



**UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES
DEL DERECHO LABORAL ANTE EL DESPIDO DISCRIMINATORIO: UN
ANÁLISIS DEL FALLO “VARELA C/ DISCO S.A.”**

NOTA A FALLO

Autor: Gustavo Arnaldo Tonello

D.N.I.: 14.992.233

Legajo: VAG 38510

Prof. Director: César Daniel Baena

Mar del Plata, julio 2021

Tema: Laboral- Despido Motivado por razones sindicales- Sentencia Arbitraria

Fallo: 341:1106 Corte Suprema de Justicia de la Nación. (4 de septiembre de 2018)

Autos: Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ amparo sindical

Votos: Highton de Nolasco, Maqueda, Rosenkrantz (Voto Conjunto) Rosatti (Voto Propio).

Sumario: 1.- Introducción. 2.- Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del tribunal. 3.- Reconstrucción de la ratio decidendi de la sentencia. 4.- Análisis del autor. 4.1.- La descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. 4.2.- La postura del autor. 5.- Conclusión. 6.- Listado de referencias bibliográficas. 6.1 Doctrina. 6.2 Jurisprudencia. 6.3 Legislación 7.- Anexo.

1.- Introducción

El fallo se centra en el despido arbitrario e injusto sufrido por un trabajador que se sitúa a la cabeza del colectivo laboral en defensa de los derechos de sus compañeros. Esto ha sido la motivación que fundamenta el estudio de la sentencia caratulada Varela, José Alberto c/ Disco S.A. s/amparo sindical.

En los presentes actuados, La Corte Suprema de Justicia de la Nación hace lugar a la queja promovida por el actor, declara formalmente admisible el recurso extraordinario y revoca la sentencia impugnada. Esto constituye una importante construcción jurisprudencial en materia de despidos laborales por causas discriminatorias. El análisis de este fallo se justifica en la interpretación del sentido y alcance que debe asignarse a la discriminación en materia laboral.

En el citado fallo la cuestión a dilucidar gira en torno a establecer si ha existido un despido motivado por razones sindicales en lo que respecta al alcance de la ley (23.551, 1988, art. 47) o fundado en una opinión gremial en los términos de una norma general de aplicación como la ley (23.592, 1988, art. 1)

El problema jurídico planteado es del tipo axiológico. Los problemas axiológicos son aquellos que se suscitan respecto de una regla de derecho por una contradicción con algún principio superior del sistema o un conflicto entre principios en un caso concreto.

Ronald Dworkin (2004), Afirma que el sistema legal, no solamente se trata de reglas indiscutibles de todo o nada, sino que también implica principios de orden moral

político, que fungen como justificación de las instituciones de la comunidad. Manifiesta que el operador jurídico debe además de las normas o reglas recurrir a principios. Es por ello que los casos difíciles se fundamentan en principios. El juez construye una respuesta racional bajo una justificación coherente con los precedentes, instituida a través de los principios, fundamentos de toda norma.

Aquí se plantea la contradicción entre una regla y un principio superior del sistema. El actor fue objeto de una arbitraria discriminación por causa de su actividad gremial. De manera tal que la decisión de despedirlo, violentó la garantía contenida en los arts. 14 bis y 16 de la Constitución nacional, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical, discriminación, empleo y ocupación, art. 23 inc. 4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; art. 8vo. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; Convenio Internacional del Trabajo N° 98; Declaración de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo, O.I.T., 1998.

En este veredicto, La Corte Suprema de Justicia de la Nación argumenta su decisión en que el tribunal *a quo* desconoció el principio mencionado *ut supra*.

Según Robert Alexy (2007), la distinción entre principios y reglas constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin tal distinción, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico.

La postura de Alexy (2007) se centra en que los principios fundamentales se presentan como mandatos de optimización. Estos principios ordenan que algo sea realizado en la mayor medida, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. No caben dudas que el derecho a la no discriminación es un principio fundamental del hombre en el sistema jurídico. Es un derecho humano cuya protección resulta indispensable en cualquier sociedad que se precie de democrática. La protección legal frente a las conductas discriminatorias excede incluso la normativa laboral y se enraíza en las disposiciones constitucionales y el derecho internacional.

Afirma Bidart Campos (2001), que la discriminación arbitraria configura una negación de la igualdad. Manifiesta que el enunciado es enteramente válido para justificar

la vigencia de una pauta genérica en el plano de la teoría constitucional: el derecho a la igualdad y a no ser discriminado arbitrariamente ostenta rango superior en la escala axiológica de los bienes e intereses jurídicos a proteger.

En este fallo podemos ver el tratamiento de un derecho de segunda generación que defiende el valor de la igualdad como lo es el derecho al trabajo digno y a un trato no discriminatorio.

2.- Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del tribunal.

En el presente fallo el Sr. José G. Varela, promueve una demanda con el fin de obtener la declaración de nulidad de su despido con sustento en lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución Nacional, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) 87 Y 98 y el artículo 47 de la ley 23.551 contra Disco S.A., propietaria de los locales “Supermercados Vea”, para la que presto servicios durante más de 10 años.

Consideró que su empleadora al despedirlo había realizado una acción arbitraria, tendiente a impedir el ejercicio de la libertad sindical. Afirma que todas las buenas consideraciones por parte de la contratante hacia su persona, variaron cuando comenzó a reclamar su derecho a la representación sindical. Agregó que instó a sus compañeros de trabajo a reunirse para elegir delegados gremiales obteniendo el consenso de la mayoría. Intimó a la patronal a que se les permitiese a los trabajadores mantener una reunión para poder elegir un delegado provisorio, bajo apercibimiento de denunciarla por práctica desleal.

Luego de estos pedidos, Varela fue suspendido el día 19 de abril de 2005, con fundamento en supuestas impuntualidades, sanción que fue impugnada en tiempo y forma por el actor el día 21 de abril de 2005. Seguidamente, la empleadora procedió a despedir al actor argumentando que la respuesta vertida en la impugnación de la sanción resultaba una conducta “agraviante”, extinguiendo la relación laboral el día 25 de abril de 2005.

Ante tal circunstancia el actor sostuvo que el despido encubrió una represalia por la actividad sindical que se encontraba desarrollando, y promovió demanda por despido discriminatorio basada en razones sindicales.

El juez de primera instancia hizo lugar a la acción promovida por el actor, y la demandada interpuso recurso de apelación contra dicho decisorio. La Cámara de Apelaciones revocó la sentencia, y por ello el actor dedujo recurso de casación ante la Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca la cual rechazó el recurso por improcedente. Contra dicha decisión el actor interpuso recurso extraordinario cuya denegación dio lugar a la queja que motivó el fallo en análisis.

