



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO -
SALA II

SENTENCIA DEFINITIVA

EXPEDIENTE NRO.: 56365/2011

**AUTOS: MARTINEZ, CESAR ANTONIO c/ EMPRESA SAN JOSE S.A. s/JUICIO
SUMARISIMO**

VISTO Y CONSIDERANDO:

En la Ciudad de Buenos Aires, el 22 de febrero de 2021, luego de deliberar en forma remota y virtual mediante los canales electrónicos disponibles, a fin de considerar los recursos deducidos en autos y para dictar sentencia definitiva en estas actuaciones, en función de la emergencia sanitaria declarada en la República Argentina mediante Decreto Nro. 260/2020 y a lo dispuesto en las Acordadas dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los integrantes de la Sala II, practicado el sorteo pertinente, proceden a expedirse en el orden de votación y de acuerdo con los fundamentos que se exponen a continuación.

El Dr. **Roberto C. Pompa** dijo:

I. La sentencia de primera instancia del 20/02/2019 (fs. 286/284) que rechazó el reclamo inicial de reinstalación y condenó al pago de indemnizaciones por despido, ha sido apelada por las partes actora y demandada, a mérito de los respectivos memoriales de fecha 26/04/2019 y 25/04/2019 (fs. 286/293 y fs. 294/295-I) que merecieron réplica de las contrarias.

Requerida la opinión del Ministerio Público ante esta Alzada, se expidió el señor Fiscal General Interino ante la CNAT a tenor del dictamen N° 841/2020 del 8/10/2020.

II. Por una cuestión de orden lógico, comenzaré por ocuparme de la crítica del demandante dirigida a cuestionar la desestimación del pedido de reinstalación en su puesto de trabajo.

Es importante destacar que el actor ha invocado el ejercicio de una representación sindical formal y, consecuentemente, el goce de tutela en el marco de la ley 23.551, dado el invocado carácter de “delegado organizar y representante” de la Unión de Conductores de la República Argentina, entidad gremial simplemente inscripta. A tal efecto, planteo la inconstitucionalidad del art. 52 de la ley 23.551 porque excluye de la protección a las asociaciones gremiales con simple inscripción. Sin perjuicio de dicho argumento, también fundó el cuestionamiento a la validez del acto resolutorio en las disposiciones de la ley 23.592 y lo catalogó como discriminatorio.

El señor Juez de grado consideró que el demandante no reunió los recaudos exigidos por la LAS para estar amparado como delegado de personal



y, por ello, rechazó el reclamo de reincorporación sin hacer mención alguna del pretendido carácter discriminatorio del despido.

Frente a ello, en el memorial recursivo, el actor alega que el sentenciante debió analizar la cuestión desde el art. 48 de la ley 23.551 y no desde la óptica de los arts. 40 y 41 de la LAS y, por otro lado, insiste en el planteo apoyado en la ley 23.592.

Desde ya adelanto que, por mi intermedio, el recurso del actor tendrá recepción favorable.

Digo ello pues, un análisis de las presentes actuaciones con exhaustiva ponderación de los elementos probatorios me lleva a anticipar una decisión favorable a la pretensión inicial.

Liminarmente, le asiste razón al accionante en cuanto a que en el pronunciamiento de primera instancia se omitió todo análisis del carácter discriminatorio, a la luz de las disposiciones de la ley 23.592, que fue denunciado en la demanda y considero que tal análisis resulta determinante para la solución de la litis.

Dicho ello, estimo necesario señalar, como lo hiciera al votar en la causa N° 11.296/09 "CASTRO ERIKA ANDREA C/ CASINO BUENOS AIRES S.A. COMPAÑÍA DE INVERSIONES EN ENTRETENIMIENTOS S.A. U.T.E. S/ JUICIO SUMARISIMO" (SD N° 16.920 del registro de la Sala IX), que la idea de que la tutela gremial consagrada por la ley 23551 debe ser interpretada de manera restringida se apoya en la doctrina que ha postulado que "...la protección genérica no sería idónea para restarle eficacia a la decisión directa de disolver el contrato de trabajo, en tanto se interpreta que la acción sumarísima al estar destinada al "cese inmediato del comportamiento antisindical" haría referencia a la posibilidad de que la sentencia judicial, de manera imperativa, imponga una conducta negativa o de abstención, pero de ningún modo podría implicar la posibilidad de que se ordene la reinstalación de un trabajador despedido, ni significaría intensificar la supervivencia de un vínculo que carece, en principio, de estabilidad. El texto del art. 47 de la LAS no podría ser interpretado como atribuyendo una "prohibición temporal" de despedir sin causa a esos trabajadores que están en el régimen común de protección contra el despido arbitrario en los momentos en que están ejerciendo alguna actividad sindical. El principio de legalidad y reserva (art. 19 C.N.), hubiera exigido una norma expresa que convirtiera en ilícito y vedado al objeto del acto jurídico rescisorio..." (del Dictamen del ex Fiscal General del Trabajo del 28/7/05, en autos "Castillo Agustín Ignacio c/Bachino SRL s/acción de amparo").

Ahora bien, como lo enseña Ferrajoli, "el proceso de integración mundial ha desplazado fuera de los confines de los Estados nacionales los centros de decisión tradicionalmente reservados a su soberanía, poniendo en crisis por la falta de un constitucionalismo de derecho internacional, la tradicional jerarquía de las fuentes. Sin embargo, la razón jurídica en la actualidad tiene la ventaja derivada de los progresos del constitucionalismo del siglo pasado, que le permiten configurar y construir





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA II

hoy el derecho como un sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales. Esta función de garantía del derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal que, en los ordenamientos de Constitución rígida se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del positivismo jurídico, sino también por su sujeción al derecho, que es el rasgo específico del estado constitucional de derecho, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales de derecho positivo. Si en virtud de la primera característica, el "ser" o la "existencia" del derecho no puede derivarse de la moral ni encontrarse en la naturaleza, sino que es, precisamente, "puesto" o "hecho" por los hombres y es como los hombres lo quieren y, antes aún, lo piensan; en virtud de la segunda característica también el "deber ser" del derecho positivo, o sea, sus condiciones de "validez", resulta positivizado por un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones desde las que el derecho viene pensado y proyectado, mediante el establecimiento de los valores ético políticos -como igualdad, dignidad de las personas, derechos fundamentales- por los que se acuerda que aquéllas deben ser informadas. En suma, sin los mismos modelos axiológicos del derecho positivo y, ya no sólo sus contenidos contingentes -su "deber ser" y no sólo su "ser"-, los que se encuentran incorporados al ordenamiento del estado constitucional de derecho como derecho sobre el derecho, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica. De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no solo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos. Gracias a esta doble artificialidad -de su "ser" y de su "deber ser"- la legalidad positiva o formal en el Estado constitucional de derecho ha cambiado de naturaleza: no es sólo condicionante, sino que ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales. Podemos llamar "modelo" o "sistema garantista", por oposición al paleopositivista, a este sistema de legalidad. Gracias a él, el derecho contemporáneo no programa solamente sus formas de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones, sino que programa además sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica" (Luigi Ferrajoli, "Derechos y garantías, la ley del más débil", págs. 17/20, Edit. Trotta, España).

Por su parte, entre nuestros autores, el Doctor Rodolfo Capón Filas ha señalado que "la globalidad de la Aldea es un nuevo mito de una civilización tecnológica superior que pretende imponer por la fuerza o por el discurso una hegemonía útil a los intereses de las grandes empresas transnacionales. Mientras entendemos por "cultura" el conjunto de creencias, valores, símbolos, lenguaje, normas, obras, con las que funciona una sociedad determinada; por "civilización" entendemos el conjunto de recursos,



conocimientos y actividades que caracterizan a un pueblo en el esfuerzo por asegurarse los recursos necesarios para su subsistencia a corto, medio y largo plazo. Ambas se compenetran dando como resultado el conjunto total de las prácticas humanas, económicas, políticas, científicas, jurídicas, religiosas, discursivas, comunicativas, sociales en general. En lenguaje contemporáneo, ambas vertientes del espíritu confluyen en el desarrollo, concebido en "Populorum Progressio" como "paz", o bien como "libertad" en el concepto de Amartya Sen (en "Desarrollo y Libertad", Planeta, Buenos Aires, 2000, p. 32) ... La respuesta que se puedan dar a los problemas actuales dependerá del lugar desde donde nos preguntemos. Es decir, considerar la ética (como lo hace Emanuel Lévinas, en "Entre nosotros. Ensayos para pensar en otro", Pre-Textos, Valencia, 2001) como una óptica que nos permite mirar la realidad desde el rostro del otro... Ya Víctor Hugo (en "Los miserables") había denunciado la existencia de dos mundos que no se rozan: el de los ricos, el de los pobres, lo que nos mueve a preguntarnos si no será ésa la realidad de la tímidamente denominada "sociedad dual". Por su parte, Amartya Sen (obra ya citada) demuestra que la pobreza y la miseria no proceden de la insuficiencia de recursos o de medios, sino de la injusta distribución de los mismos. No es una cuestión económica sino política. La economía se presenta como la única ordenadora de la sociedad, como "partera de la Historia", pero no para todos, sino para pocos, generando productos y desechos... Este diseño se apoya en la represión simbólica, mediante mensajes desactivadores de cualquier intento de resistencia... a modo de ejemplo, disciplinando a los trabajadores por el temor al desempleo y cooptando casi todos los cuadros gremiales, emitiendo un mensaje claro, cuasi cuartelero: "orden y obediencia"... Pero lo cierto es que como la historia avanza en espiral, con logros y retrocesos, pero siempre hacia adelante y hacia arriba, es posible buscar la solución en un proyecto de sociedad inclusiva, que diseñe democráticamente el mundo que se quiere. La democracia debe cumplirse tanto en el orden social como en el político, en el que la justicia como fuente de paz y fraternidad, se impone como un deber para todo hombre. No en vano la Declaración Universal de los Derechos Humanos se debió, fundamentalmente, a su prédica y a su presencia..." (cfe. Rodolfo Capón Filas, "La cultura en una sociedad plural", en "Derecho del Trabajo y derechos humanos", Luis Enrique Ramírez Coordinador, Editorial B de F, págs. 34 a 44).

La Declaración de Independencia de los Estados Unidos consideró evidente por sí mismo que todas las personas tenían ciertos derechos inalienables. Luego, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa afirmó que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la ONU el 10 de diciembre de 1948, proclamó en su Preámbulo que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana". El artículo 1º añade que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Lo mismo





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA II

consagra, entre otros, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Los derechos humanos son inherentes a la dignidad ontológica de las personas y previos a la legislación de los Estados. Son cauces de libertad y mecanismos de exigencia ante los poderes para que las personas puedan llevar a término sus proyectos personales de vida más excelsos (cfe. José Justo Megías Quirós, “Algunas precisiones en torno a los derechos humanos”, en “Manual de Derechos Humanos”, Ed. Thomson – Aranzadi, Universidad de Navarra, España, p. 41), siendo lo importante su realización práctica de los derechos y no las especulaciones teóricas acerca de su fundamentación (cfe. Norberto Bobbio, “El tiempo de los derechos”, Madrid, Sistema, 1991, págs. 57 y 64/65).

En efecto, los derechos humanos son vigorosos pronunciamientos éticos sobre lo que se debe hacer. Exigen el reconocimiento de imperativos e indican que algo tiene que hacerse para la realización de esas libertades reconocidas que se han identificado a través de estos derechos. La afirmación ética versa sobre la importancia crítica de ciertas libertades y correlativamente sobre la necesidad de aceptar algunas obligaciones sociales para promover o proteger estas libertades. Su relevancia ha de ser la importancia de las libertades subyacentes que residen en tales derechos (cfe. Amartya Sen, “La idea de la justicia”, Ed. Taurus, 2011, págs. 389/399).

La incorporación de los principales tratados de derechos humanos al régimen constitucional amplió el reconocimiento de derechos fundamentales en el sistema legal. Fue clave en ese sentido la jurisprudencia de la Corte Suprema que asignó a los tratados carácter operativo, permitiendo que los derechos que consagran fueran directamente exigibles ante los tribunales, aún en ausencia de leyes que los reglamentaran. También el principio de que la jurisprudencia de los órganos internacionales que aplican esos tratados, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resultaba una guía importante para los tribunales nacionales al momento de su aplicación doméstica (cfe. Víctor Abramovich, “Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”, pub. en “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década”, Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis, Compiladores, Editores del Puerto SRL).

Los derechos económicos y sociales denominados de bienestar o de segunda generación, han sido adicionados a las declaraciones de derechos humanos y han ampliado de manera sustancial el dominio de los derechos humanos (cfe. Ivan Hare, “Derechos sociales y derechos fundamentales del hombre”, en Bob Hepple Edit., “Derechos sociales como derechos fundamentales del hombre”, Cambridge University Press, Cambridge, 2002) y forman parte de lo que se llamó “la revolución de los derechos” (cfe. Cass R. Sunstein, “After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State”, Harvard University Press, Cambridge, 1990), en contraposición con



ciertas posiciones empresariales para las que no sería conveniente ceder fragmentos de poder a los trabajadores cada vez más autónomos y más difíciles de contratar (cfe. Jean Pierre Durán, "La fin du modele suedois", citado por André Gorz en "Miserias del presente, riqueza de lo posible).

La inclusión de los derechos de segunda generación hizo posible integrar las cuestiones éticas que subyacen a las ideas generales sobre desarrollo global con las exigencias de las democracias deliberativa, de tal manera que unas y otras conectan con los derechos humanos y muy a menudo con un entendimiento de la importancia de impulsar las capacidades humanas (cfe. David Crocker, "Ethics of Global Development: Agency, Capability and Deliberative Democracy", Cambridge, University Press, Cambridge, 2008, p. 389/390).

El propio Preámbulo de la constitución de la O.I.T. consagra que la justicia social solo puede basarse precisamente en la paz universal y permanente y, cuando se discutió el intento de incluir la cuestión de la cláusula social en las discusiones del GATT en Marrakech (1994), se planteó en la Conferencia de la OIT que uno de los medios para combatir el "dumping social" sería la creación de un procedimiento que evaluara los efectos de la liberalización de los mercados internacionales y las oportunidades que ofrece la mundialización de la economía a la luz de los principios fundamentales de la OIT. En la medida que la liberalización del comercio descansa en la libertad de negociar y de contratar, ello exigiría el reconocimiento de las condiciones que deben garantizar a los trabajadores la posibilidad de negociar libremente sus condiciones de trabajo en el plano colectivo como en el individual. La consolidación del sistema mundial no significa que se deban mitigar las distorsiones de la competencia que son consecuencia de las diferencias en el nivel de protección, sino para que las promesas y esperanzas no se transformen en desilusiones que puedan poner en peligro su existencia.

