla general que el agente activo de discriminación actúe subrepticamente, ocultando el verdadero móvil, toda vez que nadie puede negar el sentido inmoral, que culturalmente, se le atribuye hoy a la discriminación. A su vez, normalmente, quien discrimina en el ámbito laboral es el empleador, ya sea mediante el ejercicio del despido arbitrario, ya mediante la invocación de una aparente causa de justificación que actúe como de "cobertura" del móvil discriminatorio, ya a través del ejercicio abusivo del *ius variandi*, entre otras modalidades.

En dicho contexto, resulta pertinente, plantear la posibilidad de una inversión de las reglas tradicionales sobre la carga de la prueba (21), sobre la base del sistema de presunciones judiciales u *hominis ope indicere*. (22) El fin protectorio, alcanza así, su aplicación práctica en el ámbito del procedimiento laboral, creando justas desigualdades —al decir de Plá Rodríguez: desigualdad compensatoria—, a favor de la parte débil, en busca de equilibrio. El sistema de presunciones —cuyo ámbito de operatividad natural es el procesal— constituye así el instrumento eficaz de protección judicial de los derechos y garantías fundamentales de los trabajadores, siendo la piedra de toque. Hablamos de un plexo convictivo razonable y racional en base a indicios serios y precisos sobre la motivación atribuida al agente del despido. De esta manera, se explica, que la regla general en materia de prueba de discriminación es de signo inverso.

(20) Es este caso concreto, el que llegará a los estrados del Máximo Tribunal de la Nación a fines del año 2010, como veremos más adelante.

(21) La máxima romana dice: "Actori incumbit onus probandi; actor non probante, reus absolvitur".

(22) Deducción del Juez operada por medio de indicios. De la voz latina "indicium", cuya derivación es "indicere", que significa indicar o hacer conocer algo.

El voto del Dr. Zas ha expresa con suma claridad, la lógica del sistema en el célebre fallo “Parra Vera”:

“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 aquél. Para ello no basta una mera alegación, sino que ha de 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 atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad” (Del voto del Dr. Zas, in re “Parra Vera”, ob. cit.).

A su turno, la Sala VIII, también se enrola en este camino en la causa “Cáceres” de 13 de noviembre de 2007, al decir:

“En este sentido, no dudo que en conflictos como el de autos no puede marginarse la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas o de prueba compartida, como expresión del deber de cooperación y buena fe procesales y, en tal contexto, asignar el “onus probandi” a la parte que se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de probar un hecho (...) es decir, como lo ha dicho la Corte Suprema, hacer “recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva el deber de hacerlo” (Fallos 324:2689)” (Del voto, en mayoría, de la Dra. Vázquez).

Otro claro ejemplo, lo encontramos en la causa “Álvarez”, cuando la Sala II de la CNTrab. sostuvo que:

“Ante la alegación de un acto discriminatorio, mediando indicios serios y precisos en tal sentido, es el empleador quien debe aportar los elementos convictivos que excluyan la tipificación enrostrada, todo lo cual encuentra sustento en la teoría de las cargas dinámicas probatorias” (Del voto, en mayoría, de la doctora González).

Fue esta causa, la que llevó la cuestión hasta manos del Máximo Tribunal de la Nación en el año 2010. Su tratamiento será objeto del siguiente acápite.

IX. El fallo “Álvarez” de la Corte Nacional

El caso “Álvarez”, es un claro ejemplo de despido discriminatorio antisindical, en donde la empresa decidió la segregación de varios trabajadores, como medio de represalia contra la iniciativa de estos, de crear una asociación sindical. El remedio procesal idóneo, utilizado por los trabajadores afectados, fue una acción sumarísima —amparo sindical del art. 47 de ley 23.551— promovida ante la autoridad judicial competente, por la que se solicitó la nulidad de los actos discriminatorios (cese de los despidos) y la consiguiente reinstalación de los actores en sus puestos de trabajo. La CNT, Sala II, confirma el pronunciamiento de primera instancia, compartiendo los fundamentos.