3.- Reconstrucción de la *ratio decidendi* de la sentencia.

Conforme se ha representado en la introducción del presente trabajo, el problema jurídico planteado es de tipo axiológico. La Corte Suprema en su voto mayoritario, lo resuelve centralmente haciendo efectiva la ponderación del principio antidiscriminatorio que emerge de la ley federal 23.592. De esta forma garantiza una tutela judicial efectiva de los principios generales del derecho del trabajo que tienen como pilar fundamental un único principio, el “principio protectorio” -consagrado en el art. 14 bis C.N. y que le da sentido a toda la normativa laboral.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó el fallo de la Corte provincial, y estableció a quién le corresponde probar el carácter discriminatorio del despido. Para ello, el Máximo Tribunal destacó con base en el precedente “Pellicori” (Fallos: 334:1387) y por lo expuesto en el precedente “Sisnero” (Fallos: 337:611) que “quien alega la existencia de un motivo discriminatorio debe mostrar prima facie o verosímilmente que estaba llevando a cabo una actividad protegida por las normas que invoca y que la ejercía de modo regular. No cualquier actividad u opinión en el ámbito laboral es de carácter sindical o gremial.” La Corte subrayó que el requisito de la realización de una actividad sindical fue acreditado por el actor, porque entre otras cosas el Ministerio de Trabajo de la Nación había acogido favorablemente el pedido de éste para que se convocara a elecciones de delegados.

El Alto Tribunal - con absoluta claridad - precisó que aun cuando el trabajador pruebe los extremos mencionados, “el empleador puede justificar su proceder acreditando que el despido no fue discriminatorio”.

De los fundamentos del fallo de la Corte, se desprende que cuando se trata de un despido sin expresión de causa, basta que el empleador demuestre que el despido no

obedeció al motivo discriminatorio tachado de nulo o arbitrario. Caso contrario, cuando se trata de un despido fundado en justa causa, el empleador deberá demostrar que dicha causa se ha configurado.

En el caso en análisis, a opinión del Máximo Tribunal, la demandada no produjo prueba y omitió establecer si la causal invocada para el despido estaba configurada, o si constituía injuria suficiente.

Este fallo resulta relevante en cuanto interpreta el sentido y alcance que debe asignarse a la ley 23.592, o también llamada “ley antidiscriminatoria”, en materia laboral y más específicamente respecto a los despidos discriminatorios por razones gremiales; cuestión que dio lugar a una intensa controversia tanto doctrinaria como jurisprudencial.

4.- Análisis crítico del autor

4.1.- Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

Tal como lo ha sostenido en otras oportunidades La Corte Suprema dictó el fallo en análisis, ratificando el rumbo sentado, primero en el precedente "Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud", luego en los casos "Pellicori c. CPACF" y "Sisnero c. Taldelva".

En este sentido el Alto Tribunal resuelve el problema axiológico que se le presenta entendiendo que resulta de aplicación el principio jurídico emanado de la Ley 23.592, (Ley antidiscriminación), en tanto al ser una norma de alcance general —en consonancia con la CN y los tratados internacionales de jerarquía constitucional— rige para todos los sujetos, incluyendo a los trabajadores excluidos del régimen protectorio de la ley 23551.

Karpiuk, Héctor H. (2011) considera que hay discriminación cuando existe un trato diferenciado del empleador hacia el trabajador o trabajadores, que no responde a razones objetivas y que lo coloca en inferioridad de condiciones respecto del grupo. Ahí es donde se produce un perjuicio real o potencial, de orden material o moral, durante todas las etapas de la relación laboral.

Es de destacar la postura de Cataldo, José Luis (2011) quien entiende que son derechos laborales fundamentales aquellos que han sido positivizados como derechos humanos en la Constitución política de un país, como ocurre en el nuestro.

Rodríguez Mancini, Jorge (2007) clasifica estos derechos fundamentales en específicos, inespecíficos laboralizados e inespecíficos no laboralizados.

Serán específicos aquellos derechos fundamentales que se explican y tiene su razón de ser en el carácter de trabajador de la persona. Por ejemplo, al hablar de igual remuneración por igual tarea.

Por su parte, son inespecíficos laboralizados aquellos derechos fundamentales que si bien aplicables a todas las personas, también tienen su aplicación en el ámbito del trabajo. “Por ejemplo, el derecho de no discriminación”.

El art. 14 bis de nuestra carta Magna viene a reforzar la aludida protección constitucional laboral inespecífica, prescribiendo expresamente que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador, entre otros derechos, condiciones dignas y equitativas de labor. Por otra parte, en materia de derechos sociales, los arts. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del “Protocolo de San Salvador” 1,2 y 3 del Convenio 111 de la OIT sobre Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento, consagran una tutela antidiscriminatoria específica. Es decir, que el trabajador tiene el derecho a no ser discriminado arbitrariamente desde una doble dimensión: una tutela constitucional similar a los restantes habitantes y una tutela constitucional específica. “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo” Sent. Def. N° 68.536.

Sobre el particular, y en igual sentido, Valentín Rubio (2009), concluye que el trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Una vez configurado el cuadro indiciario precitado, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración del derecho fundamental. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos

fundamentales, que debe llevar a la convicción del Tribunal de que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión patronal.

Juan C. Fernández Madrid (2007), puntualiza que lo importante del despido discriminatorio en el régimen de la ley 23.592 y en los Tratados Internacionales constitucionalizados es que la discriminación debe cesar y la única forma de lograrlo es la de reponer al trabajador en su puesto de trabajo. Entiende que el régimen general que rige en materia de despido y que posibilita el despido sin causa con pago de una indemnización, cede frente a las normas de rango superior. Tal es el caso de la ley 23.592, que tutela la dignidad del hombre y que, por ende, sanciona las conductas discriminatorias y que, ante todo, tiende a privar de efectos al acto violatorio de dichas normas fundamentales.

Es de destacar, que la CSJN, en la causa RECURSO DE HECHO, Álvarez Maximiliano y Otros c/ Cencosud S.A. s/ amparo, ratifica que la ley N° 23.592 es aplicable a la relación de trabajo privada, más específicamente al distracto producido como en el caso de autos. El principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, presente en la Constitución Nacional (art. 16) no ha hecho más que verse reafirmado y profundizado por el Derecho Internacional de los derechos humanos y los instrumentos de éste que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional. Dentro de ellos, mencionamos lo proveniente de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como es el convenio N° 111 sobre discriminación en materia de Empleo y Ocupación. La Ley N° 23.592 ha tendido a conjurar un particular modo de menoscabo del pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocido en la Constitución Nacional: el acto discriminatorio.