Es decir, para la OIT no se trata de uniformar el nivel de protección social por razones de competencia internacional, sino de asegurar un cierto paralelismo entre el progreso social, el progreso económico y la mundialización de la economía. Si bien no se puede privar a los países en desarrollo de las ventajas que se derivan de su situación, tampoco estas ventajas comparativas deberían mantenerse de manera artificial. Para ello se planteó como la fórmula más idónea una nueva disposición en virtud de la cual la pertenencia a la Organización importaría "ipso jure" la sujeción a las obligaciones derivadas de convenios específicos de la OIT. Ello reconocía como antecedente la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Social (1995) al adoptar la Declaración de Copenhague "el compromiso de los Estados de salvaguardar los derechos e intereses básicos de los trabajadores, a los efectos de que se pueda asegurar a los trabajadores la obtención de la parte que les corresponde legítimamente de los frutos del progreso económico generado por la liberalización del mercado". Se buscaba así conciliar el vínculo entre progreso social y crecimiento económico (cfe. Von Potobsky Gerardo, "El debate en torno a la interpretación de los Convenios de la OIT", La Ley, p. 15, 18, 20/21).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA II

Tales fueron los antecedentes de la Declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, cuya cláusula central consagra: "Los Estados miembros al incorporarse a la OIT han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución; Estos principios y derechos han sido reconocidos como fundamentales; Los Miembros aún cuando no los hayan ratificado tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización, de respetarlos, promoverlos y hacerlos realidad; Constituyen derechos fundamentales los de: libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación".

Los derechos que acabo de enumerar son reconocidos como fundamentales para la OIT (cfe. Guillermo Gianibelli, "El sistema de protección de derechos de la OIT y sus efectos sobre el ordenamiento interno", en "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década", Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Curtis, Compiladores, Edit. Del Puerto SRL, p. 373).

Se tratan pues, como se ve, de "derechos habilitantes en tanto constituyen la base necesaria para concretar la realización a nivel nacional de los demás derechos laborales, actuando como un piso universal y obligatorio, constituyendo así materia del orden público internacional". (cfe. Roberto C. Pompa, "Tratados internacionales y convenios de la OIT. Su aplicación inmediata", en Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Abril 2009, págs. 565 y ss., Edit. Abeledo Perrot).

En su ensayo sobre "tiempo de derechos", sus autores sostienen que "las insurrecciones del 19 y 20 de diciembre de 2001 abrieron un formidable período de experimentación e innovación social que provocó un cambio de paradigma que se expresa a través de la exigibilidad de un sistema de derechos que, aunque vigente, no encontraba forma de hacerlos efectivos y que se expresa en el valor de la Constitución como conjunto de normas sustanciales dirigidas a garantizar tanto la división de poderes como los derechos fundamentales de todos, para lo cual se deben asegurar dos instrumentos característicos e insustituibles que se inscriben en la racionalidad de los derechos instrumentales, es decir, los derechos para obtener derechos, como lo son la estabilidad en el empleo, entendido como derecho al trabajo como derecho al proyecto de vida, y la libertad sindical, como el derecho a la participación para ser también ciudadano en la empresa, cuyo para qué no es otro que reforzar la garantía de estabilidad en la relación de trabajo" (cfe. Hector O. García, Guillermo Gianibelli, Horacio D. Meguira, Moisés Meik y Enrique M. Rozenberg, en "Tiempo de derechos. Propuestas para la construcción de un derecho social en democracia").

La reforma al texto constitucional operada en el año 1994 ratificó la vigencia de los derechos sociales contenidos en el art. 14 bis desde el texto de



1957, al tiempo que consagró como cuestión federal proveer al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, reconociendo así el principio de progresividad con raigambre constitucional (cfe. art. 75 inc. 19 C.N.). Ello importó "un claro apartamiento de las posiciones que propiciaban un desarrollo desalmado, colocando ahora al hombre en el centro del escenario jurídico y de protección tal como fuera propiciado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en su informe de 1995" (cfe. Gelli María Angélica, "Desarrollo humano, igualdad y Constitución", La Ley, del 8 de mayo de 1996).

El reconocimiento con jerarquía constitucional y la incorporación de los tratados, convenios y declaraciones de derechos humanos incluidos en el segundo párrafo del inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional representaron un notable progreso en la defensa de la libertad y los derechos fundamentales del hombre. Su incorporación a escala mundial importa un viraje fundamental sobre los principios de no intervención en los asuntos internos de otros Estados y de autodeterminación de los pueblos.

Se asiste pues a la universalización de los derechos humanos. Esa es la línea en la que se inscribió nuestro país desde la reforma constitucional de 1994, siendo que el primer párrafo del inc. 22 del art. 75 cambió el orden jerárquico de las normas anteponiendo los tratados a las leyes de la Nación y con jerarquía constitucional.

La incorporación de tales tratados internacionales importó la adopción de principios propios aplicables a los mismos, como los de incorporación al bloque de constitucionalidad; de progresividad; de primacía de la norma más favorable; de buena fe; de incorporación integral y tutela internacional; de obligatoriedad de las recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; de rigidez; de operatividad inmediata y de carácter dinámico.

En orden al principio de incorporación integral y tutela internacional, los tratados sobre derechos humanos son incorporados "in totum". Es decir, no solo se incorporan los derechos fundamentales sustantivos, sino también los órganos y mecanismos internacionales de protección de esos derechos (como la Comisión Europea de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) cuando las violaciones a los mismos no sean reparadas efectivamente por los recursos judiciales internos, habilitándose la jurisdicción internacional a través del amparo internacional (cfe. Ayala Carlos, "Del amparo constitucional al amparo interamericano", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Venezuela, 1996).

En este sentido, el art. 44 de la Convención Americana consagra que cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembro de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte. La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una jurisdicción reparatoria plena con poderes para disponer que se garantice al lesionado en el





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA II

goce de su derecho o libertad o derechos conculcados, pudiendo disponer que se reparen las consecuencias.

En cuanto a la obligatoriedad de las recomendaciones de la C.I.D.H., ha sido establecida por ese propio organismo de proyección internacional sobre la base de la buena fe en el cumplimiento de los compromisos internacionales libremente adquiridos, habiendo observado que "los Estados que han ratificado la Convención tienen la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones y desde el momento que han ratificado la Convención se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes" (cfe. C.I.D.H., caso "Loayza Tamayo", sentencia del 17.09.97).

Por su parte, la obligatoriedad de las decisiones de la C.I.D.H. ha sido reconocida por nuestro Máximo Tribunal (CSJN, caso "Ekmedjian c/Sofovich", del 7/7/92), el que también reconoció la competencia de la C.I.D.H. para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (CSJN, caso "Girolodi s/recurso de casación", del 7/4/95), como la obligatoriedad de adoptar la jurisprudencia de la C.I.D.H. (CSJN, SD n° 2312/95, 09.05.1995).

Cuando el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional refiere a las condiciones de vigencia de los diversos tratados internacionales, significa que se interpreten y se apliquen tal como son efectivamente interpretados y aplicados en el ordenamiento internacional (CSJN, "Simón y otros", del 14/6/05), considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

De ahí que la aludida jurisprudencia también deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (cfe. art. 75 de la C.N., arts. 62 y 64 Convención Americana y art. 2 ley 23054) (cfe. CSJN, caso "Girolodi", ya citado).

De esta manera, la jurisprudencia de la C.I.D.H., así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CSJN, Fallos: 326:2805).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un



inicio carecen de efectos jurídicos”. En otras palabras, "el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado Internacional, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana" (C.I.D.H., Serie C Nº 154, caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo. 124) (C.S.J.N., 13/07/2007, M. 2333. XLII., “Mazzeo, Julio Lilo y otros”).

Precisamente, en el 1er. Seminario organizado por la Asociación Latinoamericana de Jueces de Trabajo que sesionó bajo el título "Crisis global y derecho del trabajo", realizado en la Universidad Nacional de La Matanza, Provincia de Buenos Aires los días 12 y 13 de noviembre de 2009, el Magistrado de Trabajo y Catedrático español Don Jesús Rentero Rover aludió al concepto de "Juez beligerante", en el sentido que la labor del juez de trabajo, imparcial pero no neutral, es la de escoger del abanico de normas nacionales e internacionales, legales y supraleales, la que mejor favorezca para alcanzar el principio a favor de la justicia social.

Es decir, por la aplicación del principio de incorporación integral y tutela internacional, no solo se deben adoptar las normas sustanciales como formales y los organismos de contralor y cumplimiento internacional, sino también, las interpretaciones que hagan estos sobre los alcances, contenidos, aplicación e interpretación de los tratados internacionales y sin que por esto se vean lesionados los principios de soberanía nacional, independencia y juez nacional, en tanto ni los Estados a través de los órganos de gobierno, ni los jueces que integran los poderes del Estado pueden renunciar a la aplicación de los contenidos impuestos por los tratados internacionales. Cuando el art. 75 inc. 22) de la C.N. establece en su última parte que aquellos no derogan artículo alguno de la primera parte de esa Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos, se debe aceptar que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. De ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la constitución es un juicio reservado al constituyente (CSJN, causa "Monges", 319:3148).

La concepción de la validez de las normas en el Estado constitucional de derecho y la relación entre lo que Ferrajoli llama "democracia formal" y "democracia sustancial", se refleja en "un reforzamiento del papel de la jurisdicción y en una nueva y más fuerte legitimación democrática del poder judicial y de su independencia. Los desniveles entre normas, que están en la base de la existencia de normas inválidas y, por otra parte, la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional, cambian la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA II

del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad" (cfe. Ferrajoli, op. cit., pág. 25/26).

De esta manera, "la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional garantista, la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas: interpretación de la ley conforme a la Constitución y, cuando el contraste resulta insanable, es deber del Juez el de cuestionar la validez constitucional; y, por lo tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su re-interpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad. En esta sujeción del juez a la Constitución y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes. Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley, la independencia del poder judicial, que está específicamente concebido para garantía de los mismos. En consecuencia, el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad como igualdad en derechos, puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos" (cfe. Ferrajoli, op. cit., pág. 26).

Recuerdo en este momento que el Profesor Jorge Rendón Vásquez ubicó a la ley francesa de 1884 como el hecho paradigmático que puede ser considerado el punto de partida de la existencia legal de las organizaciones sindicales de los trabajadores, no sólo por su significación histórica como el comienzo de la formalización del conflicto laboral en el cuadro de la estructura capitalista, sino también por haber definido el régimen legal de tales organizaciones basado en la libertad sindical, sus fines profesionales y la manera de adquirir la personalidad sindical por el simple depósito de su estatuto. Sostuvo ese autor que "Las constituciones francesa de 1946 e italiana de 1948, como la expresión formal del pacto social de ambos países, reconocen con gran nitidez la libertad sindical y esta norma será reproducida luego en los más importantes instrumentos internacionales aprobados por aquellos años: el Convenio 87 de 1948 sobre libertad sindical y el Convenio 98 sobre la protección de la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva, en el marco de la OIT y la Declaración de Derechos



Humanos de las Naciones Unidas adoptada en París en diciembre de 1948, instrumentos internacionales que, por la participación de los Estados, los empleadores y los trabajadores en su suscripción, constituyen una manifestación del pacto social a escala internacional" (cfe. Jorge Rendón Vásquez, en "Economía y Conflicto Social", en "Trabajo y Conflicto", Equipo Federal del Trabajo, Coordinador, Librería Editora Platense, págs. 89/90).

En el conocido precedente "ATE", el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación, al margen de la cuestión particular de la causa, formuló consideraciones sobre los alcances y contenidos del principio de libertad sindical que reputo aplicables a la presente litis, en tanto no sólo se refirió al derecho individual de formar sindicatos, sino a la natural restricción al poder de los particulares de poder impedir el ejercicio de actividades que coadyuven al logro de los fines de la libertad sindical, esto es la remoción de los obstáculos que dificulten la realización plena del hombre que trabaja; como el movimiento de todos los órganos del Estado y sus poderes para remover los obstáculos que puedan desnaturalizar el ejercicio de ese derecho considerado como fundamental de los hombres (cfe. David Duarte, "El modelo sindical argentino. El modelo para armar", Observatorio de derecho social. CTA).

Así sostuvo que "Los derechos de las personas a defender sus intereses personales, económicos y sociales vinculados al trabajo aparecen tutelados en la Constitución Nacional (art. 14 bis) y de ello dan cuenta una sucesión ininterrumpida de numerosos instrumentos internacionales (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XXIII; la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 20 y 23.4; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 22.1; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 8.1.a; La Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 16.1) que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75.22, segundo párrafo). Más aún, en el mencionado caso "ATE", se sostuvo que "bajo variadas modalidades, los citados instrumentos internacionales establecieron, al modo previsor del art. 14 bis, marcados ámbitos de libertad sindical. De esta suerte, el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, enunció el "derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos" (inc. 1.c). Además de ello, su inciso 3º se hizo eco, preceptivamente, de un hito mayúsculo del historial antes reseñado, al disponer que "nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de su lado, mediante el art. 22.2 y 3, se expresó en términos sustancialmente análogos a los del antedicho art. 8.1, y compartió ad litteram el inciso 3 de éste. La Convención Americana sobre Derechos





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA II

Humanos, en su oportunidad, siguió puntualmente los mencionados arts. 8.1 y 22.2 (art. 16.2). Y todavía pueden sumarse a estos preceptos, diversos enunciados del art. 8 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1988), de jerarquía supralegal (Constitución Nacional, art. 75.22, primer párrafo), cuando establecieron los derechos de los trabajadores a organizarse para la protección y promoción de sus intereses. Que, desde luego, todos los textos legales recordados precedentemente, tributaron al desarrollo progresivo de un designio que ya revistaba en el acto de creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), vale decir, la Sección I de la Parte XIII del Tratado de Versalles, de 1919, y contenido en el Preámbulo de su Constitución: el "reconocimiento del principio de libertad sindical" como requisito indispensable para "la paz y armonía universales", que encuentra su correlato en la categórica proclama de la llamada Declaración de Filadelfia, del 10 de mayo de 1944, por la cual fueron reafirmados no sólo los principios fundamentales sobre los cuales está basada la OIT, sino, "en especial", que la "libertad [...] de asociación es esencial para el progreso constante" (I, b). Argentina es miembro de la citada Organización desde los orígenes de ésta: 1919. Incluso, la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo, adoptada en 1998, después de memorar que, "al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas", y afirmar que "esos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización", declaró que "todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios", inter alia, "la libertad de asociación y la libertad sindical" (1, a y b, y 2.a -el Anexo prevé, además, un régimen de seguimiento de la Declaración-) ... Que lo expuesto en el considerando que antecede, muestra con elocuencia que la libertad de asociación sindical remite muy particularmente al ya recordado Convenio N° 87 ... El Convenio, además de haber sido ratificado por la Argentina (en 1960) y estar claramente comprendido en la citada Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo, ha sido hecho propio, de acuerdo con lo ya señalado, por dos tratados con jerarquía constitucional. A este respecto, resulta nítida la integración del Convenio N° 87 al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por vía del citado art. 8.3, so riesgo de vaciar a éste de contenido o de privarlo de todo efecto útil, lo cual constituye un método poco recomendable de exégesis normativa" (CSJN, Caso "Madorrán vs. Administración Nacional de Aduanas", Fallos: 330:1989, 2001/2002 -