Finalmente, llega la cuestión ante los estrados de la Corte de la Nación quien en diciembre de 2010 consagra, a nivel nacional, la doctrina de la nulidad radical del despido de móvil discriminatorio, declarando *in concreto* válida y legítima la nulidad absoluta de los despidos antisindicales dispuesto por la empleadora. Recordando, para así decir, a la elaboración doctrinaria del T.C de España supra reseñada y acogiendo plenamente el principio procesal de “carga dinámica de la prueba”, allí elaborado.

Asimismo, el Máximo Tribunal, declaró aplicable la ley 23.592, en materia laboral, zanjando toda duda convidada por algún sector.

La Corte deja bien en claro, que no existe un derecho a despedir discriminatoriamente, pero no salva dudas sobre la existencia o no de un derecho a despedir sin causa. Anacrónicamente —sin estar a la altura de las exigencias axiológicas de su tiempo— cita indirectamente la doctrina de la Corte en fallos “Deluca” y “Figueroa”, suspendiendo el engañoso péndulo del poder sobre uno de los dos polos de aquel histórico binomio con el que comenzáramos estas líneas.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires —con diferencia de días— recepta plenamente la “doctrina” del fallo “Álvarez”, al resolver in re “Villalba”, con el mismo penoso margen de duda.

X. Conclusión

Para finalizar, a modo de síntesis conceptual, nos parece oportuno precisar el contenido de aquellas proclamadas “*exigencias de nuestro tiempo*”, que no es otro, que el plexo axiológico de nuestro pueblo en esta etapa de su historia, y que se nos revela como cambio cultural radical que conlleva el paso de la democracia política a la democracia social; del Estado liberal al Estado de Derecho Social; del Derecho Social ortodoxo al Derecho Social como apéndice de los Derechos Humanos; del sistema legal piramidal al sistema de preeminencia de la norma más protectora y progresiva; de la democratización de las relaciones laborales y de la ciudadanía en el ámbito de la empresa, y a pesar de ella... Para que podamos decir, sin temor ni dudas, que el Hombre es el Señor de todos los mercados.

XI. Bibliografía

- ALMANSA, Pastor (1968). *El despido Nulo*. Madrid. Tecnos.
- BARRERA NICHOLSON, Antonio J. (2009). El despido discriminatorio por violación de la libertad sindical. EN *el DIAL — DC110E*.
- CORNAGLIA, Ricardo Jesús (2003). La constitucionalización del principio de progresividad. En: *Revista de Derecho Laboral*. Buenos Aires. T. XVII, 214.
- CURURCHET Eduardo y BARREIRO, Diego (2008). Sobre el tipo de reparación adecuada al despido discriminatorio. Inédito.
- Diccionario de la Lengua Española. Madrid. 20 ed. 1984.
- ELFMAN, Mario (2000). La responsabilidad del empleador por el despido discriminatorio. En: *Revista de Derecho Laboral*. T. IX1, 1.
- FERNADEZ MADRID, Juan Carlos (2007). *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. 3ra. edición. T. I y II. Buenos Aires. La Ley.
- FOUCAULT, Michel (1996). *Genealogía del Racismo*. Buenos Aires. Altamira.
- KIPER, Claudio. (1999). *Derechos de las minorías ante la discriminación*. Buenos Aires. Hammurabi.
- MEIK, Moisés. Después de 50 años el Catorce Bis se proyecta al ritmo universal de la justicia. En: *Jornadas en Conmemoración del 50 Aniversario del 14bis de la Constitución Nacional*. (2007, Córdoba). Inédito.
- MEIK, Moisés (2003. Inédito). *Estudio de doctorado en Economía Industrial y Relaciones Laborales. La protección contra el despido injustificado en España como derecho al trabajo con estabilidad*. (Master) Universidad de Castilla-La Mancha, Campus Albacete.
- MEIK, Moisés. En el veneno está el antídoto: El Derecho al trabajo proyectado como un Derecho Fundamental de protección efectiva contra el despido. *Jornadas en Conmemoración del 50º Aniversario del 14 bis de la Constitución Nacional*. (2007, Córdoba). Inédito.
- MONEREO PEREZ, José Luis (1996). *La carga de la prueba de los despidos lesivos de derechos fundamentales*. Madrid. Trotta.
- LOMBARDI, Juan Carlos (2009). Muerte del despido directo arbitrario. Inédito.
- PALOMEQUE LOPEZ (1986). El despido radicalmente nulo En: *Revista de Derecho Social*. Madrid. TX. 78.
- PEREZ REY, JOAQUIN (2001). *Estabilidad en el empleo*. Madrid. Trotta.
- XII. Jurisprudencia consultada**
- CSJN. (07.04.1995) “Giroldi, Horacio David s/Recurso de Hecho. Fallos. 1995, 318:514.