En el mismo sentido en el fallo mencionado en el párrafo que antecede, el Máximo Tribunal ha dicho que el principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al *Jus Cogens*. Sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico.

La ley 23.592, reglamenta directamente un principio constitucional de la magnitud del art. 16 de la Constitución Nacional, sobre todo cuando, la interpretación del ordenamiento infraconstitucional debe ser llevado a cabo con fecundo y auténtico sentido

constitucional por un lado y, por el otro, el trabajador es un sujeto de preferente tutela por parte de la Constitución Nacional.

4.2 Postura del autor

En Varela, José Gilberto c/ Disco S.A el actor recurre a la jurisdicción en primera instancia pretendiendo la restitución a su puesto de trabajo en la Empresa Disco S. A. Todo ello en las condiciones previas al despido; el pleno goce de sus derechos laborales y sindicales; pago de salarios caídos y multa a la empresa por prácticas desleales.

La CSJN no condena a la reinstalación del trabajador, sino que ordena al tribunal de origen a dictar sentencia de acuerdo al estándar probatorio que fuera desarrollado en la misma, considerando que los elementos de prueba acompañados por el actor acreditan su activa participación gremial. Lo cierto es que ratifica un criterio que otorga protección a los activistas sindicales para desarrollar su militancia gremial.

En mi opinión, concluyo que la decisión arribada en el fallo que aquí se presenta ha sido correcta. Si bien la CSJN contempla la suma de dos criterios de protección de activistas sindicales: 1° la aplicación de la ley antidiscriminatoria, y 2° la inversión de la carga de la prueba en este tipo de despidos, no reafirmó el criterio sentado en el caso “Álvarez c/ Cencosud”, en el cual estableció que la aplicación de la ley antidiscriminatoria implica que la reparación sea la reinstalación del trabajador, y no una indemnización económica. En el fallo en análisis el Máximo Tribunal se aparta hasta de sus propios precedentes cuando no reafirma lo sentenciado en “Álvarez c/ Cencosud.

Es de destacar que el fallo en análisis tiende a salvaguardar los derechos de agremiación y de defensa de derechos colectivos. Protección que en opinión de la Corte, se debe aplicar aún en trabajadores que no detentan tutelas sindicales específicas.

Concuero con el Dr. Rosatti quien realizó un tratamiento más detallado y agudo sobre el tema discriminación en un despido. Destaca que el debate de autos se relaciona directamente con tres libertades “esenciales del estado constitucional vigente en la República”: de reunión, de expresión y de asociación cuya limitación afecta a una cuarta, la libertad sindical. Afirma que los nombrados son todos derechos que junto con la libertad de opinión, resultan inseparables. Finalmente, remarcó que sin el aseguramiento

de las libertades indicadas, es poco menos que imposible que pueda ejercerse acabadamente el derecho de los trabajadores de constituir las organizaciones que estimen convenientes.

Finalmente en mi opinión en el fallo “Varela” la CSJN ha reafirmado la existencia del principio de progresividad. El principio de progresividad, que plasmado en nuestra Constitución Nacional, como norma rígida de nuestro ordenamiento legal, nos obliga a todos, en lo que a derechos humanos respecta, a avanzar y nunca retroceder.

Este principio de progresividad es relativamente novedoso en el derecho del trabajo. Establece que ningún cambio se puede realizar en el marco del contrato de trabajo que implique una disminución o pérdida de un derecho, y en su caso, los cambios o modificaciones son sólo admisibles si son más beneficiosas para el trabajador. Es más, el Estado debe propiciar las mejoras o reformas que contribuyan a respetar los derechos enunciados por el sistema legal (leyes de fondo, estatutos especiales, convenios colectivos y laudos con fuerza de tales), en cuanto a su calidad y extensión, y debería adicionar los medios o mecanismos para que gradualmente, los derechos no sólo se apliquen, sino que además incorporen nuevos elementos en beneficio del trabajador.

Según Ramírez Bosco, Luis (2004) El principio de progresividad, también denominado principio de irregresividad, se incorporó a nuestro derecho interno a través del “Pacto de San José de Costa Rica”, tratado de los derechos humanos denominado de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual posee rango constitucional por la reforma de la Carta Magna de 1994, que dio esa jerarquía en forma expresa en el artículo 75 inciso 22 a los tratados de los derechos humanos, y que lo coloca como una norma imperativa, en donde sólo no se pueden contradecir las normas previstas en la primera parte de nuestra Constitución titulada “Deberes, Derechos y Garantías.

5. Conclusión

Como corolario podemos expresar que La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la *ratio decidiendi* del fallo analizado, resuelve el problema axiológico planteado ponderando la aplicación de un principio superior del sistema que consagra el derecho a no ser discriminado, el cual emerge de la ley federal 23.592. Considera el Máximo Tribunal que la protección legal frente a las conductas discriminatorias excede incluso la

normativa laboral y se enraíza en las disposiciones constitucionales y el derecho internacional.

De esta manera podemos afirmar que haciendo lugar a la queja deducida en la causa caratulada “Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ amparo sindical” que deja sin efecto el fallo de la Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca, el Tribunal Supremo garantiza una tutela judicial efectiva de los principios generales del derecho del trabajo. Estos derechos que tienen como pilar fundamental un único principio, el “principio protectorio” -consagrado en el art. 14 bis C.N. y que le da sentido a toda la normativa laboral.

Es de destacar que el fallo “Varela” viene a salvaguardar los derechos de agremiación y de defensa de derechos colectivos. Protección que, en opinión de la Corte, se debe aplicar aún en trabajadores que no detentan tutelas sindicales específicas.

Asimismo contempla la suma de dos criterios de protección de activistas sindicales: 1° la aplicación de la ley antidiscriminatoria, y 2° la inversión de la carga de la prueba en este tipo de despidos.

Sin lugar a dudas la resolución emitida por el máximo tribunal, continúa con una tendencia favorable para aquellas causas que involucran a los trabajadores que son despedidos de manera arbitraria e injusta por situarse a la cabeza del colectivo laboral en defensa de los derechos de los compañeros.