2007). Análoga conclusión surge del criterio del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al recomendar a los Estados, en repetidas oportunidades, que adecuen su legislación al Convenio N° 87 (v. Concluding Observations: Australia, 31-8-2000, E/C.12/1 Add. 50, párr. 29; Concluding Observations: Germany, 31-8-2001, E/C.12/1/Add. 68, párr. 22, y Concluding Observations: Japan, 21-8-2001, E/C.12/1/Add. 67, párrs. 21 y 48, entre otras). Del mismo modo corresponde discurrir en orden al ya transcrito art. 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (v. Nowak, Manfred, *Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary, Kehl/Estrasburgo/Arlington, N.P. Engel, 1993, p. 400*). Y aun se debe agregar a estos dos instrumentos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a poco que se repare en la aplicación que ha hecho del Convenio N° 87 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H., Caso "Huilca Tecse vs. Perú", fondo, reparaciones y costas, sentencia del 3-3-2005, Serie C No. 121, párr. 74). El Convenio N° 87, según sus considerandos, se inspira en los principios y valores de la Constitución de la OIT y de la Declaración de Filadelfia, supra indicados. Con ese sustento, dispone que todo Miembro de la Organización para el cual esté en vigor, "se obliga a poner en práctica" determinadas "disposiciones" (art. 1), entre las que se destacan... que las "autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal" (art. 3.2), la "legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio" (art. 8.2). Todo Miembro, añade, también "se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores [...] el libre ejercicio del derecho de sindicación" (art. 11). El término "organización", aclara el art. 10, significa "toda organización de trabajadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores [...]"... Que todo el corpus iuris de los derechos humanos pone de resalto el contenido del derecho de asociación sindical y las dos inseparables dimensiones de éste: individual y social. Según lo juzgó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los términos del art. 16.1 de la Convención Americana establecen "literalmente" que "quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho, lo que representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo", sino que, "además, gozan del derecho y la libertad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad" (Caso "Huilca Tecse vs. Perú", citado, párr. 69 y su cita). La libertad de asociación en "materia laboral", por ende, así como en su dimensión individual "no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad", en su dimensión social resulta "un medio que permite a los integrantes de un grupo o colectividad laboral alcanzar determinados fines en conjunto y beneficiarse de los mismos" (idem, párrs. 70/71). Y esta libertad, como también lo ha entendido el tribunal





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA II

interamericano, radica "básicamente", en la facultad tanto de constituir organizaciones sindicales, cuanto de "poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho" (C.I.D.H., Caso "Baena Ricardo y otros vs. Panamá", fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2-2-2001, Serie C No. 72, párr. 156). En todo caso, son dos dimensiones que "deben ser garantizadas simultáneamente", puesto que "la libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga" (Caso "Huilca Tecse vs. Perú", ya citado, párrs. 70 y 72). Llegan a análogas conclusiones todos los restantes instrumentos internacionales precisados en el considerando 3º, sobre todo los dos Pactos de 1966, y muy especialmente el que regula los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Otro tanto se sigue del Convenio N° 87... Con todo, la sustancia de los principios a los que debe responder la reglamentación del derecho de asociación sindical, están contenidos con igual vigor en el art. 14 bis de la Constitución Nacional... Que, en efecto, el art. 14 bis resultó no sólo un temprano continuador de los documentos internacionales que lo precedieron, al dar cabida a los impulsos del constitucionalismo social desplegados, a escala universal, en la primera mitad del siglo XX" (CSJN, Caso "Aquino", Fallos: 327:3753, 3770, 3788 y 3797 - 2004). También se erigió, con no menor significación, como norma anticipatoria de los que le seguirían. Así, puso una precisa y definitoria impronta: "organización sindical libre y democrática". La libertad, en el plano individual, enunciada a fin de que el trabajador sin ataduras disponga afiliarse, desafiliarse o no afiliarse y, de ser lo primero, en la organización que escoja..." (S.C.A. n° 201, L. XL, "Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo", CSJN, 11/11/2008).

A su vez, el mencionado Convenio 87 de la OIT se complementa con el nro. 98 de la misma entidad, en cuanto prescribe que los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo (art. 1.1.). Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales (art. 1.2. b).

Los instrumentos internacionales citados, incluidos los Convenios 87 y 98 de la OIT, consagran los derechos fundamentales del hombre, al tiempo que reconocen que la libertad de expresión, de asociación y de protección de la sindicación son derechos esenciales para el progreso constante, no pudiendo la legislación nacional menoscabar ni ser aplicada de suerte que pueda menoscabar las garantías indicadas, de lo que se infiere que cualquier interpretación restrictiva que se pretenda hacer sobre los alcances de la libertad sindical debe ceder frente al amplio contenido regulado por los instrumentos internacionales y, para el caso que la solución de la norma interna sea



contraria a la solución más favorable para los trabajadores que la contenida en aquellos instrumentos deberá ceder frente a los mismos, como que, ante ausencia de norma que lo regule, se deberán aplicar los preceptos de la norma internacional que consagran una protección amplia, en tanto como lo acabo de resaltar y como lo dispone el art. 1º.1 del Convenio n° 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, ***los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo*** y, conforme art. 1º.2 del mismo Convenio, ***dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto...despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales.***

Esta protección aparece también consagrada por la Declaración Sociolaboral del Mercosur, cuando consagra el derecho a la no discriminación (art. 1º), ***como que los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical con relación a su empleo...*** (art. 9º inc. a); ***como el derecho a evitar despidos o perjuicios que tengan como causa su afiliación sindical o su participación en actividades sindicales (art. 9º inc. b).***

Una de las notas características fundamentales de un estado social de derecho consiste en la aceptación y el reconocimiento de la legitimidad de la acción gremial, representando el interés de una de las partes en el conflicto social. La tutela de la acción sindical pasa por la protección de los principales principios y valores que inspiran a la organización de los trabajadores en la representación de sus intereses y en el ejercicio de sus derechos desde, en un principio, la misma coalición de intereses para el conflicto y los procedimientos para la organización institucional democrática del sindicato.

El derecho y la necesidad de agruparse de los trabajadores en la defensa de sus intereses propios resultan anteriores a la constitución formal de un sindicato.

Se ha dicho que "El sindicato se conforma con la decisión fundacional de los trabajadores sin ninguna limitación. El sindicato que se constituye libremente existe desde su fundación. Es decir, la institución es previa a la ley" (cfe. Enrique O. Rodríguez y Héctor P. Recalde, en "Nuevo régimen de asociaciones sindicales", Edit. Gizeh S.A., pág. 33).

De esta manera se advierte que "el gremio constituye una estructura básica del sindicalismo. La constitución Nacional menciona a los sindicatos a partir de los conceptos de organización y gestión sindical. Pero antes, la organización sindical libre y democrática se encuentra reconocida a los trabajadores y a los gremios, entendidos como comprensivos a los trabajadores que tienen el mismo o similar oficio o profesión" (cfe. Jaureguiberry, Luis María, "El artículo Nuevo. Constitucionalismo social", Edit. Castellví, Santa Fe). Luego, recién a partir de su organización puede hablarse de sindicato, como el gremio jurídicamente organizado, por lo que sostener que los derechos vinculados con la libertad sindical nacen recién o a partir de la organización del sindicato





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA II

implica desconocer que la Constitución de 1957 reconoció a los gremios derechos en función de la existencia de una categoría de intereses difusos. Como señala el Dr. Cornaglia, "la razón de ser de los sindicatos es la fundación libre por los trabajadores de los mismos y no la inscripción que el Estado les reconozca" (cfe. Ricardo J. Cornaglia, "Derecho Colectivo del Trabajo. Derecho Sindical, La Ley, páginas 44/45 y 47).

Sabido es que los derechos humanos están íntimamente relacionados entre sí. Por eso no puede entenderse la libertad sindical desligada de los derechos civiles y políticos, ni de los derechos económicos, sociales y culturales. La violación de tales derechos socava la seguridad nacional y puede poner en peligro la paz y seguridad internacionales. Solo se explica la represión a los sindicatos y la persecución de los trabajadores o el despido de los mismos por su actividad gremial a través de conceptos que niegan derechos humanos esenciales, que se encuentran tutelados por distintos ordenamientos internacionales como se enumeró.

Las libertades civiles y políticas de que gozan los habitantes de un país son determinantes para establecer el grado en que puede gozarse de libertad sindical. Según una resolución sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles adoptada por la Conferencia de la OIT en 1970, las libertades civiles esenciales para el normal ejercicio de los derechos sindicales comprende la libertad de opinión y de expresión y, en particular, de sostener opiniones sin ser molestado. Constituye la piedra basal de las recomendaciones dadas a los gobiernos de que se respeten los derechos humanos fundamentales cualquiera sea el nivel de desarrollo del país concernido, debiendo garantizarse el respeto de los derechos y las libertades individuales. Y cabe aclarar que los hechos imputables a particulares comprometen la responsabilidad de los Estados en razón de su obligación de diligencia y de intervención para impedir la violación de tales derechos.

Señala el Dr. Juan C. Fernández Madrid que "la libertad sindical es un aspecto particular de la libertad general que se desarrolla y concreta en documentos internacionales y en la legislación nacional, determinando una serie de tutelas que permiten tanto en lo individual como en lo colectivo el pleno ejercicio de los derechos de asociación, de organización, de participación con bases igualitarias y de defensa de la acción sindical. De tal modo, la libertad sindical y las diferentes tutelas que la concretan constituyen el basamento de todo el derecho sindical. La libertad sindical se manifiesta tanto en aspectos que se relacionan con el individuo como con la colectividad de los trabajadores, que se concretan en la formación misma del sindicato, en la realización de convenciones colectivas de trabajo, en la ejecución de medias de acción directa y, en general, en las diversas formas que adopta la acción sindical. (cfe. Juan C. Fernández Madrid, "Tratado Práctico de Derecho del trabajo", tomo III, pág. 71, 3ra. Edición, La Ley).

Esta doctrina resulta conforme con la Declaración Universal de los Derechos Humanos que proclama la naturaleza fundamental del derecho al trabajo y



la libre agremiación de los trabajadores para la defensa de sus intereses (art. 23) y consagra el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales competentes, que ampare a todas las personas contra los actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución o por la ley (art. 8°).

Precisamente, la plena vigencia del principio de libertad sindical (OIT, "La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad sindical", 4ta. Edición revisada. Ginebra, OIT, 1996, pág. 53, párrafo 235), requiere que deba ser reforzada por garantías que aseguren su vigencia y exigibilidad. En efecto, la libertad sindical pertenece al conjunto especial de potestades subjetivas, denominadas garantías, cuya titularidad corresponde a toda la ciudadanía, por lo que se constituye en un derecho humano fundamental, cuya titularidad pertenece a todo trabajador (art. 2 Convenio 87 de la OIT). Los derechos especiales denominados garantías consisten en normas jurídicas que implementan la formulación general de un derecho, pero estableciendo una adecuada red de expectativas positivas y negativas, obligaciones u prohibiciones jurídicas" (cfe. Ferrajoli Luigi, "Derechos fundamentales", Ed. Trotta, Madrid, 2000, p. 106) y que se constituyen en normas consideradas de "ius cogens" universal.

Por lo demás, en el orden nacional, la ley 23551 en su artículo 47 consagra el derecho a recabar el amparo ante un tribunal judicial a todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la misma ley.

De esta manera, considero que la propia disposición contenida en el art. 47 de la ley 23551 comprende y confiere protección a todo trabajador que realice una actividad sindical, aunque no detente un cargo de delegado o de representante sindical, los que cuentan con la prevista en el art. 52 de la ley sindical. Por el contrario, el art. 47 de ese cuerpo normativo es muy claro cuando define que los sujetos de la acción que establece serán "todo trabajador o asociación sindical" y, al aludir a "todo trabajador" lo hace sin aditamento alguno, lo que resulta coherente con los derechos que la propia Constitución y la ley 23551 establecen para los trabajadores en general (cfe. CNAT, Sala VI, "Juárez Juan Pablo c/Farmacy S.A. s/Juicio sumarísimo", SD n° 60976 del 13/11/2008, del voto de la Dra. Beatriz Fontana).

Por lo que queda claro que "el sujeto activo de la acción lo es todo trabajador o asociación sindical. En este sentido el texto resulta claro en tanto no restringe el ámbito de protección, sino que cualquier trabajador o grupo de trabajadores que viera afectado alguno de los derechos que la ley define como de la libertad sindical puede ejercer esta acción en procura de un remedio eficaz, a los efectos de tutelar el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por esta ley, que contempla el derecho a constituir libremente asociaciones sindicales" (cfe. Enrique Rodríguez y Héctor P. Recalde, obra ya citada, Edit. Gizeh S.A., pág. 226), quienes agregan que "El criterio de interpretación de los derechos de la libertad sindical debe ser





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA II

amplio, toda vez que las previsiones en este sentido de la ley 23551 no son en sí mismas autónomas, sino que derivan del art. 14 nuevo de la Constitución Nacional" (cfe. CNAT, Sala VI, 9/11/88, "Quela SA c/Chávez Ramón Rafael s/sumarísimo", SD 30208).

La protección más amplia de la libertad sindical la consagra el artículo 47 de la LAS, porque se la otorga a todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la misma ley. Esta norma es comprensiva, no sólo de los derechos consagrados en el Título Preliminar, sino también de todos los contemplados a lo largo de la ley salvo cuando se prevean otro tipo de acciones o recursos. Como lo cita el Dr. Juan C. Fernández Madrid, "disposiciones de este tenor se encuentran en la ley norteamericana Taft-Hartley, que tiene como precedente la ley Wagner de 1935 y en la ley italiana 300 del 20/5/1970 (Estatuto de los Trabajadores), artículo 18, así como en la muy posterior Ley Orgánica de Libertad Sindical del 2/8/1985 de España, artículo 13. En la ley italiana 300, la plena libertad de asociación sindical, la prohibición expresa y pormenorizada de actos discriminatorios bajo pena de nulidad absoluta en tanto enerven derechos sindicales, la estabilidad del empleado gremial y permisos especiales a éste conferidos, formulan un marco protectorio que se amplía con las disposiciones generales sobre represión en caso de conducta antisindical y sanciones penales a quien viole las libertades otorgadas. El artículo 18 de esta ley dispone que "en caso de despido de un trabajador indicado en el artículo 22, el juez podrá, en cualquier estado y grado del juicio a solicitud conjunta del trabajador y del sindicato a que esté afiliado o que haya designado para que lo represente, decidir mediante orden la reintegración del trabajador en su empleo cuando estime que los elementos de prueba presentados por el empleador no son pertinentes o suficientes" (Juan C. Fernández Madrid, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Tomo III, pág. 275).