- CSJN (14.09.2004), "Vizzoti, Carlos A c. AMSA S.A." *Fallos*. 2004. 327:3677.
- CSJN (07.08.1990) "Soengas Héctor C/Ferrocarriles Argentinos" *La Ley*, 1996-B, 18.
- CSJN (10.06.1992), "López Antonio M c. Explotación Pesquera de La Patagonia" *Fallos* 1992. 334:1245.
- CSJN (19.10.1990) "Cacace, Josefa c. Municipalidad de Buenos Aires" *Fallos*, 1990, 313:664.
- CSJN (25.02.1969) "De Luca José c. Banco Francés del Río de La Plata s/reincorporación". *Fallos*. 1969. 273:87.
- CSJN (04.09.1984) "Figuroa Oscar c. Loma Negra CIASA", *La Ley*, 1985-B, 326. *Derecho del Trabajo*, 1984-B, 1809. *Fallos*. 1984. 306:1208.
- SCJBA, (22.12.2010) "Villalba, Franco Rodrigo c. The Value Brands Company de Argentina s/Amparo". *La Ley*, 2011-A, 43.
- CNTrab. Sala V, (14.06.2006) "Parra Vera, Máxima c. San Timoteo S.A." *La Ley*, 2006-D, 217.
- CNTrab- Sala V (21.12.2006) "Arecco, Maximiliano c. Praxiar SA". *La Ley*, 2007-B, 607.
- CNTrab. Sala II, (25.06.2007) "Álvarez, Maximiliano c. Concecud SA". *La Ley*, 2007-E, 38.
- CNTrab. Sala VII — 05/7/2007 "Jiménez, Hugo Oscar c. Jockey Club s/despido".
- CNTrab. Sala VI. (10.03.2004) "Balaguer Catalina Teresa c. Pepsico de Argentina SRL s/ Juicio sumarísimo". *Derecho del Trabajo*. 2004, 775.
- CNTrab. Sala X, (21/6/2001), "Stafforini, Marcelo c/Ministerio del Trabajo". En Boletín temático de Jurisprudencial. CNT 2001. julio 2003.
- CNATrab. Sal V, (20/12/2007), "Quispe, Quispe, Néctar c/Compañía Argentina de la Indumentaria S.A. S/Juicio sumarísimo". En: *Boletín temático de Jurisprudencia*. CNT. Julio/2007.-
- CNATrab. Sala V, (20/08/2008), "Belén, Rodrigo Hernán c/Jumbo Retail Argentina S.A."
- CNTrab. Sala IX, (31/05/2005) "Greppi, Laura Karina c. Telefónica de Argentina" En: *Boletín temático de Jurisprudencia*. CNT. Julio/2007.
- Tribunal Constitucional de España. Sala II. (23.11.1981) Sent. 38/1981, "BOE", 22-12.
- Superior Tribunal de Justicia. Provincia de Río Negro, (02/06/2005), in re "Pellejero, María Mabel s/ Amparo s/ Apelación" (Expte. 19872/04-STJ-).