6. Listado de Referencias bibliográficas

6.1 Doctrina

Alexy, R., (2007) Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Bidart Campos, G., (2001) *"Tratado de Derecho Constitucional"*, t. I-B, Buenos Aires. Ediar.

Cataldo, José Luis, (2011) Tutela de derechos fundamentales del trabajador, 4ª ed., Santiago de Chile, C y C Impresiones, p. 54

Dworkin, R., (2004). *Los Derechos en Serio*. Madrid: Ariel.

- Fernández Madrid, Juan Carlos, (2007) *Tratado práctico de derecho del trabajo*: 3ra. Edición actualizada y ampliada. –Buenos Aires: La Ley, 2007, v.3, 784p.
- Karpiuk, Héctor H., (2011) *“Discriminación y despido en el ámbito laboral”*, David Grinberg Libros Jurídicos.
- Ramírez Bosco, Luis, (2015) *“El principio de progresividad y de irregresividad, en Ley de Contrato de Trabajo Comentada”*, editorial La Ley, volumen I Edición 6ª.
- Rubio, Valentín (2009), *“Discriminación en el Trabajo. Despido discriminatorio”* publicado en Revista de Derecho Laboral 2009-1.
- Rodríguez Mancini, Jorge, (2007) *Derechos fundamentales y relaciones laborales*, 2ª. ed., Buenos Aires, Astrea.

6.2 Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia de la Nación 07 de diciembre de 2010 Álvarez Maximiliano y Otros c/ Cencosud S.A. s/ amparo. (Fallo: 333:2306).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación 15 de noviembre de 2011 “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”. (Fallo: 334:1387)
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20 de mayo de 2014 “Sisnero, Mirtha Graciela y otros el Taldelva SRL y otros s/ amparo.” (Fallo: 337:611).
- CNAT Sala V Expte N° 144/05 Sent. Def. N° 68.536 del 14/6/06 “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo” (García Margalejo – Zas - Simón).

6.3 Legislación

- Congreso de la Nación Argentina (23 de marzo de 1988). Artículo 47 [Título 12]. Ley de Asociaciones Sindicales. [Ley 23.551 de 1988].
- Congreso de la Nación Argentina (3 de agosto de 1988). Artículo 1. Ley Antidiscriminatoria. [Ley 23.592 de 1988].
- Congreso de la Nación Argentina (1 de marzo de 1984). Artículo 1. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). [Ley 23.064 de 1984].
- Congreso de la Nación Argentina (10 de noviembre de 1959) Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical [Ley 14.932 de 1959].

Constitución de la Nación Argentina [Const.] (1994) Artículos 14bis, 16 y 43 [Capítulo primero]. -1ra Ed.- Buenos Aires: Infojus, 2013

Constitución de la Nación Argentina [Const.] (1994) Artículo 75 inc. 22 [Capítulo cuarto] -1ra Ed.- Buenos Aires: Infojus, 2013

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 art. 23 inc. 4 y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 artículo 8vo.

7. Anexo

CSJ 528/2011 (47-V)/CS1

RECURSO DE HECHO

Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ amparo sindical.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 4 de setiembre de 2018

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por José Gilberto Varela en la causa Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ amparo sindical", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el actor promovió demanda persiguiendo la declaración de nulidad de su despido con sustento en lo dispuesto por el art. 43 de la Constitución Nacional, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) 87 Y 98 Y el art. 47 de la ley 23.551 contra Disco S.A. Sostuvo que tenía más de diez años de antigüedad y fue destacado como mejor empleado por la empresa pero vio alterada su situación cuando comenzó a reclamar su derecho a la representación sindical ante las arbitrariedades en que, según adujo, incurrió la compañía. En particular, afirmó que había reclamado a la patronal en reiteradas oportunidades e instado a sus compañeros para que se organizaran y propusieran la designación de delegados obreros. Había pedido también apoyo al gremio, destacando que se trata de una empresa con más de ciento sesenta dependientes en la sucursal de Avenida Belgrano 960 de la ciudad de San Fernando del Valle de Catamarca y cinco años de actividad comercial sin representantes gremiales. Relato que no había obtenido el apoyo del gremio pero había logrado el consenso de la mayoría de sus compañeros y presentado notas ante el Ministerio de Trabajo de la Nación, ante la

Dirección de Inspección Laboral y ante el propio gremio para que se exigiera a la patronal la elección de delegados.

2º) Que el 19 de abril de 2005 el actor fue suspendido por supuestas impuntualidades y el 21 de ese mismo mes rechazó la sanción, adujo que la suspensión era una represalia por su actividad sindical y que había intimado a la empleadora para que permitiera a los trabajadores reunirse y designar delegado provisorio hasta tanto el sindicato de empleados de comercio fijara fecha de elección. El 25 de abril la empresa lo despidió con fundamento en que su conducta era agravante y el actor sostuvo que ello encubrió un despido por motivos sindicales.

3º) Que el juez de primera instancia declaró en rebeldía a la demandada y entendió que ello implicó un reconocimiento tácito de los extremos mencionados en el escrito de inicio. Más allá de eso, consideró demostrada la afiliación del actor a la entidad sindical, las gestiones llevadas a cabo ante la autoridad administrativa requiriendo la convocatoria a elección de delegados obreros y el apoyo de sus compañeros. En particular, destacó que el Ministerio de Trabajo emitió un dictamen favorable al demandante e intimó a la Seccional Catamarca del Centro de Empleados de Comercio a que disponga la convocatoria a elecciones de delegados. Consideró acreditada la existencia de actividad sindical del actor durante el desarrollo de la relación laboral y juzgó que el despido fue motivado por dicha actividad en base a varios elementos (cambios de destino del trabajador, control de horarios injustificado, negativa de permisos para ausentarse por exámenes, declaraciones de los testigos según las cuales el inspector de la Dirección de Inspección Laboral afirmó que el actor había sido desvinculado por sus reclamos sindicales, y un despido que no expresó con la claridad requerida por el artículo 243 de la Ley de Contrato de Trabajo los motivos de la extinción ni del que se desprende que haya habido un incumplimiento, falta o inobservancia de la relación laboral que importara un daño o menoscabo a la seguridad, honor o interés de la patronal) Admitió entonces las pretensiones del actor con fundamento en el arto 47 de la ley 23.551, las cláusulas constitucionales que consagran el principio de no discriminación, el derecho a la igualdad y los Convenios 87 y 98 OIT.