No dejo de señalar que para cierta doctrina "la función y amplitud o extensión de la acción regulada en el art. 47 de la ley 23551 queda delineada como un supuesto de amparo especial regulado en la ley sindical de manera particular, con ámbito igualmente especial y con recaudos propios y distintos de los que la ley 16986 prevé para la generalidad y cuya finalidad no es sino el cese inmediato del comportamiento antisindical y no la resolución central del conflicto que pueda producir el impedimento u obstáculo al ejercicio del derecho sindical" (cfe. Rodríguez Mancini, "Acción de tutela por conductas antisindicales", en TSS, 1992, p. 297). Tampoco que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Borda Ramón y otros c/UTGRA", del 3/11/90 sostuviera que "el artículo 47, LAS sólo permite ordenar la cesación inmediata de un comportamiento que se juzga arbitrario", mientras que parte de la jurisprudencia, en criterio que no comparto, se pronuncia en el sentido de que "el artículo 47 de la ley 23551 de ningún modo implica la posibilidad de ordenar la reinstalación de un trabajador despedido, ni importa la protección absoluta de un vínculo que carece de estabilidad, ya que por el principio de legalidad y reserva contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional



ello requeriría de una norma expresa que califique la ilicitud del acto rescisorio y tal extremo no se podría extraer de lo prescripto en el artículo 47 mencionado" (CNAT, Sala II, 29/3/96, "Mundo Néstor L. C/Consejo Federal de Inversiones", en DT, 1996-B,2089).

Sin embargo, como ya fuera expuesto en los considerandos que preceden, considero que el artículo 47, LAS, defiende con amplitud y da acción sumarísima a todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de libertad sindical garantizados por la ley 23551.

Señala el Dr. Cornaglia (obra citada, p. 395), que "no existen sindicatos sin activistas sindicales y sin representantes designados por los trabajadores. En realidad, el gremio se constituye a partir de una toma de conciencia de una determinada categoría de intereses y, a partir de esa toma de conciencia, la acción para organizarse y proyectarse en el mundo de la empresa y en la realidad social económica, con el fin de alcanzar determinados objetivos que hacen a la realización plena del trabajador. El difícil camino del activista, muchas veces sin retornos, que un día alcanza el nivel de delegado y otro de organizador sindical, ha tenido épocas de durísima represión. Y nadie puede pensar que ello corresponde sólo a las etapas iniciales del sindicalismo. Hoy mismo, en plena etapa del estado de derecho, en muchas actividades, las listas negras circulan, discriminan y niegan el empleo, que equivale al sustento del trabajador y su familia. En los años de dictadura militar, la cuota de víctimas de la represión y desaparecidos, demuestra un terrible ensañamiento de la doctrina de la seguridad nacional en los cuadros de la militancia sindical. Se constató la desaparición íntegra de determinadas comisiones internas. Importantes figuras del sindicalismo pagaron con sus vidas sus posiciones políticas y sindicales. La desaparición y la tortura encontró entre los trabajadores el mayor número de mártires. Para hacer de un trabajador un activista sindical, se requiere, en el material humano que lo integra, una cuota de rebeldía, que está inspirada en la noción del estado de injusticia social que se considera padecer. Esa justa reacción es un motor de la historia de la civilización. A quienes detentan poder (económico, político, cultural o militar), la existencia de permanentes "cuestionadores" del estado de cosas, les suele resultar un elemento peligroso al que se pretende controlar. Solo la vigorosa fuerza del derecho social puede plantear que se garantice la acción sindical en el conflicto. Sólo la democracia ofrece la posibilidad de la existencia de un sistema social abierto, capaz de enriquecerse a sí mismo con la acción plena y responsable de estos luchadores por la justicia real en el plano multifacético de la sociedad. Durante muchos años de lucha, los sindicalistas tuvieron una sola garantía, el apoyo solidario de los compañeros. Era natural que quienes lo habían nombrado delegado, respondieran ante los riesgos que la función creaba. Así, ante el despido, se reaccionaba con la huelga, realimentando el conflicto... La fuerza de los hechos, el patetismo de la injusticia hecha carne en los militantes obreros y el impulso de la legislación social y sus principios, que culminan con el constitucionalismo social, terminan por crear los marcos de referencia para un tratamiento distinto de la protección del sindicalista" (cfe. Ricardo Cornaglia, obra citada, p. 397 y 398).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA II

Considero pues que la ley 23551 ampara en forma más amplia al llamado activista sindical, quien al decir de Amanda Caubet tiene derecho a su reinstalación (cfe. Amanda Caubet, Doctrina Laboral, Tomo VII, p. 669), cuando afirma que "el artículo 47 de la LAS en cuanto establece que todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la ley, podrán recabar el amparo de estos derechos ante el tribunal judicial competente, a fin de que éste disponga si correspondiere el cese inmediato del comportamiento antisindical". Es decir, el objetivo de la acción es el cese inmediato del comportamiento antisindical, entendido como una conducta que impida u obstaculice los derechos de la libertad sindical garantizados por la ley, lo que genera la necesidad de proteger a quien se encuentre involucrado en actos del ejercicio de la libertad sindical y que el empleador pretenda frustrar.

Ahora bien, si como dice Alejandro Segura, "el sindicato natural posee derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico que lo caracterizan como tal, es obvio que las personas que trabajan y se sindicán bajo esa forma merecen alguna protección frente a la antisindicalidad. Es claro que la coalición sindical, que ya posee su organicidad pero no ha sido aún captada por el derecho bajo formas típicas (inscripción, personería gremial), la forman personas. Estas son acreedoras ante el estado de respeto a su dignidad óntica y existencial en riesgo frente a represalias antisindicales. A los miembros del sindicato natural le es debida pues la tutela sindical genérica del art. 47, LAS. En nuestro sistema jurídico el representante sindical sólo posee tutela cuando pertenece al sindicato con personería gremial. El disidente es un integrante del universo de representación que intenta realizar la función que el representante ha omitido. Como en principio no está tutelado por el ordenamiento jurídico cae abruptamente en la etapa de la prohibición. La situación se torna objetivamente injusta cuando por efecto de la cooptación del representante orgánico, el disidente además de no ser reconocido como interlocutor válido por el empleador, está expuesto a la represalia antisindical" (cfe. Alejandro Aníbal Segura, en "Formas irregulares de estabilidad sindical. Los sindicatos naturales. El concitador sindical y los disidentes", en "Derecho del Trabajo y derechos humanos", Luis Enrique Ramírez Coordinador, Editorial B de F, págs. 505 a 510).

Se ha resuelto que "la acción de reinstalación es un mecanismo de carácter reparatorio que tiende a restituir la situación del trabajador afectado al estado de cosas anterior a la medida cuestionada, en el caso de despido, mientras que la tutela general del art. 47 de la ley 23551 abarca un campo mucho más amplio que el artículo 52 de dicho cuerpo legal, ya que reconoce a todo trabajador, aunque no sea representante sindical o ejerza funciones representativas, o tenga expectativas de serlo por ser candidato, la facultad de acudir a un dispositivo autónomo de protección de toda conducta que impida u obstaculice el ejercicio de los derechos de la libertad sindical, provenga ella del empleador o de terceros" (TS Santa Cruz, 8/7/94, "Perrota Nicolás c/Servicios Públicos Soc. del Estado", DJ, 1994-2-716).



La acción sindical está definida en el art. 3° de la LAS, como la que contribuye a remover los obstáculos que dificulten la realización plena del trabajador. La ausencia de tutela a quienes pese a desarrollar actividad sindical no pertenecen a la estructura del sindicato orgánico, se convierte en un verdadero criterio de disciplinamiento social. Si un trabajador es despedido como represalia ante su actividad sindical, hay violación de la libertad sindical y lo que el empleador transgrede es una norma de jerarquía constitucional. La excusa de que el texto legal (art. 47 LAS) no contiene un dispositivo específico, no debe autorizar al intérprete a omitir la aplicación del texto constitucional, de mayor jerarquía. En especial, el PIDESC, cuando en su art. 8.3 dispone que "Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la OIT de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías". El acto prohibido por la ley está contenido en el art. 6° de la LAS, cuando establece que "Los poderes públicos y en especial la autoridad administrativa del trabajo, los empleadores y sus asociaciones, y toda persona física o jurídica deberán abstenerse de limitar la autonomía de las asociaciones sindicales más allá de lo establecido en la legislación vigente".

En este estado de situación los trabajadores se ven enfrentados a la disyuntiva de respetar el orden jurídico establecido tal como es aplicado y ver deteriorarse día a día sus condiciones de vida a márgenes impensables años atrás, o enfrentar el sistema, desnudando el carácter de clase de la normativa jurídica (cfe. Guillermo Perez Crespo, "La reformulación del derecho laboral. La experiencia Argentina y Latinoamericana", en XXVII Jornadas de Derecho Laboral y IV Encuentro Latinoamericano de Abogados Laboralistas, AAL, 2001).

En el mismo sentido, citando una vez más al Dr. Segura, en oportunidad de celebrarse las Jornadas Nacionales de Derecho Sindical, realizadas en la Ciudad de Buenos Aires los días 25 y 26 de noviembre de 2004, organizadas por el CEDESI, se arribaron a una serie de conclusiones que, en lo que aquí interesa, permitieron sostener que "el amparo del artículo 47 de la ley 23551 permite que por ese medio se tutele a los activistas sindicales, a los miembros de comisiones directivas de asociaciones simplemente inscriptas y a los fundadores sindicales". Por lo demás, despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de su personal, con el fin de impedir o dificultar el ejercicio de los derechos a que se refiere esta ley, entre los que se encuentra, obviamente, la libertad sindical, es práctica antisindical (art. 53.g), LAS). El acto es nulo (art. 18 C. Civil) y produce los efectos de los actos ilícitos, cuyas consecuencias deben ser reparadas (art. 1056 del C. Civil). El resarcimiento de los daños (en este caso la estabilidad del trabajador) consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuere imposible, en cuyo caso cabe la indemnización, a opción del interesado (art. 1083 del C. Civil)" (cfe. Alejandro Aníbal Segura, op. cit., págs. 505 a 510, Editorial B de F).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA II

La vía procesal del artículo 47 es aplicable a los trabajadores que carecen de estabilidad gremial toda vez que el empleador haya incurrido en un comportamiento discriminatorio antisindical (cfe. CNAT, Sala VI, caso "Juarez", ya citado. En igual sentido, como tuve ocasión de resolver como Juez a cargo del Juzgado n° 38 del Fuero, en autos "Antivero Marcelo Andrés c/Telefónica de Argentina S.A. s/diferencias de salarios", S.D. 1950 del 30/6/1999; ídem, "García José Antonio y otro c/Telefónica de Argentina S.A. s/sumarísimo", S.D. 3006 del 22/10/04).

La reforma al texto de nuestra Constitución Nacional del año 1994, no solamente incorporó con jerarquía constitucional diversos tratados internacionales que incluyen la no discriminación, sino que además agregó por el artículo 75 inc. 23) como atribución propia del Congreso, la de legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, como el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados internacionales.

Por su parte, los Tratados internacionales incorporados al texto de la Constitución no sólo prohíben toda forma de discriminación, sino que imparten directivas a los Estados miembros para que cumplan y aseguren el cumplimiento de esas disposiciones a fin de que resulten efectivas las normas y confieren a los particulares acciones para denunciar los incumplimientos en que se pudiera incurrir.

El derecho a no ser discriminado es "un derecho fundamental atribuido con carácter general a todos los habitantes" (cfe. CNAT, Sala V, S.D. 68536 del 14/6/06, "Parra Vera Máxima c/San Timoteo SA s/amparo").

Distintas disposiciones normativas prohíben todo trato discriminatorio fundado en la persona del trabajador. El principio de no discriminación reconoce una íntima vinculación con el de igualdad, produciéndose una interpretación unitaria que, en inicio, se traduce de la siguiente manera: "en orden al principio de igualdad ante la ley, se prohíbe toda forma de discriminación. Se origina así, una asimilación a tenor de la cual la discriminación se conceptuaría como todo trato desigual injustificado" (cfe. Gorelli Hernández Juan, en "Los supuestos de readmisión en el despido", con prólogo de Antonio Ojeda).

Sin embargo, ambos términos deben diferenciarse. Así, la propia Ley de Contrato de Trabajo a través de su artículo 81 deja a salvo el derecho del empleador a otorgar un trato diferente cuando el mismo responda a principios del bien común, de evaluación objetiva, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con distinta intensidad, reconoció el derecho a un trato diferenciado, estableciendo que no puede privarse al empleador de su derecho a premiar, por encima de las remuneraciones que estipule el convenio colectivo de trabajo, a quienes revelen méritos suficientes. Ese derecho quedaba librado a su prudente discrecionalidad y por lo tanto no estaba condicionado a la prueba de que dichos méritos existieran (CSJN, caso "Ratto y



otros c/Productos Stani", del 26/8/66, Fallos, T. 265,242). Más adelante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (caso "Fernández Estrella c/Sanatorio Guemes", Fallo del 23/8/88, en TySS 1988, pág. 976), revocó el derecho del empleador a hacer un uso fluido de aquella facultad, sosteniendo que la empresa, como organización social, consiste no sólo en llevar a cabo la distribución y producción de bienes, sino en hacerlo también equitativamente, debiendo utilizarse métodos objetivos de evaluación. De esta manera, se advierte que la igualdad de trato no supone un concepto absoluto, sino que el ordenamiento nacional interno permite la posibilidad de diferenciar; pero siempre y cuando la distinción de trato obedezca a motivos objetivos o razonables.

La no discriminación constituye "la manifestación más intensa del principio de igualdad y un instrumento específico para la realización de la igualdad" (cfe. Rodríguez Piñeiro y Fernández López, en "Igualdad y discriminación", Ed. Tecnos, Madrid, 1986).

Mientras que toda discriminación supone una desigualdad, no toda desigualdad debe ser considerada como discriminatoria. La discriminación es "una especie de la desigualdad de trato caracterizada por la presencia de causas de distinción de especial trascendencia social que implican una vehemente "sospecha" de desigualdad y una paralela exacerbación de su gravedad" (cfe. Gorelli Hernández, obra citada).

La discriminación, aún suponiendo el principio de igualdad, adquiere un sentido más específico y concreto relativo a desigualdades de trato que son injustas o arbitrarias "por basarse en concretas razones especialmente odiosas o rechazables al suponer la negación de la propia igualdad entre los hombres" (cfe. Rodríguez Piñeiro y Fernández López, op. cit).

Como señala el Dr. Oscar Zas, en una ilustrada sentencia (CNAT, Sala IV, S.D. 94267 del 31/8/09, en autos "Lescano Víctor Cesar c/Ingeplam S.A. s/Despido"), "la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, al referirse al Convenio 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958, ratificado por la República Argentina, señaló en lo pertinente: "... (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., Estudio general de 1988 sobre Igualdad en el Empleo y la Ocupación)...que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales, "sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho" y son "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA II

difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", Opinión Consultiva OC-16/99 de 1º de octubre de 1999). Igualmente, "...19. En estos casos, la ley debe introducir factores de compensación o corrección -y así lo sostuvo la Corte Interamericana cuando examinó, para los fines de la Opinión Consultiva OC-16/99, el concepto de debido proceso- que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal. Ahora bien, "la igualdad no es punto de partida, sino una finalidad" ("La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Superior", en "La forma del poder" (Estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, ps. 644 y 656). A esa finalidad deben atender y a ella deben tender los ordenamientos que regulan relaciones entre partes social o económicamente desiguales y las normas y prácticas del enjuiciamiento, en todas sus vertientes..." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párr. 18 y 19). Ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de distintas opiniones consultivas que: "...83. La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados (arts. 3.1 y 17 de la Carta de la Organización de Estados Americanos, 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que "en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio" (Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A Nº 4, párr. 54) ... "85. Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional..." (Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 45. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva 4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A Nº 4, párr. 55)... "... 92. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas



definió a la discriminación como: "... toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas" (O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación General n° 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7)... "El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y la garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo la tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas... 101. En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección de la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy en día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, 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. Este principio (igualdad o no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*... 103. En cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminaciones *de jure* o *de facto*. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales... 105. En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana... 106. El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA II

en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esta manera, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración... Hoy día 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...” (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003”).

En este contexto, “cualquier otra condición” como podría ser la mera opinión gremial, es el motivo de discriminación más amplio y favorable para la tutela del trabajador, por lo que deben descartarse las posiciones que fincan la protección en la necesidad de que el acto considerado discriminatorio deba ser notorio y evidente.

Se ha dicho que el derecho a la no discriminación tiene su fundamento en la dignidad de la persona y en la igualdad de derechos entre todos los seres humanos, extremos que han recibido expreso reconocimiento en la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 14 bis, 16, 37 y 75 inc. 22 CN y art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 1, 2, 7 y 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, arts. 2, 3, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 1 y 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, arts. 1, 2, 3, 4, 11 y 15 de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y arts. 1 y 2 de la Convención Sobre los Derechos del Niño). Por su parte, el principio libertad sindical se encuentra también recepcionado constitucionalmente y por diversas disposiciones de instrumentos internacionales (Art. 14 bis y 75 inc. 22 CN, art. 22 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, arts. 23 inc. 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 5 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y Convenios n° 87 y 98 de la OIT).

Así, según la Declaración Universal de Derechos Humanos “...la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos inalienables de todos los miembros de la familia humana...” (Preámbulo). “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...” (art. 1) y “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición...” (art. 2).



Tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptan al respecto los siguientes textos casi idénticos: "...la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca a todos los miembros de la familia humana y sus derechos iguales e inalienables. Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana..." (Preámbulo de ambos pactos), "...Los Estados Partes...se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social..." (art. 2.2, PIDESC) y "Cada uno de los Estados Partes...se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentre en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social..." (art. 2.1, PIDCP).

También ha resuelto la C.I.D.H., que: "...166 ...al ratificar o adherir a un tratado internacional, los Estados manifiestan su compromiso de buena fe de garantizar los derechos en él reconocidos. Además de esto, los Estados deben adecuar su derecho interno al derecho internacional aplicable... Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones..." (conf. C.I.D.H., Caso "Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128).

Por lo demás, estos deberes que rigen para los Estados Partes resultan oponibles también para los actos entre particulares.

La C.I.D.H. sostuvo que: "en materia de derechos sociales, los arts. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 3 del "Protocolo de San Salvador", 1, 2 y 3 del Convenio N° 111 de la O.I.T. sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 y la Declaración de la O.I.T. relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, consagran una tutela antidiscriminatoria específica. "...140. En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA II

humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares...” “...146. De esta manera, la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales. En lo que atañe a la presente Opinión Consultiva, dichos efectos de la obligación de respeto de los derechos humanos en las relaciones entre particulares se especifican en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores.” “147. La obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de los derechos.” “148... El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales”. “149... De esta manera, los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial, y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias, para enmendar situaciones discriminatorias *de iure* y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores, a nivel local, regional, nacional o internacional, en perjuicio de trabajadores migrantes...” (cfe. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, ya citada).

Hace casi quince años, en la Ciudad de Tanti, Provincia de Córdoba, en un Congreso organizado por la Asociación de Abogados Laboralistas (XXII Jornadas de Derecho Laboral, AAL, Tanti, Provincia de Córdoba, octubre de 1996, pub. en Revista Doctrina Laboral nº 143, julio 1997, pág. 683 y ss. y por el Dr. Juan C. Fernández Madrid en su "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Tomo II, ps. 1165), sostuve la tesis de que el despido discriminatorio era nulo y que en los casos que corresponda la calificación de nulidad del despido, como el caso del despido discriminatorio, la readmisión del trabajador es vinculante para ambas partes de la relación y también para el legislador desde el momento que la “no discriminación” aparece consagrada por ordenamientos superiores a los de la ley común. Es decir, no es una opción para el



legislador común sino un efecto directamente deducible de la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a la misma.

Ello es así en tanto los derechos humanos fundamentales pertenecen ab initio al dominio de las normas de ius cogens (art. 53 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados) (cfe. Roberto C. Pompa, "Estabilidad y protección ante despidos incausados en épocas de crisis. La ratificación del Convenio 158 de la OIT. La declaración de nulidad del despido discriminatorio", en Congreso Internacional de Derecho del Trabajo en homenaje al Dr. Juan C. Fernández Madrid, San Salvador de Jujuy, 25 al 27 de agosto de 2004).

La salvaguarda de derechos humanos tan fundamentales como los que se desprenden del principio de igualdad ante la ley y de no discriminación están protegidos por los principios de la moral universal, debiendo los Estados Partes (CSJN, caso "Bulacio") "hacer cesar y remover los obstáculos al ejercicio de los derechos que la convención reconoce" (cfe. C.I.D.H., Opinión Consultiva, Fallo 003/09/17).

El concepto de no discriminación es amplio y evolutivo, por lo que considero que se abre una nueva mirada, una nueva regulación y una nueva solución a situaciones que se venían resolviendo de acuerdo a la legislación nacional, a partir de la incorporación de los tratados internacionales al texto constitucional del año 1994.

Precisamente, la vida de la paz y de la libertad pasa a través del pleno respeto de los derechos fundamentales del hombre (cfe. Asociación Latinoamericana de Jueces de Trabajo, "Declaración frente a la crisis, los despidos y en especial, los discriminatorios", Año 2009).

Si bien es cierto que se deben contemplar tanto los intereses de los trabajadores como de los empleadores, de lo que se trata es de consagrar la validez de crear una desigualdad para mantener una igualdad, en tanto los primeros son sujetos de preferente tutela, como lo ha reconocido el Máximo Tribunal de justicia del país (cfe. CSJN, Caso "Vizzoti"). Esto es lo que vino a reponer la sanción del art. 17 bis de la LCT, cuando a través de la sanción de la ley 26.592 consagró que las desigualdades que creara esta ley a favor de una de las partes, solo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación.

La ley 23592 contra toda forma de discriminación es más amplia que la específica de los arts. 48, 49 y 52 de la ley 23551, por lo que por imperio de la primera son sujetos tutelados todos los trabajadores y no sólo los que en el actuar gremial tengan una representación orgánica, debiendo incluirse especialmente como sujetos protegidos los activistas o militantes, sin perjuicio de reiterar que considero resulta aplicable la protección amplia contenida en el art. 47, LAS.

Cualquier pretensión en el sentido de que sólo la conducta relevante sea la que dé cabida a la tutela jurídica, aparece en pugna con los propios términos de la ley 23592 o de los convenios internacionales que protegen la mera





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA II

"opinión", como ocurre a modo de ejemplo con el artículo IV de la Convención Americana, sea ella política, gremial o de cualquier índole.

Sostener que la ley 23592 contra toda forma de discriminación no resulta aplicable a las cuestiones laborales es una expresión antidemocrática y es en sí una expresión discriminatoria, en tanto persigue excluir a los trabajadores de derechos fundamentales de los que sí gozan todos los demás habitantes del país, a la vez que demuestra una forma arcaica y autoritaria del ejercicio del poder que se resiste a la apertura pacífica y democrática en que se deben desarrollar las relaciones y convivencias laborales en un Estado social de derecho.

La ley 23592 define con amplitud el concepto y el abanico de conductas discriminatorias y más adelante ordena hacer cesar el acto en cuestión, de modo que, junto al sistema de la ley de contrato de trabajo, escasamente tuitivo, forma parte ya del complejo modelo argentino actual, la viabilidad de la nulidad del despido en ciertos supuestos especiales, además del previsto en la ley 23551 de asociaciones sindicales que como se señaló, en mi opinión, tutela a cualquier trabajador impedido en el ejercicio de su libertad sindical y a los representantes de los trabajadores (cfe. tuve oportunidad de resolver como Juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 38, mediante S.D. 3006 del 22/10/2004, in re "García José Antonio y otro c/Telefónica de Argentina S.A. s/Juicio Sumarísimo", Expte. N° 27849/02 del registro de ese Juzgado).

De esta manera, las normas internas de derecho que se dicten no pueden sin violar el principio de legalidad, oponerse o derogar derechos que se encuentren consagrados en normas de entidad jerárquica superior, lo que fue recogido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de los casos "Giroli" y "Manauta" sobre operatividad de los tratados internacionales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió que los derechos humanos fundamentales pertenecen ab initio al dominio de las normas de ius cogens y que la salvaguarda de derechos humanos tan fundamentales como los que se desprenden del principio de igualdad ante la ley y de no discriminación está protegida por los principios de la moral universal. Tratándose de normas fundamentales existe el deber de respetarlas, sin importar las medidas de carácter interno que el Estado haya tomado para asegurar o incluso para vulnerar su cumplimiento. Ni siquiera tratándose del orden público es aceptable restringir el goce y ejercicio de un derecho fundamental y mucho menos invocando objetivos de política interna contrarios al bien común (cfe. Horacio Verbitsky, en "La impunidad al borde de su anulación. El principio del fin", en Diario Página 12, Editorial del 5 de octubre de 2003).

La noción de ius cogens está consagrada en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados en tanto "norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto", como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.



Las normas de ius cogens obligan a todos los Estados y a los nacionales de dichos países, tienen carácter erga omnes y pueden ser reclamadas por cualquier persona o Estado, aún al margen de cualquier vínculo convencional o ratificación (cfe. Héctor Hugo Barbagelata, en "Algunas reflexiones sobre los derechos humanos laborales y sus garantías", en Revista Judicatura, Montevideo, n° 41).

La Declaración Socio Laboral del Mercosur recoge esa noción de ius cogens y "se constituye en uno de los instrumentos internacionales que lo declaran" (cfe. Umberto Romagnoli, en "Impactos de la globalización"). Ello especialmente cuando proclama la noción de que los derechos humanos fundamentales del trabajador "integran el patrimonio jurídico de la humanidad"; considera que los Estados partes del Mercosur "están comprometidos con las declaraciones, pactos, protocolos y otros tratados" entre los cuales incluye a declaraciones no sujetas a ratificación o que aún no han entrado en vigor y, consagra "principios y derechos" aún cuando no hayan sido ratificados o perfeccionados en el derecho interno" (cfe. Oscar Ermida Uriarte, en "La Declaración Socio Laboral del Mercosur").

La existencia de un derecho internacional de los derechos humanos, independiente de los tratados y convenciones, viene tácitamente reconocida en la nueva Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dada en Niza en 2000, cuyo artículo 51 dispone que "ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos" (cfe. Geraldo Von Potobsky, en "La Declaración Socio Laboral del Mercosur", en D.T. 1999, pág. 777).

La ley 23.592 tiene por objeto sancionar el trato desigual en cualquier ámbito de que se trata, incluso el laboral, fundado en el hecho de pertenecer a ciertos grupos o presentar determinados caracteres o tener ciertas ideas, vale decir el trato desigual y peyorativo que se basa en circunstancias de tipo subjetivas como la nacionalidad, raza, sexo, religión, caracteres físicos, ideas políticas, religiosas o sindicales entre otras. El art. 1 del convenio 98 de la OIT en su apartado 1 establece, como ya se dijera, que "los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo" y en el apartado 2, inc. b) se prevé que "dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo, o con el consentimiento del empleador durante las horas de trabajo". En función de ello se ha resuelto que "De esta manera el despido discriminatorio en el régimen de la ley 23.592 y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (conf. art. 75 inc. 22 C.N.) tiene como rango distintivo que la discriminación debe cesar y ello se logra reponiendo al trabajador en su puesto de trabajo ya que los despidos discriminatorios son nulos y carecen de eficacia. En ese sentido, el acto discriminatorio está prohibido por la Constitución Nacional (art. 14 bis y 16), como por diversas cláusulas





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA II

de los tratados internacionales constitucionales y de la OIT y por la ley 23.592, razón por la cual, además de ser nulo (art. 1044 Código Civil) produce los efectos de un acto ilícito (art. 1056 Código Civil), motivo por el cual es obvio que el perjuicio debe ser reparado reponiendo las cosas al estado anterior al del acto lesivo (art. 1083 Código Civil). Esta conclusión surge de la nulidad del acto y 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 le reparen los daños materiales y morales ocasionados. Así, 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 como la ley 23.592 que tutelan la dignidad del hombre y que por ende, sancionan las conductas discriminatorias, y tienden a privar de efectos al acto violatorio de dichas normas fundamentales" (CNAT, Sala VI, "Balaguer Catalina Teresa c/ Pepsico de Argentina SRL s/ Juicio Sumarísimo").

Para la Carta Democrática Interamericana, la eliminación de toda forma de discriminación "contribuye al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana" (art. 9°).

III. A la luz de ello y de conformidad con los argumentos que expondré luego, el despido del aquí actor, emulado tras la invocada causa de despido, encubrió –a mi ver- un proceder discriminatorio de la accionada motivado por la actividad sindical de aquél, suficientemente acreditada en el caso "sub examine".

Las pruebas producidas en autos exhiben que el actor se encuentra afiliado a la Unión de Conductores de la República Argentina y que fue designado delegado organizador y representante de la entidad en la empresa el día 20/01/2010 (ver informativa de fs. 198) y que "La Unión de Conductores de la República Argentina (UCRA) posee inscripción gremial N° 2259 otorgada por Resolución M.T. N° 43 de fecha 27/06/2003; con carácter de entidad profesional de primer grado" (ver informativa del Ministerio de Trabajo de fs. 163/168).