4º) Que, apelada la sentencia por la demandada, la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial, de Minas y del Trabajo de Segunda Nominación desestimó los agravios

de la empresa relacionados con la declaración de rebeldía y consideró que dicha declaración daba por reconocidos los hechos expuestos en la demanda. Destacó, sin embargo, que la ley 23.551 no prevé la reinstalación del, activista sino solo la de los representantes gremiales. Fundó esa conclusión en la inteligencia de que, en el ámbito laboral privado, la estabilidad del dependiente es impropia.

5°) Que la Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca confirmó la decisión. Para así resolver, sostuvo que la interpretación de la ley 23.551 efectuada por la cámara era una de las interpretaciones posibles de la normativa y que el recurrente tampoco gozaba de la protección, como mero "militante", de la ley 23.592. Señaló, por lo demás, que el trabajador no pudo demostrar que hubiera actuado como "activista" o "representante sindical de hecho", que dicha actividad haya sido conocida por la empleadora ni que los propios dependientes a quienes decía representar lo hubiesen reconocido como colaborador gremial. En particular, afirmó que la supuesta actividad sindical recién se puso de manifiesto al impugnar las sanciones que la patronal aplicó al demandante y que las presentaciones ante el Ministerio fueron contemporáneas a la fecha del despido.

6°) Que contra esa decisión el actor interpuso el recurso extraordinario cuya denegación dio lugar a la queja en examen. En su apelación, el recurrente alega que el a quo resolvió la contienda en forma contraria y con prescindencia de lo dispuesto en las leyes 23.551 y 23.592 y que incurrió en arbitrariedad por apartarse de las constancias probatorias que resultaban demostrativas de su actividad sindical. Afirma que la suspensión dispuesta por el empleador en forma previa al despido tuvo como objetivo amedrentar y reprimir su tarea gremial. Asevera que no se tomaron en cuenta los reiterados pedidos para que se autorice la convocatoria de elecciones.

7°) Que este Tribunal considera que los incumplimientos señalados por el a quo respecto de determinados recaudos previstos en el reglamento aprobado por la acordada 4/2007 carecen de entidad, en el caso, como obstáculo a la procedencia formal del recurso (art. 11 del citado reglamento).

8°) Que, al haberse formulado agravios con base en la existencia de cuestión federal así como en la doctrina de la arbitrariedad, corresponde atender primeramente a estos últimos pues, de configurarse tal vicio, no habría sentencia propiamente dicha

(Fallos: 312:1034; 317:1155; 319:1997; 321:407; 324:2051, entre muchos otros). En ese sentido, la apelación resulta procedente pues, si bien es cierto que las cuestiones de hecho y prueba son ajenas, como regla, a la vía del artículo 14 de la ley 48, corresponde hacer excepción a dicho principio cuando, como en el caso, el fallo recurrido omitió valorar prueba decisiva (Fallos: 314:312 y 330:4459, entre otros).

9°) Que esta Corte ha señalado cuál es el estándar de prueba aplicable cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el marco de una relación de empleo dada la notoria dificultad, por la particularidad de estos casos, de considerar fehacientemente acreditada la discriminación ("Pellicori", Fallos: 334: 1387, "Sisnero", Fallos: 337: 611). Según dicho estándar, cuando se discute si la medida obedece a un motivo discriminatorio, la existencia de dicho motivo se considerará probada si el interesado acredita de modo verosímil que la medida fue dispuesta por esa razón y, en ese caso, el demandado no prueba que responde a un móvil ajeno a toda discriminación.

Este estándar probatorio fijado por el Tribunal es aplicable en la presente causa, en la que se discute si ha existido un despido motivado por razones sindicales en los términos de la ley 23.551 o fundado en una opinión gremial en los términos de la ley 23.592, y adquiere contornos específicos en función de lo que estas leyes disponen.

En primer lugar, tal como surge del estándar de "Pellicóri", quien alega la existencia de un motivo discriminatorio debe mostrar prima facie o verosímilmente que estaba llevando a cabo una actividad protegida por las normas que invoca. No cualquier actividad u opinión en el ámbito laboral es de carácter sindical o gremial. Así, quien invoca un despido discriminatorio en los términos de la ley 23.551 debe mostrar verosímilmente que realizaba una actividad sindical específicamente protegida en dicha ley. Más aún, el interesado debe acreditar de modo verosímil que estaba ejerciendo una actividad protegida en dicha ley de modo regular. El art. 47 de la referida ley 23.551 así lo exige expresamente. No toda actividad sindical constituye el ejercicio regular de un derecho sindical y, dado el lenguaje utilizado, no puede entenderse que la norma otorgue la protección que concede a quien no ejerce uno de sus derechos sindicales. En el caso de la ley 23.592, el interesado debe acreditar de modo verosímil que el tipo de actividad desarrollada cuenta como una opinión gremial a los fines de dicha ley y que la actividad satisface los requisitos más generales del ejercicio de la libertad de expresión.

Una vez demostrados verosímelmente por parte del trabajador los extremos mencionados, el empleador puede todavía probar que el despido no fue discriminatorio. Esta carga es naturalmente diferente en los casos en que la medida cuestionada es un despido incausado vis a vis aquellos en que el empleador invoca la existencia de una injuria. Respecto del primer tipo de casos, en la medida en que nuestro régimen constitucional y laboral no ha vedado el supuesto de despido sin causa y, por lo tanto, el empleador puede rescindir el vínculo laboral sin justificación alguna, es suficiente para evitar las consecuencias que las leyes 23.551 y 23.592 determinan en caso de despidos discriminatorios que el empleador acredite que el trato dispensado al trabajador en cuestión no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. Bastará que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere. La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos. Por su parte, si la desvinculación se ha producido con invocación de causa, es suficiente para el empleador acreditar que dicha causa razonablemente se ha configurado.

Por último, sea que se trate de la parte que alega el motivo discriminatorio o de aquella que niega su existencia, para la acreditación de los extremos mencionados y para la evaluación de la prueba deben emplearse los medios habituales.

10º) Que en el caso de autos el *a quo*, al confirmar el fallo del tribunal de alzada, ignoró el estándar probatorio descripto. Omitió valorar prueba que, a la luz de los tres aspectos de dicho estándar descripto en el considerando precedente, resultaba decisiva para una adecuada solución del pleito.