Asimismo y contrariamente a lo sostenido en la contestación de demanda, el Correo Argentino dio cuenta de que la designación antes referida fue notificada a la demandada mediante la misiva recibida el 25/01/2010 (ver informativa de fs. 208/215).

Finalmente, la accionada notificó con fecha 30/03/2010 un despido invocando una justa causa.

Ahora bien, cuando en el pleito laboral median conflictos individuales por discriminación arbitraria originada en cualquiera de las causas previstas en la ley 23.592 se torna operativa la teoría de las "cargas dinámicas de la prueba" que, por oposición a la carga estática comprendida en el art. 377 del C.P.C.C.N., en cuanto se trata de supuestos en los que resulta difícil o prácticamente imposible para el trabajador afectado el aporte de elementos de prueba relativos a la ocurrencia del ilícito invocado, por lo que corresponde entonces, atribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentra en



mejores condiciones para hacerlo ya sea por motivos técnicos, fácticos o profesionales (conf. criterio sentado en la causa “Castro c/ Casino” anteriormente citada).

De acuerdo con ello, y tal como ha sido aplicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del año 1997 (Fallos 320:2715 del 10/12/1997 en autos “Pinheiro Ana Maria y otro c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario” y, más recientemente, en la causa “Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ amparo sindical”), es menester que el actor acompañe al pleito algún elemento siquiera indiciario (esto es, hechos que posibiliten inferir la existencia del acto discriminatorio) y, una vez aportado ese dato, corresponde trasladar a la demandada la carga de probar que mediaron concretas razones objetivas que justificaron el acto extintivo del contrato de trabajo, lo que es lo mismo que decir, que será la accionada la que debe demostrar que el cese de la relación encontró su móvil o causa en una motivación objetiva y no en la imputada conducta discriminatoria que se le atribuye.

En el mismo sentido, la Sala IX de esta Cámara, que tengo el honor de integrar, también ha dicho que “...no resulta prudente, al menos “prima facie”, afirmar que el ejercicio de una potestad legal (como lo es la de despedir a un trabajador dependiente) se debe a la adopción de una medida de represalia o a una intención negativa tendiente a sancionar un accionar del dependiente, salvo que por las circunstancias se pueda inferir –con cierto grado de certeza- que efectivamente ese fue el móvil de la ruptura y que, bajo el disfraz del ejercicio regular de un derecho propio, se incurrió en un “abuso” de derecho de modo tal que se ha extrapolado la regularidad del acto para convertirse en una “máscara” de legitimidad que, en esencia, esconde otro móvil antijurídico e ilegítimo...” (en idéntico sentido, ver SD N° 15.676 del registro de la Sala IX del 25/06/09).

O, como también lo ha entendido la Sala IX, al señalar que “...En cuanto a la adecuación de los hechos a los presupuestos de la ley 23.592 que penaliza con la nulidad los actos discriminatorios, el trabajador tiene la carga de aportar indicios razonables de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, con suficiencia para superar el umbral mínimo que torne verosímil su versión, es decir, que permita presumir la discriminación alegada. Una vez alcanzada dicha verosimilitud, imprescindible en el ámbito procesal en que se encauzara la pretensión, habrá de ponderarse si el demandado asumió la finalidad de desvirtuarla, a través del aporte de elementos aptos para corroborar que su decisión rupturista obedeció a causales ajenas al derecho fundamental que se imputa como lesionado....” (Conf. Sala IX, SD N°. 14360 del 27/6/07 “in re”: “Yacanto, Claudio c/ Radiotónica de Argentina SA y otro s/ sumarísimo”).

Y, en el caso sub examine, tal como lo anticipé, los indicios requeridos para trasladar luego la carga probatoria se encuentran cabalmente acreditados por las constancias arrimadas a la causa mediante la prueba informativa producida, que fue anteriormente detallada.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO -
SALA II

Todo ello resulta, como ya dije, suficiente para imponer a la demandada la carga de desvirtuar mediante prueba idónea que no efectuó un despido discriminatorio originado en la opinión o el proceder sindical del trabajador aquí demandante sino que lo decidió por una motivación objetiva.

A tal fin, la accionada invocó que el actor “conjuntamente con su compañero Juan Marcos Calebich, han sido responsables de un accionar negligente e incumplidor, toda vez que al instrumentar el control del tacógrafo ese mismo día en la terminal de Retiro, se ha detectado una apertura no autorizada del tacógrafo entre las 15:45 y 15:50 hs” (ver responde a fs. 68).

Más precisamente, en la epístola de despido la demandada imputó: *“ante la gravedad del hecho acaecido en fecha 13/03/2010 mediante el cual el oportunidad de cumplir con sus tareas habituales de conductor / guarda de micro-omnibus (interno 7800) estando en servicio con horario de salida 14:40 hs de Buenos Aires destino Villaguay se ha comprobado y documentado luego de sustanciadas las actuaciones administrativas correspondientes que ud. Conjuntamente con su compañero Calebich Diego Juan Marcos, resultaron ser responsables directos de un accionar negligente e incumplidor de vuestro débito laboral, habida cuenta que al instrumentar el control del tacógrafo ese mismo día en la terminal de Retiro aprox. A las 16:30 hs efectuado por personal autorizado de la empresa SILTAC se detectó una apertura no autorizada del tacógrafo entre las 15:45 a 15:50 hs, cabe mencionar que la apertura del tacógrafo fue instrumentada mientras la unidad se encontraba en servicio, encontrando a su vez la tapa de calibración forzada, por debajo de la tapa que cubre el mecanismo, provocando que se trabe el mecanismo de arrastre”* (ver telegrama transcrito a fs. 68).

Las únicas pruebas producidas por la demandada para acreditar la causal invocada fueron los testimonios de Carisio (fs. 190/191), Converti (fs. 228) y Olavarría (fs. 253).

El primero de ellos, con respecto a los sucesos en cuestión, manifestó “que el dicente recuerda que hubo un episodio en la terminal de retiro con el interno 7800, la unidad tenía un problema con el tacógrafo, dice el dicente que Calebich y el actor venían de servicio y no sabe el dicente quién manejaba la unidad”, “que el dicente no recuerda con exactitud la fecha del episodio relatado anteriormente”, “que el dicente sabía del episodio ya que trabajaba en una oficina de Retiro en el primer piso al lado de la boletería, le avisa al dicente un boletero de que había una unidad en plataforma con un problema, el dicente baja a plataforma, que casualmente había gente de boletería y Siltac, el dicente consulta cual era el problema y le dicen al dicente que la unidad tenía problemas con el tacógrafo”, “que el problema con el tacógrafo era un desperfecto, que el dicente aclara que no está seguro”, “que Siltac es una sigla, una empresa encargada del control de los equipos de tacógrafo que lleva cada micro” (el subrayado me pertenece).

Converti dijo, con respecto al actor, “que por comentarios sé que la empresa lo despidió en el año 2010. Que por comentarios lo echaron por



inconvenientes con un tacógrafo, que aparentemente esta forzado”, “que hay una empresa encargada específicamente del control del funcionamiento del tacógrafo. Que esta empresa se llama Siltac”, “cuando estaba la unidad en plataforma la empresa Siltac se acerca a hacer el control del tacógrafo y me dicen que la unidad estaba con problemas en el tacógrafo y eso fue lo que sucedió” (el subrayado es mío).

Por último, Olavarría declaró “que el actor dejó de trabajar porque hubo un problema con el disco del tacógrafo. Que estaba abierto el tacógrafo y eso produjo la adulteración del disco. Que aclara que el tacógrafo sólo lo puede abrir Siltac”, “que se hace el informe de la situación y a raíz de ello se lo despidió”, “que el actor fue despedido a mediados de marzo de 2010. Que el actor no manejaba siempre el mismo vehículo y ello dependía de la necesidad de la empresa. Que desconoce a qué unidad pertenece cada tacógrafo ya que eso lo hace la gente de Siltac que es quién hace el reporte a la empresa” (el subrayado me pertenece).

Además de que dos de los deponentes continúan, al momento de declarar laborando para la demandada, lo cierto es que el hecho que describen no corrobora lo relatado en el telegrama resolutorio ya que, en el mejor de los casos, da cuenta de un “desperfecto” o “problemas” y, por si ello fuera poco, sus conocimientos derivan de lo que otras personas les dijeron y, para más, reconocen “no estar seguro”, no recordar la fecha y desconocer quién manejaba la unidad.

Insisto, a la ausencia de conocimiento directo de los hechos que se relatan se suma que las declaraciones refieren a problemas sin hacer mención alguna a la conducta imputada por la empleadora al actor (apertura no autorizada del tacógrafo).

Pero lo más importante resulta ser, a mi juicio, que los tres testigos traídos por la demandada coinciden en que el control de los tacógrafos los efectuaba personal de otra empresa denominada Siltac. La propia accionada en el telegrama de despido afirmó que fue personal de esta empresa el que detectó una apertura una autorizada.

Así las cosas, a la ausencia de utilidad probatoria de los testimonios traídos por la accionada, se agrega que no logra comprenderse por qué no fueron acompañadas en autos las supuestas actuaciones administrativas que la demandada sostuvo haber realizado o el supuesto informe de Siltac y por qué no se solicitó el informe correspondiente a dicha empresa encargada del control de los tacógrafos.

Dichas medidas probatorias elementales ni siquiera fueron ofrecidas por la demandada.

Cabe hacer un paréntesis para señalar que lo dicho brinda respuesta a los cuestionamientos formulados por la reclamada en su memorial recursivo con respecto a la valoración de los testimonios realizada en la sede de grado.

En ese orden de ideas, dado que la accionada no ha logrado demostrar en el caso el hecho mediante el que justificó el despido, no cabe sino inferir que





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA II

la motivación argumentada por la empresa para poner fin al vínculo que la ligó no resultó objetiva ni suficiente para desvirtuar la calificación de discriminatorio al despido decidido.

En suma, concluyo que el despido decidido por la patronal debe reputarse “discriminatorio” y por lo tanto “nulo”, determinando ello la procedencia del reclamo principal que articuló el actor en su demanda tendiente a obtener la “nulidad” del despido discriminatorio con más la consecuente reincorporación al puesto de trabajo en las mismas condiciones que se tenían durante la vigencia de la vinculación que subsistía previo al acto discriminatorio del cese, además del pago de los salarios caídos desde la fecha del acto “nulo” hasta el momento de la efectiva reinstalación del trabajador a su puesto de trabajo en “... idénticas condiciones a las que existían con anterioridad al acto nulificado...” (art. 1º de la ley 23.592), salarios que deberán ser objeto de cálculo en la etapa prevista por el art. 132 de la L.O.

En función de que se trata precisamente de un supuesto de discriminación por la actividad gremial, considero que corresponde disponer el efectivo reintegro del trabajador discriminado por esa causa como lo autoriza la ley 23592, que manda a cesar el acto discriminatorio, recomponer las cosas a su estado anterior e indemnizar a la víctima en forma integral.

La solución de la ley 23592 importa la readmisión de las cosas al estado anterior, resulta de aplicación por tratarse de una norma más favorable para el trabajador (cfe. art. 9 LCT), lo que debe complementarse con las disposiciones de los tratados internacionales que prohíben toda forma de discriminación y mandan a cesar los efectos del acto nulo, lo que resulta compatible con el art. 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que consagra la primacía de la norma más favorable, por lo que cabe concluir que siempre será una opción válida en cabeza del trabajador la readmisión en el empleo.

Para eso es necesario adoptar todo el andamiaje normativo que tanto el derecho nacional como el internacional han receptado para el pleno reconocimiento de los derechos humanos universales como es el derecho a la no discriminación, aceptado sin cuestionamiento por los países centrales y los organismos internacionales. Parece lógico que en este nuevo mundo “globalizado”, la solución que se adopte sea también la de las "normas globalizadas" resultantes de la plena y efectiva aplicación de los tratados internacionales que regulan los derechos fundamentales de las personas.

Los actos prohibidos son de ningún valor (art. 18 del Código Civil). Los actos jurídicos no pueden consistir en acciones prohibidas o ilícitas o que se opongan a la libertad de las acciones y si así acontecen son nulos como si no tuviesen objeto (art. 953 del Código Civil). La nulidad puede ser completa o parcial (art. 1039 del Código Civil), pero son nulos cuando fuere prohibido el objeto principal del acto (art. 1044 del Código Civil). Son anulables cuando la prohibición del objeto del acto necesita de una investigación previa de los hechos de la causa (art. 1045 del Código Civil). La opción de



demandar la nulidad o una reparación pecuniaria está en cabeza de la víctima del acto nulo (art. 954 del Código Civil). La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado (art. 1050 del Código Civil).

El despido violatorio del ejercicio de la libertad sindical, discriminatorio, como represalia y sin causa que encubre en realidad una violación de derechos, libertades y garantías consagrados en ordenamientos superiores, como se dio en el caso de autos, es nulo y surge con claridad que el acto antisindical cometido por la empleadora demandada no debe repetirse, ni debe ser causa de cesantía en ningún momento. A este respecto todos los trabajadores tienen una protección permanente, en el orden nacional por la vía del artículo 47 LAS y de la tutela contra los actos discriminatorios por aplicación de la ley 23592 y, en el orden internacional por el abanico de disposiciones supranacionales y opiniones de los organismos internacionales de contralor que han sido citadas precedentemente como fundamento de esta resolución.