Por un lado, el tribunal no consideró elementos que dan cuenta de la verosimilitud de la afirmación del actor acerca de que su desvinculación obedeció a su actividad sindical. La corte provincial soslayó la documentación de fs. 248/253 y 277/285 que acredita la existencia de una presentación concreta formulada por el demandante ante la autoridad administrativa laboral para que se convocara a elecciones de delegados de personal y de que su petición recibió acogida favorable por parte de dicha autoridad. Esto último era particularmente relevante porque torna creíble que el actor estaba ejerciendo derechos sindicales protegidos por la, ley 23.551 de manera regular. El *a quo* tampoco emitió un juicio fundado acerca de la prueba de testigos (fs. 205/209) cuya ponderación tuvo relevancia concluyente en el pronunciamiento de primera instancia (fs. 290/294)

para considerar acreditado que los compañeros de trabajo apoyaron los reclamos de tipo gremial promovidos por el demandante. La prueba de testigos también fue relevante en dicho pronunciamiento para establecer que la empresa conocía la gestión sindical que aquel desarrollaba. La omisión de estos elementos muestra que no está justificada adecuadamente la postura de la alzada según la cual el actor no acreditó su actividad sindical, que sus compañeros no lo acompañaron o que la empresa no conocía dicha actividad.

Por otro lado, el superior tribunal local no solo prescindió de considerar elementos que hacían verosímil la postura del reclamante, sino que omitió por completo examinar si la empresa satisfizo la carga que sobre ella pesaba. En particular, el *a quo* no consideró si existían circunstancias que justificaran el despido con causa dispuesto por la empresa. Omitió, además, ponderar el hecho de que la primera reacción de la demandada frente al rechazo de la suspensión por parte del actor y de la comunicación formal que este efectuó en la que informaba que estaba promoviendo la elección de delegados fue el despido. Tampoco evaluó si la causal invocada por la empleadora (las supuestas impuntualidades) estaba configurada y si, en el caso de que hubiera sido así, ello constituía injuria suficiente para justificar la desvinculación.

Por último, el tribunal *a quo* omitió también examinar si cada parte satisfizo su carga probatoria a la luz de los medios habituales y los mecanismos usuales de valoración. En momento alguno ponderó que la empresa no contestó la demanda y que no produjo prueba y tampoco consideró la postura de las sentencias de primera y segunda instancia según la cual la falta de contestación por parte de la empresa la perjudicaba.

En tales condiciones, corresponde descalificar el fallo recurrido como acto judicial válido -sin que ello implique abrir juicio sobre el resultado final del litigio- y resulta innecesario el tratamiento de las restantes cuestiones traídas a conocimiento del Tribunal.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal subrogante, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

HELENA I. HIGHTON de NOLASCO / CARLOS FERNANDO ROSENKRANT /
JUAN CARLOS MAQUEDA / HORACIO ROSATTI.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1º) Que, en lo que aquí interesa, el actor promovió demanda con el objeto de que se declare la nulidad de su despido y, en consecuencia, su reinstalación en el puesto de trabajo con sustento en lo dispuesto por el arto 43 de la Constitución Nacional, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) 87 Y 98, el arto 17 de la Ley de Contrato de Trabajo, la ley 23.551 y demás normas aplicables contra Disco S.A., propietaria de los locales comerciales que giraban bajo la firma y marca comercial "Supermercados Vea", para la que prestó servicios durante más de 10 años. Consideró que el distracto dispuesto por la demandada había sido arbitrario, discriminatorio y violatorio del principio constitucional de igualdad ante la ley, toda vez que la decisión empresaria encubrió una represalia motivada en su actividad sindical.

2º) Que el juez de primera instancia declaró en rebeldía a la demandada pues no compareció a responder la acción; consideró demostrada la afiliación del actor a la entidad sindical, las gestiones efectuadas ante la autoridad administrativa requiriendo la convocatoria a elección de delegados obreros, el apoyo de sus compañeros de trabajo, así como el ejercicio de actividad sindical durante el desarrollo de la relación laboral; calificó como discriminatoria la conducta de la empleadora; admitió las pretensiones con cita de las cláusulas constitucionales que consagran el principio de no discriminación y el derecho a la igualdad (arts. 14 bis, 75 inciso 22 y su remisión a los tratados constitucionalizados y los Convenios 87 y 98 de la OIT, Y adhirió a los criterios jurisprudenciales que realizan una interpretación amplia del arto 47 de la ley 23.551, asimilable -en sus alcances- a la disposición del art. 1 de la ley 23.592 a la que consideró como la regla general en materia antidiscriminatoria.

Apelada la sentencia por Disco S.A., la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial, de Minas y del Trabajo de Segunda Nominación desestimó los agravios relacionados con la declaración de rebeldía y consideró que esa declaración daba por

reconocidos los hechos expuestos en la demanda. Empero, destacó que dicha situación procesal, por sí sola, no era suficiente para el progreso del reclamo dirigido a obtener la nulidad del despido, pues la legislación no prevé la reinstalación del activista sino solo respecto de los representantes gremiales. Fundó esta conclusión en la inteligencia de que en el ámbito laboral privado la estabilidad del dependiente es, por regla, impropia y, por ende, la única consecuencia de un despido sin causa es el pago de una indemnización.

3°) Que contra esa sentencia el actor dedujo recurso de casación ante la Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca que fue desestimado. Para decidir de ese modo sostuvo, en lo medular, que las cuestiones planteadas en el remedio casatorio remitían al análisis de cuestiones ajenas a la vía intentada. Descartó que mediara violación a la ley o arbitrariedad en la decisión apelada en cuanto el razonamiento de los jueces se correspondía con una corriente de opinión calificada sobre el tema. Agregó que el Convenio 135 de la OIT y la ley 23.551 resguardaban la específica actividad de quienes ejercían algún grado de representación -a la que consideró inescindible de la noción de sindicalización o agremiación- y que la calidad de activista, militante, o asociado del actor resultaba insuficiente para reclamar la tutela de la citada ley 23.551. En el mismo orden de ideas, entendió que la ley 23.592 era inaplicable al caso, pues no se habían probado los presupuestos de hecho que esta requería.

Contra dicho pronunciamiento el demandante interpuso el recurso extraordinario que, al ser desestimado, dio origen a la queja en examen.

4°) Que los agravios del apelante suscitan la cuestión federal que habilita la instancia de excepción, pues el examen de la controversia exige la interpretación de normas de esa naturaleza y la decisión apelada ha sido contraria al derecho en ellas fundado (art. 14 de la ley 48). Además, la consideración de los agravios vinculados con extremos fácticos de la causa se encuentra inescindiblemente unida a la cuestión federal antecedida, por lo que corresponde que se examinen en forma conjunta con la amplitud que exige la garantía de defensa en juicio (Fallos: 329:4206 y 330:1195 y sus citas).