Como lo dijo la Corte Suprema en el ya citado caso “Alvarez c/Cencosud” (consid. 8°), la reinstalación guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación en forma íntegra de los daños irrogados, vgr., por un despido (CIDH, Baena Ricardo y otros c/Panamá, sentencia del 2-2-2001, Serie C N° 72, párrs. 202/203 y su cita y 214.7) El PYDESC también requiere, por vía de su art. 2.3., que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas que han visto violados sus derechos, la cual puede materializarse por vía de la restitución (Comité de Derechos Humanos, OG n° 31. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 2004, párr. 16). El objetivo primario de las reparaciones en materia de derechos humanos, es preciso destacarlo, debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación; esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado. El intercambio de violaciones de derechos humanos con dinero, además, entraña un conflicto con el carácter inalienable de aquellos (Shelton Dinah, Remedies in International Human Rights Law, Oxford University Press, 1999, ps. 43 y 55). En este orden de ideas, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas interpretó que el art. 6 de la Directiva 76/207/CEE del 9-2-76, por la cual los Estados Miembros debían introducir en su ordenamiento jurídico las medidas necesarias para que cualquier persona que se considerara perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato pudiera hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional- requería medidas apropiadas para restablecer dicha igualdad cuando no ha sido respetada, las cuales debían garantizar una protección jurisdiccional efectiva y eficaz y surtir un efecto disuasorio real frente al empresario. Así, apuntó, en el supuesto de un despido discriminatorio (art. 5.1. de la Directiva), una de las modalidades para restablecer la situación de igualdad se representaba cuando la persona discriminada recupera su puesto de trabajo (Asunto C-271/91, M.H.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA II

Marshall c. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority, sentencia del 2-8-93, Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia. Parte I. Tribunal de Justicia, 1993-8, ps. 4407/4408, párrs. 24/25). Ya para 1928, la corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso “Chorzow Factory c/Usine de Chorzów, tuvo ocasión de sostener que el principio esencial que deriva de la noción misma de acto ilícito y que se desprende de la práctica internacional, especialmente de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales, es que la reparación debe, de ser posible, borrar todas las consecuencias de dicho acto y restablecer la situación que verosímilmente habría existido si éste no hubiera sido cometido (fondo, sentencia del 13-9-28, Serie A, N° 17, p. 47). Incluso en los marcos internos, la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones de la OIT, en su estudio general Igualdad en el empleo y la ocupación (1988), que guarda relación directa con el convenio 111 de la OIT, advirtió que la prohibición de discriminaciones injustificadas con respecto a la ley se traduce en una mayor protección a las personas por parte de los tribunales y por el establecimiento de sanciones de diversa naturaleza, entre otras, la reintegración en la empresa (Capítulo IV, Aplicación de los principios, párr. 163; 227). En el mismo sentido, la Suprema Corte de los Estados Unidos tiene juzgado que las reparaciones a las víctimas de una conducta discriminatoria deben orientarse lo más cerca posible para reponer a éstas en la posición que hubiesen ocupado en ausencia de dicha conducta (Milliken vs Bradley, 433 U.S. 267, 280 – 1977), por lo que sólo un entendimiento superficial del art. 14 bis llevaría a que la protección contra el despido arbitrario implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación (CSJN, caso “Alvarez y otros c/Cencosud SA”, consid. 8 y 9).

En un reciente documento de la OIT titulado "Para recuperarse de la crisis: Un pacto Mundial para el Empleo", (13/6/2009), este organismo señala que la crisis económica mundial y sus consecuencias han puesto al mundo ante una perspectiva prolongada de aumento del desempleo y agudización de la pobreza y la desigualdad, por lo que hacen falta opciones coordinadas a nivel mundial para potenciar la eficacia de los esfuerzos nacionales e internacionales que contribuyan a revitalizar la economía y a promover una globalización justa, la prosperidad y la justicia social. Para ello las acciones deben guiarse por el Programa de Trabajo Decente y los compromisos asumidos por la OIT y sus mandantes en la Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa de 2008, como centrarse prioritariamente en las medidas destinadas a mantener el empleo (II.9.3), promover las normas fundamentales del trabajo y otras normas laborales internacionales favorables a la recuperación económica y la recuperación del empleo y reducir la desigualdad de género (II.9.7), limitando o evitando la pérdida de puestos de trabajo (III.11.4). Para ello se considera que las normas internacionales del trabajo constituyen una base para sustentar y apoyar los derechos en el trabajo y contribuyen a desarrollar una cultura de diálogo social especialmente útil en tiempo de crisis. Para evitar que se desate una espiral descendente en las condiciones



laborales y sustentar la recuperación, la OIT considera especialmente importante reconocer que el respeto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo es fundamental para la dignidad humana y esencial para la recuperación y el desarrollo, para lo cuál se propone aumentar la vigilancia para evitar, entre otras, la discriminación en el trabajo (III.14.1.i), el respeto de la libertad de asociación, la libertad sindical y el derecho de sindicación (ii) y la necesidad de respetar convenios fundamentales y recomendaciones internacionales del trabajo, entre los cuales se incluye aquéllos instrumentos de la OIT relativos a la terminación de la relación de trabajo (III.14.2), como instrumentos para revitalizar la economía y a promover una globalización justa, la prosperidad y la justicia social.

Se suele decir que los derechos en cabeza de los trabajadores deben ser compatibilizados con otros derechos que se encuentran en cabeza de los empleadores y que emanan también de la Constitución Nacional, como los derechos de propiedad o la libertad de contratación o de ejercer industria lícita.

Sabido es que para el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación (caso Vizzoti), el trabajador es sujeto de preferente tutela y que, cuando se ponen en juego derechos fundamentales como a no ser discriminado, “estos deben prevalecer ante cualquier modalidad que pretenda imponerse con motivo de eventuales requerimientos de la organización de las empresas o de la producción de bienes y servicios: los valores fundamentales de libertad, dignidad humana, justicia social, seguridad y no discriminación son esenciales para un desarrollo y una eficacia sostenibles en materia económica y social (Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008). El principio de igualdad y prohibición de discriminación, que pertenece al dominio de jus cogens y permea todo ordenamiento jurídico, por su carácter imperativo, rige en el derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, por todos los actos jurídicos de cualesquiera de sus poderes, e incluso de los particulares que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia. El principio, así considerado, acarrea, naturalmente obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y a los particulares. Respecto de los primeros, dichas obligaciones, así como les imponen un deber de abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto, también les exigen la adopción de medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes, lo cual implica, el ejercicio de un deber especial de protección con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. Pesa sobre el Estado, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, la obligación de no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de los trabajadores en las relaciones laborales





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA II

privadas, ni permitir que los empleadores violen los derechos de los trabajadores o que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales. En cuanto a los particulares, el mentado carácter erga omnes establece una obligación de respeto de los derechos humanos en los vínculos entre privados, la cual, desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, se especifica en el marco de la relación laboral en el deber del empleador de respetar los derechos humanos de sus trabajadores (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes, párrs. 100/101, 103/106, 109/110, 139/140, 146, 148/149 y 151)” (CSJN, caso “Alvarez y otros c/Cencosud S.A.”, ya citado).

Tampoco puede verse incompatibilidad alguna entre la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita del art. 14 de la Constitución Nacional, con arreglo al caso De Luca (Fallos: 273: 87), en tanto como lo dice la Corte Suprema en el ya citado caso “Alvarez”, se trató, la causa De Luca, “de una cuestión distinta, vinculada con el derecho de propiedad en su nexo con los salarios o remuneraciones, mientras que en el caso no se pone en la liza un régimen general de estabilidad propia o absoluta como protección contra todo despido arbitrario, sino la reincorporación, para el litigio y en el litigio, derivada del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación”.

No puede dejarse de señalar que ya en otras composiciones del Máximo Tribunal, se sostuvo que las normas de estabilidad no afectan garantías constitucionales (Año 1949, Fallos: 215: 151; 192 a 195), o cuando se sostuvo que por tratarse de un tema de orden común “no constituía materia de recurso extraordinario” (Año 1965, Fallos: 263:545, con cita de Fallos: 254:204), agregando que no se viola la garantía del derecho a la igualdad porque la estabilidad propia “implica una de las formas posibles de efectivizar la garantía legal de la estabilidad cuyo acierto o conveniencia no es susceptible de contralor judicial ni tampoco descalificable como constitutivo de injusta persecución o de indebido privilegio por la sola razón de que el beneficio que procura no se halle extendido a otras actividades laborales. Desechó también la tacha de inconstitucionalidad con fundamento en la violación del derecho a la propiedad señalando que el carácter confiscatorio que se atribuía al pago de salarios sin contraprestación del agente hasta que alcance el derecho a la jubilación “es el resultado de la voluntaria prescindencia de la actividad de aquél por parte de la empresa, actitud discrecional que, por lo demás, la priva de gravamen suficiente para cuestionar dichas consecuencias patrimoniales por servicios no prestados por su propio querer” (CSJN, Fallos: 263:548, 549).

Siguiendo al ex Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Doctor Eduardo Alvarez, un empleador no puede invocar la eficacia del ejercicio de sus naturales facultades rescisorias si el acto tiene por teología la discriminación y hasta sería admisible desactivar el pacto comisorio implícito de todo contrato si su motivación real se remite a consagrar una desigualdad por motivos análogos



a los que se describen en el segundo párrafo del art. 1 de la ley 23592 (cfe. Dictamen PGT 37426 del 12/2/04).

Es decir, la libertad de contratación, que lleva implícita la posibilidad de rescindir los contratos y que compromete el derecho de propiedad, no es absoluta. Su ejercicio puede ser objeto de diversas reglamentaciones legales, traducidas en concretas restricciones que tienen en miras el orden público y el bien común como valores trascendentales que deben guiar la actividad estatal (cfe. CNAT, Sala V, SD 69131 del 21/12/06, “Arecco Maximiliano c/Praxair Argentina s/Sumarísimo”).

Pero aún así, resulta evidente que el marco normativo constitucional, en la actualidad, difiere del vigente para la época de De Luca, en tanto la Constitución Nacional, agrego, cuyas garantías no estaban vigentes en la época en que se dictó ese fallo, debe ser entendida, como lo señala la Corte, “como una unidad, esto es, como un cuerpo que no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere, como un conjunto armónico en el que cada uno de sus preceptos ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de los demás (Galassi, Fallos: 310:2737). Dicho cuerpo no es otro que el bloque de constitucionalidad federal, comprensivo de aquéllos y de la Constitución Nacional (Dieser, Fallos: 329:3034)”.

De la misma manera, no puede anteponerse a derechos fundamentales como lo es el de no discriminación, la libertad de contratar que se esgrime en cabeza de los empleadores, o su versión de des-contratar, en tanto como lo ha dicho la Corte Suprema en reiteradas ocasiones (“Rusich Elvira c/Cía. Introdutora de Buenos Aires”, Fallos: 181: 209), de 1938, como en “Saltamartini c/Compañía de Tranways “La Nacional” (Fallos: 176:22), como en “Quinteros Leónidas S. c/Cía. De Tranvías Anglo Argentina” (Fallos: 179:79), como en “Prattico Carmelo y otros c/Basso y Cía” y, fundamentalmente en el ya citado caso “Alvarez c/Cencosud”, “toda vez que la libertad de contratar del empleador entre en conflicto con la libertad contra la opresión del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre aquella, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo. No otro es el sentido de la cláusula que los Constituyentes de 1957 agregaron a continuación del art. 14 de la Ley Fundamental” (Fallos: 246:345, 349, con cita de la sentencia West Coast Hotel Co. Vs. Parrish de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América). Y ello también condujo, en “Roldán c/ Borrás”, a rechazar las invocaciones del derecho de propiedad y la libertad de contratar formuladas para impugnar constitucionalmente las prestaciones impuestas al empleador a favor del empleado en razón de los hijos de éste, destacando el Tribunal que el fundamento valorativo de la solución reposaba en inexcusables principios de justicia social (Fallos: 181:210) y en la ponderada estimación de las exigencias éticas y condiciones económico-sociales de la colectividad a la que se aplica” (Fallos: 250:46, 48/50), siguiendo el ritmo universal de la justicia”.

Es decir, rige el impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos (cfe. Ferreirós Estela, “El fallo Alvarez. Un escenario





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA II

esclarecedor sobre el tema de la reinstalación”, en Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Febrero 2011, Abeledo Perrot, pág. 305). El principio de la progresividad va acompañado como la estampilla al sobre, por la prohibición de regresividad, o prohibición de retroceso, y forma parte del bagaje teórico tanto del derecho internacional de los derechos humanos, como del derecho constitucional en materia de derechos sociales y se refiere a la extensión de los derechos concedidos por una norma (cfe. Christian Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, pub. En “Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales”, Christian Courtis Compilador, CELS, pág. 4) y ha sido entendido como el avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural (art. 5.1. Protocolo de San Salvador). Pero en ese avance paulatino, una vez alcanzado un derecho no queda margen para su desconocimiento o retroceso (cfe. Informe provisional del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Paul Hunt. ONU, A/58/427, 10/10/2003, párrs. 5-37).

En la misma línea, tampoco puede acudir a la doctrina de la Corte Suprema en el caso “Figuroa c/Loma Negra” de 1984, (Fallos: 306: 1208), en tanto como dijo el mismo Tribunal, ahora en “Alvarez c/Cencosud” ya citado, “la reinstalación del empleado conlleva una supresión de las facultades discrecionales del empleador de organización y dirección de la empresa e integración del personal. Con todo, cumple agregar que, a la luz del corpus iuris de los derechos humanos, el contenido y los alcances de dichas facultades y de la discrecionalidad de su ejercicio, por más amplios que hipotéticamente fuesen, en ninguna circunstancia y lugar podrían dejar de estar limitados por el inquebrantable respeto de la dignidad del trabajador y el jus cogens que informa el principio de igualdad y prohibición de discriminación. Subordinar las exigencias fundamentales que de esto último se siguen a un ejercicio sin taludes ni medidas de los señalados poderes, resultaría desbaratar la natural jerarquía de los valores asentados por el bloque de constitucionalidad, máxime cuando la dignidad humana es el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y del orden internacional adoptado (Aquino, p. 3778 y Madorrán, p. 2004). Incluso, en el orden legal, el empleador, al ejercer dichas facultades, siempre se cuidará de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa y el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso del derecho. Los poderes invocados, para ser válidos, por un lado, no pueden desentenderse de que el trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que el trabajador desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano (Condición Jurídica y Derecho de los Migrantes, párr. 158), ni dejar de asumir, por el otro, como lo prevé la LCT, que el contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí, de manera que sólo después ha de entenderse que media entre las partes una



relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley. Lo contrario parece responder a una concepción instrumental del trabajador, pues admitir que los poderes del empleador determinen la medida y alcances de los derechos humanos del trabajador importaría, pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Por lo que son dichos poderes los que habrán de adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad. El éxito de una empresa, por cierto, de ningún modo podría hacerse depender, jurídicamente, de la subsistencia de un régimen inequitativo de despidos arbitrarios” (“Mata José María c/Ferretería Francesa”, Fallos: 252: 158, 163/164; “Alvarez y otros c/Cencosud SA”, cons. 10).

Del mismo modo, si se concluye como ocurre en el caso de autos que el distracto se produjo en realidad por la actividad sindical del actor, es decir que tuvo como causa oculta reprimir la actividad sindical realizada por éste, resulta que el despido dispuesto por la empleadora constituyó una represalia dirigida no solamente a impedir la actividad sindical en el plano individual, sino como un claro mensaje destinado a amedrentar al colectivo laboral tendiente a evitar que puedan imitarse conductas como las que se pretendieron evitar e impartir un claro mensaje, cuál sería las consecuencias que les puedan reparar a los trabajadores si igualmente decidieran llevarlas a cabo.

Tuve oportunidad de resolver que importa un despido represalia vedado en forma expresa por el Convenio 158 de la OIT cuando "se expulsa al que reclama o peticiona" (como Juez a cargo del Juzgado Nro. 38 del Fuero, S.D. 3368 del 25/9/07, en autos "Juares Albino c/ Frigorífico Máximo Paz S.A. s/ Despido").