Cabe advertir, asimismo, que a los fines señalados esta Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 331:735).

5°) Que llega firme a esta instancia que el actor desarrolló la actividad sindical descripta en el primer pronunciamiento y que, al rechazar por carta documento una sanción informada, denunció el carácter persecutorio de la medida disciplinaria e intimó a la demandada a que cesara en su conducta y permitiera a los trabajadores reunirse y proceder a la elección del delegado provisorio. Del mismo modo no se discute que la demandada respondió a estos requerimientos con el despido directo al considerar como injuria grave los términos de la misiva.

El debate, entonces, se ciñe a dirimir los alcances de la tutela que emerge del artículo 1° de la ley 23.592 frente a un despido que impidió el libre ejercicio de la libertad sindical, y de los derechos de reunión, de expresión y al trabajo. La exégesis ha de realizarse, bueno es aclararlo, teniendo en cuenta que la ley citada reglamenta de manera directa el artículo 16 de la Constitución Nacional, esto es, el derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación (Fallos: 320: 1842), reglas que, además, fueron receptadas por el texto constitucional en los arts. 14 bis, 37, 75, incisos 19 y 23, Y 43. El artículo 75 inciso 22, por su parte, dio rango constitucional a un conjunto de tratados internacionales sobre derechos humanos que también las asegura, tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 2°), la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2° y 7°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2° Y 3°), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 Y 24), además de los tratados destinados a la materia en campos específicos, v.gr.: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2°), y Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

6°) Que la ley 23.592 establece que "quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como [...] opinión política o gremial." (art.1°).

Los términos generales en que ha sido redactada la norma no permiten excluir de sus previsiones al ámbito laboral privado. Tal conclusión no encuentra obstáculo en lo previsto por la ley 23.551, que contempla una acción específica de reinstalación para los representantes gremiales ni en la Ley de Contrato de Trabajo, que prevé supuestos específicos de discriminación cuya reparación consiste en una indemnización agravada. En efecto, el artículo 52 de la ley 23.551 dio al afectado la facultad de elegir entre una acción dirigida a lograr la *restitutio in integrum* (dejar sin efecto el acto discriminatorio con más el pago de los salarios caídos durante la tramitación judicial)" o una indemnización agravada.

De lo expuesto se sigue que para el legislador no había tensión alguna en la coexistencia de distintos modos de reparación; solo así puede justificarse un régimen laboral en el que la respuesta legal transita entre un mínimo -reparación económica- y un máximo -restitución a las condiciones previas al acto discriminatorio-, a opción de la víctima.

7°) Que es preciso recordar que el mismo Parlamento que sancionó la ley 23.551 (el 23 de marzo de 1988, con promulgación el 14 de abril) pocos meses más tarde aprobó la ley 23.592 (el 3 de agosto de 1988, con promulgación el 23 de agosto de 1988).

Por ello, es factible colegir que el legislador haya tenido el propósito de conjurar los actos discriminatorios producidos en el ámbito laboral ofreciendo una opción que, hasta entonces, no estaba disponible en el ordenamiento jurídico vigente.

Las reglas de la Ley de Contrato de Trabajo (20.744, 11 de septiembre de 1974) que contemplan supuestos específicos de discriminación -y tarifican una reparación pecuniaria- dan cuenta de una temprana preocupación del legislador nacional por repeler las conductas discriminatorias en el ámbito laboral y no pudieron haber sido ignoradas por el Congreso que 14 años más tarde aprobó la citada ley 23.592 sin salvedad alguna respecto del modo en que debía aplicarse en el contexto de la relación laboral.

Sobre esta base, la concurrencia de normas especiales y anteriores con la ley que se analiza no entraña contradicción o tensión alguna, debiendo recordarse que -en virtud de su sistema de fuentes- deviene recurrente en materia laboral la confluencia de diferentes normas jurídicas a la solución de un mismo supuesto. Como se advirtiera, la coexistencia de reparaciones de distinta naturaleza -pecuniaria o in integrum- es una respuesta presente en la legislación en la que solo la víctima puede optar.

En definitiva, la ley antidiscriminatoria es una regla general que vino a ampliar la cobertura que, ante una misma situación, prevén las leyes especiales, sin que de su letra surja restricción alguna de la que pueda derivarse incompatibilidad con las normas que contemplan un resarcimiento económico ni la exclusión de un colectivo de personas del remedio que el legislador quiso como regla.

Nada obsta, entonces, a que el juzgador, ante el dilema de normas especiales aplicables al caso y el reclamo del damnificado basado en la ley 23.592 respete la opción formulada por este.

Finalmente, y aun cuando resulte evidente, si el caso no configura ninguno de los supuestos especiales para los que el legislador previó una reparación indemnizatoria la ley aplicable será la ley antidiscriminatoria.

8°) Que la interdicción de la discriminación en cualquiera de sus formas así como la obligación del Estado de realizar acciones positivas tendientes a evitar dicha discriminación y, en su caso, sancionarla, según se sigue de las consideraciones que anteceden, deben reflejarse en dos aspectos: la legislación, por un lado, y la interpretación que de esta hagan los tribunales, por el otro.

Ejemplo del primer aspecto resulta la ley 23.592, en cuanto se ha orientado a resguardar "el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional", tal como lo sostuvo el Tribunal en los casos "Partido Nuevo Triunfo" (Fallos: 332: 433) Y "Álvarez" (Fallos: 333:2306).

Respecto de la interpretación de la ley citada cabe destacar que de las circunstancias fácticas comprobadas de la causa se desprende que el litigio se relaciona, directamente, con tres libertades "esenciales del estado constitucional vigente en la República": **de reunión, de expresión y de asociación** ("Asociación Lucha por la

Identidad Travesti Transexual c/ Inspección General de Justicia", Fallos: 329:5266), cuya limitación afecta a una cuarta, la libertad sindical.

Todas estas, junto con la libertad de opinión, resultan inseparables, mayormente cuando en el mencionado artículo 1º el legislador previó que -específicamente- "se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como [...] opinión [...] gremial". Es evidente que la ley no requiere, para producir sus efectos, que la persona ejerza una "función" sindical. De lo que se trata, por el contrario, es de esclarecer si el resultado del acto impugnado (despido) derivó de un motivo calificable como discriminatorio. Al respecto, si bien es cierto que para que la "opinión gremial" constituya un motivo discriminatorio se requiere de una actividad de parte de quien la alegue (expresión de la opinión) no lo es menos que dicha actividad puede asumir muy diferentes maneras o modos, sin que exista un único supuesto legal protegido, so riesgo de vaciar a dicha libertad de buena parte de su contenido.