Soy de opinión que no podrá alegarse que el Convenio 158 de la OIT no ha sido ratificado y que por eso no resulta aplicable. No comparto esa tesitura por cuanto comprendiendo dicho convenio derechos que han sido considerados por la OIT como fundamentales, como el derecho a la sindicalización y a la no discriminación, considero que resulta auto aplicable en virtud de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo del año 1998 del mismo organismo a la que ya se aludiera, por contener principios fundamentales del hombre, consagrados por la propia OIT, con alcance sus disposiciones de orden público internacional, es decir de ius cogens, entendido "como norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto, que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter, por tratarse de normas imperativas de derecho internacional y que deben ser acatadas por los Estados, como lo prescribe el art. 53 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados" (cfe. Roberto C. Pompa, Nulidad del despido discriminatorio. En camino a su consolidación", Revista La Causa Laboral, n° 41, Agosto 2009, p. 11).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA II

Entiendo que el Máximo Tribunal admitió esa posición al menos de manera indirecta y preliminar cada vez que aludió a la aplicación de esa declaración de principios de la OIT y su aplicación inmediata como fundamento de sus pronunciamientos (cfe. CSJN, caso "ATE" citado); cuando reconoció la aplicación inmediata de normas internacionales pese a su falta de ratificación por nuestro país (cfe. CSJN, caso "Manauta" del 2/12/99, considerando VIIº) y, ya de manera directa y explícita, cuando lo invocó como fundamento de derecho al resolver la causa "Alvarez Maximiliano y otros vs Cencosud S.A. s/acción de amparo" (del 7/12/2010, considerando 7º), ya citada, cuando sostuvo que "el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su calidad de intérprete del PIDESC, no ha dejado de considerar que los alcances del derecho al trabajo del PIDESC son determinables a la luz del Convenio 158 de la OIT, al menos en cuanto "impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido, así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente" (Observación General nº 18). Y, es de importancia subrayarlo, dicho Convenio, además de excluir los motivos discriminatorios como causa justificada para la terminación de la relación de trabajo (art. 5.d) prevé que los tribunales llamados a resolver sobre el carácter justificado o injustificado de dicha terminación puedan, en este último supuesto, "anular la terminación" y "ordenar la "readmisión" del trabajador (art. 10). A conclusiones análogas conduce el abanico de instrumentos internacionales que también enuncian y resguardan el "derecho a trabajar" (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23.1.; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XIV y Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5.e.i), contemplando el Protocolo de San Salvador la "readmisión en el empleo". Ya he señalado que le corresponde a la víctima de la discriminación, en el caso el trabajador, la elección de la vía de la reparación, como a los jueces elegir del amplio abanico de normas la que le resulte más favorable.

Considero que la referencia expresa que hace el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación a partir del precedente "Alvarez" citado, zanja la discusión sobre la auto aplicabilidad del Convenio 158 de la OIT, en tanto el mayor Tribunal Supremo de Justicia de nuestro país no podría invocar como fundamento de sus decisiones normas que no existen, o que no resulten aplicables.

Por lo dicho hasta aquí, en palabras del Máximo Tribunal, "los derechos constitucionales tienen naturalmente un contenido que por cierto le proporciona la propia Constitución. De lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que a la par echaría por tierra el mentado control: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último" (cfe. CSJN, caso "Vizzoti"), con lo cual podría caerse en la paradoja, como enseña el Dr. Bidart Campos (en "El panorama de los derechos humanos a fin de siglo", JA 80º Aniversario) "que se proclame por un lado



que una constitución es soberana y por otro se requiera del legislador común para aplicarla", correspondiendo recordar que "garantizar" un derecho significa remover todos los obstáculos para que pueda gozarse de su ejercicio (cfe. CSJN, caso "Girolodi" ya citado).

Señala por su parte el Doctor Rolando Gialdino que "los derechos económicos, sociales y culturales han sido considerados en el panorama general del derecho internacional de los derechos humanos según diferentes criterios. Todos estos se proyectan de manera inevitable sobre el respeto, protección y realización de los mencionados derechos, así como sobre la aplicación e interpretación de las normas que los reconocen, su justiciabilidad y las respectivas obligaciones de los Estados entre otros muchos aspectos" (cfe. Roldando E. Gialdino, en "Investigaciones 2 (1999)", pág. 361, Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina). El mismo autor sostiene que "la dignidad humana es causa de los derechos humanos, por cuanto es de ella que se "desprenden", "derivan" o "emanan" los derechos humanos" (ídem, "Investigaciones 2/3 (2002)", pág. 549).

En el mismo sentido, la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo en su declaración titulada "Frente a los despidos de trabajadores en la crisis global", emitida en abril de 2009 señala en lo pertinente: "...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...".

En concordancia con ello, la C.I.D.H. ha dicho que: "...156. Este Tribunal señala que son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional, la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador. Esto es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente..." (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003).

El acto de ratificar la Convención Americana supone la obligación no sólo de respetar la vigencia de los derechos en ella reconocidos, sino también "de garantizar la existencia y el ejercicio de todos ellos, sin jerarquización o diferenciación alguna" (C.I.D.H., Informe anual 1993, Res. 14/93. Caso 10.956, ps.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA II

356/357, México, en "Repertorio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Edit. Abaco de Rodolfo Depalma, p. 169).

La C.I.D.H. en su sentencia del 29 de julio de 1988 en el caso "Velásquez Rodríguez" consideró que "la obligación de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos humanos contenida en el artículo 1.1. de la Convención Americana "implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (Informe anual 1990/91. Res. 8/91. Caso 10.180, p. 272. México). Y garantizar implica "la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la convención reconoce" (CIDH, OC.11/90, párr. 34. Informe anual 1993, Res. 6/94. Caso 10.772, p. 196. El Salvador). Se trata en efecto, de "los conceptos de deber de respeto y de deber de garantía de los derechos fundamentales a cargo de los Estados. Ambos deberes estatales, de respeto y de garantía, constituyen la piedra angular del sistema de protección internacional, pues ellos remiten al compromiso internacional de los Estados de limitar el ejercicio del poder y, aún de su soberanía, frente a la vigencia de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana. El deber de respeto implica que los Estados deben asegurar la vigencia de todos los derechos contenidos en la Convención mediante un sistema jurídico, político e institucional adecuado para tales fines. Por su parte el deber de garantía implica que los Estados deben asegurar la vigencia de los derechos fundamentales procurando los medios jurídicos específicos de protección que sean adecuados, sea para prevenir las violaciones, sea para restablecer su vigencia y para indemnizar a las víctimas o a sus familias frente a casos de abuso o desviación del poder. Estas obligaciones estatales van aparejadas del deber de adoptar disposiciones en el derecho interno que sean necesarias para hacer efectivos los derechos consagrados de la Convención (artículo 2). Como corolario de estas disposiciones, existe el deber de prevenir las violaciones y el deber de investigar las producidas, pues ambas son obligaciones que comprometen la responsabilidad de los Estados. Este conjunto de obligaciones de los Estados está relacionado con la disposición que reconoce el derecho a la debida protección judicial, prevista en el artículo 25 de la Convención Americana" (Informe anual 1995. Res. 1/96. Caso 10.559, ps. 162/163. Perú).

Así, también ha resuelto la C.I.D.H. que: "167 ... la obligación general de los Estados establecida en el artículo 2 de la Convención Americana incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Cinco Pensionistas", sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C Nº 98, párr. 165. Caso "Baena Ricardo y otros", sentencia de 2 de febrero de 2001, serie C Nº 72, párr. 178).



La Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que tutelan los derechos fundamentales de las personas no son un cúmulo de textos jurídicos o reglas normativas, sino la expresión del desarrollo cultural de los pueblos, por lo que debe ser cultivada por los vientos de justicia, siguiendo el ritmo universal de la justicia, de manera que cada uno de los miembros de la comunidad en esa Aldea global participen de los bienes materiales y espirituales que ofrece el progreso de la civilización. Como bien dice el Doctor Enrique Petracchi, "Es por medio de la justicia que se consigue o se tiende a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad" (cfe. Petracchi Enrique S., "Derechos humanos y Poder Judicial", CSJN, Fallos: 181:209; 289:430).

De esta manera el despido discriminatorio, como el que constituye una represalia al trabajador por su actividad sindical, tanto en el régimen local como internacional como supralegal, tienen como rango distintivo, reitero, que la discriminación debe cesar y ello se logra reponiendo al trabajador en su puesto de trabajo ya que los despidos en esas condiciones son nulos, carecen de eficacia, deben ser abonados los salarios a los que el trabajador víctima de la discriminación se vio impedido de percibir y deben ser reparados los daños materiales y morales ocasionados (cfe. tuve oportunidad de resolver, como Juez de Trabajo a cargo del Juzgado Nro. 68 del Fuero, mediante S.D. 3616 del 9/9/09, en autos "Sesto Claudio Gustavo c/ AFIP DGI s/despido).

Sólo así se alcanzaría a mi entender la reparación en forma íntegra (restituto integrum) de la víctima de discriminación, que consiste en el restablecimiento de la situación anterior y en la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, como el resarcimiento de las costas y los gastos en que hubieran incurrido las víctimas o sus derechohabientes con motivo de las gestiones relacionadas con la tramitación de la causa ante la justicia (cfe, C.I.D.H., caso "Baena", ya citado).

En síntesis, la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia que funcionarían como santuarios de infracciones, sino que se reprueba en todos los casos (cfe. CIDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes, voto del Juez García Ramírez, párr. 20).

Reitero, entonces, propongo revocar la sentencia recurrida y, en consecuencia, admitir el pedido de reinstalación con más el pago de salarios caídos.

La solución que propongo torna abstracto el tratamiento de los agravios incoados por la demandada.

IV. Conforme todo lo que se ha explicitado hasta el momento y de acuerdo a la normativa prevista en el art. 1º de la ley 23.592, no quedan dudas en cuanto que corresponde a la demandada, además de "dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización", "reparar el daño moral y material ocasionados", circunstancia que determina sin más la procedencia del reclamo por daño moral.

Por otra parte y en lo que atañe a la cuantificación de la condena en este sentido, es dable recordar que nos encontramos frente a un supuesto de





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA II

reparación de daño extrapatrimonial, lo que en sí mismo implica una dificultad ínsita para establecer la cuantía de la indemnización, considerando dicha circunstancia, en mi opinión, la suma de \$150.000.- reclamada en concepto de daño moral resulta justa y equitativa teniendo especialmente en cuenta los daños acreditados, el lapso temporal en que se prolongó la decisión que se deja sin efecto por medio de la presente, las circunstancias que rodearon al acto lesivo y las lógicas consecuencias que ellos tuvieron en la integridad moral del trabajador, en cuanto a los episodios que derivaron en la cesantía del demandante.

Debe tenerse en cuenta que la determinación del monto de la indemnización por daño moral no está sujeta a la aplicación de una fórmula legalmente establecida.

Por todo ello, es que, en definitiva, sugiero diferir a condena la suma de \$150.000.- en concepto de daño moral.

V. Los créditos diferidos a condenada llevarán intereses desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago, de acuerdo a lo dispuesto por las actas de la CNAT 2601 del 21/05/14, 2630 del 27/04/2016 y 2658 del 8/11/17.

VI. A consecuencia de las argumentaciones expuestas y con arreglo a lo establecido por el art. 279 del CPCCN, corresponde adecuar la imposición de costas y los honorarios al resultado del pleito que se ha dejado propuesto para resolver la apelación, lo cual torna cuestión abstracta el planteo relativo a los honorarios.

En atención al principio general que emana del art.68 del CPCCN, estimo que las costas de ambas instancias deben quedar a cargo de la demandada vencida en los aspectos principales (art. 68 CPCCN).

A su vez, en atención al mérito y la extensión de la labor desarrollada por los profesionales que actuaron en estos autos y al nuevo resultado del pleito que he dejado propuesto, de acuerdo con las pautas que emergen del art. 6 y subs. de la ley 21.839 y del art. 38 de la LO, estimo que, por las tareas llevadas a cabo en primera instancia, corresponde regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora en el 14% y los de la representación y patrocinio de la parte demandada en el 11%, porcentajes éstos que, en la oportunidad prevista en el art. 132 LO, deben aplicarse sobre el monto total de condena (capital e intereses).

A su vez y con arreglo a lo establecido en el art. 30 de la ley 27.423, habida cuenta del mérito y extensión de labor desarrollada en esta instancia por la representación y patrocinio letrado de la parte actora y de la parte demandada, propongo que se regulen los honorarios por esas actuaciones en el 35% y 30%, respectivamente, de lo que corresponde, a cada una de ellas, por la totalidad de lo actuado en la instancia anterior.

El Dr. **Daniel E. Stortini** dijo:

Que adhiere a las conclusiones del voto del Dr. Roberto C. Pompa por análogos fundamentos.



Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 de la ley 18.345), el Tribunal RESUELVE: 1) Revocar la sentencia apelada y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda, declarar la nulidad del despido y condenar a EMPRESA SAN JOSE S.A. a reincorporar a CESAR ANTONIO MARTINEZ en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que tenía durante la vigencia de la vinculación previo al acto del cese, bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias (art. 804 del Código Civil y Comercial de la Nación); 2) Condenar a la demandada al pago de los salarios caídos, con los incrementos legales y convencionales que correspondieren, desde la fecha del acto “nulo” y hasta tanto se efectivice el restablecimiento de las condiciones laborales, con más un interés de conformidad con lo dispuesto por las actas de la CNAT 2601 del 21/05/14, 2630 del 27/04/2016 y 2658 del 8/11/17, desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago, salarios que deberán ser objeto de cálculo en la etapa prevista por el art. 132 de la L.O. 3) Condenar a la demandada a pagar al actor la suma de PESOS CIENTO CINCUENTA MIL (\$150.000.-) en concepto de daño moral, con más un interés de conformidad con lo dispuesto por las actas de la CNAT 2601 del 21/05/14, 2630 del 27/04/2016 y 2658 del 8/11/17, hasta su efectivo pago; 4) Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida; 5) Regular los honorarios de primera instancia de la representación letrada de la parte actora en el 14% y de la representación letrada de la demandada en el 11%, porcentajes a calcularse sobre el monto total de condena (capital más intereses); 6) Fijar los honorarios de alzada de las partes actora y demandada en el 35% y 30%, de lo que respectivamente le corresponda percibir a cada una de dichas partes por la totalidad de lo actuado en la instancia anterior. 7) Hágase saber a los interesados lo dispuesto por el art. 1º de la ley 26856 y por la Acordada de la CSJN N° 15/2013, a sus efectos.

Cópiese, regístrese, notifíquese y devuélvase.-

Daniel E. Stortini
Juez de Cámara

Roberto C. Pompa
Juez de Cámara

jsr



#19870164#280710423#20210222102416667