9º) Que, conforme lo ha sostenido este Tribunal, resulta una pauta hermenéutica fundamental del ordenamiento "infraconstitucional" que deba ser llevada a cabo con "fecundo y auténtico sentido constitucional" ("Municipalidad de Laprida c/ Universidad de Buenos Aires", Fallos: 308:647). De ahí que la lectura del artículo 1º de la ley 23.592 deba reflejar el íntimo enlace que dicho precepto guarda con el aparato conceptual y de exégesis de las normas que integran el bloque constitucional.

Este nexo, además, ha sido expresamente reconocido durante el proceso de formación de la norma, a poco que se observen las referencias formuladas por los legisladores a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por la República, a la Declaración Universal de Derechos Humanos e, incluso, al arto 1 de la Carta de las Naciones Unidas (Diario de Sesiones. Cámara de Senadores de la Nación, 29º reunión, 24/3/1988, págs. 2871, .2877/2879; Diario de Sesiones. Cámara de Diputados de la Nación, 21º reunión, 3/8/1988, págs. 3470/3471, 3473, 3544/3545, 3547).

Tres consecuencias se siguen de lo dicho:

En primer lugar el decidido impulso hacia la "progresividad" en la plena efectividad de los derechos humanos que reconoce el mentado bloque y el principio "pro persona"

que este impone, determinan que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (Fallos: 330: 1989 y 333: 2306). En este sentido, cuadra destacar que, no obstante el carácter ejemplificativo de los motivos de discriminación contenidos en el citado artículo 1, el énfasis puesto por este sobre la libertad de opinión gremial es muestra acabada de que, para el legislador, aquella ameritaba ser "particularmente" protegida. Y, en verdad, no parece prestarse a discusión que el ejercicio de dicha libertad encuentra, en el desarrollo de la relación de empleo, una de sus plazas más propicias. Así lo entiende, por lo demás, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2009, párr. 23).

En segundo lugar, tal como lo prescribe el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones. Este último enunciado, a su vez, fue reproducido por el art. 19.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y es connatural a los arts. IV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tampoco ha sido pasado por alto en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (art. 13.1). Se trata de un derecho respecto del cual el recordado Pacto "no autoriza excepción ni restricción alguna", y que protege "todas las formas de opinión": nadie puede ver conculcados los derechos que reconoce el Pacto "en razón de las opiniones que haya expresado o le sean atribuidas o supuestas (Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 34. Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión, 2011, párr. 9).

En tercer lugar, la referencia de la ley 23.592 a las "opiniones" establece una perfecta armonía con las cláusulas antidiscriminatorias enunciadas en numerosos instrumentos del bloque de constitucionalidad (v.gr. arts. 2.2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Otro tanto ocurre con la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 2.1) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.1), los cuales, además, reconocen expresamente el derecho al trabajo (arts. 23.1 y 6,

respectivamente), con lo cual, naturalmente, prohíben toda discriminación "en el acceso al empleo y en la conservación del mismo" (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 18. El Derecho al Trabajo. Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2005, párr. 12:i). Y, así como el citado artículo 6 impone "en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido, la ley 23.592 fulmina la validez de los distractos discriminatorios. El Protocolo de San Salvador, en el grado suprallegal, se inserta en la línea de estos dos últimos instrumentos (arts. 3 y 6).

10°) Que se suma a este orden de ideas, el aporte originario de la OIT en cuanto advierte como requisitos sine qua non, entre otros, de la libertad sindical, el derecho de reunión, de opinión y de expresión. Dicho principio, prácticamente centenario, tuvo el reconocimiento en el Preámbulo del texto fundacional de la OIT, vale decir, el Tratado de Versalles de 1919 (Sección 1 de la Parte XIII), como un presupuesto indispensable para mejorar las condiciones de trabajo y garantizar la paz y armonía universales basadas en la justicia social. Ello, a su turno, encontró su correlato en la categórica proclama de la ya citada Declaración de Filadelfia, por la cual fueron reafirmados no solo los principios fundamentales sobre los cuales está basada la OIT, sino, "en especial", que la libertad de expresión es esencial para el progreso constante (1.b) (Asociación Trabajadores del Estado el Ministerio de Trabajo, Fallos: 331: 2499).

Se agrega a este contexto, la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo (1998), por cuanto, al paso que reitera que "la libertad de asociación y la libertad sindical" configuran principios y derechos reconocidos como "fundamentales dentro y fuera de la Organización", prevé que los Miembros -y Argentina lo es desde la recordada fundación- "aun cuando no hayan ratificado los convenios" vinculados con dichas libertades, "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" (2; el Anexo establece, además, un régimen de seguimiento de la Declaración).

Con nivel suprallegal para el orden interno (Fallos: 327:4607), ocupa un sitio destacado el Convenio N° 98 sobre Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva

(1949, ratificado en 1960), al disponer, previo enunciado de 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), 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"* (art. 1.2).

La importancia destacada del mencionado Convenio resulta notoria toda vez que, según lo afirmó la Conferencia Internacional del Trabajo en 1976, en la Resolución sobre los Derechos Sindicales y su Relación con las Libertades Civiles, el Convenio N° 98 se comunica directamente con el plexo normativo internacional del que se ha hecho mérito en anteriores considerandos. Así, tras aludir a la Declaración Universal de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Conferencia señaló que *"la libertad de opinión y de expresión y, en particular, el derecho a no ser molestado por sus opiniones y el de buscar y recibir información y opiniones y difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión" son "esenciales para el ejercicio normal de los derechos sindicales"; "el 'concepto de derechos sindicales carece totalmente de sentido cuando no existen tales libertades civiles" (25/6/1970, 1 Y 2.b; en el inc. c añade el "derecho de reunión")* .

Por tanto, no se requiere aguzar la visión para comprobar que, sin el aseguramiento de las libertades que acaban de ser indicadas, es poco menos que imposible que puedan ejercerse acabadamente, v.gr., el derecho de los trabajadores de constituir las organizaciones que estimen convenientes, previsto en el Convenio N° 87 relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación (1948, ratificado en 1950). Este Convenio, "hito mayúsculo" del historial del derecho colectivo del trabajo, también se inserta entre los fundamentales comprendidos por la anteriormente citada Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo, al tiempo que fue recibido, *"expressis verbis"* en dos tratados con jerarquía constitucional: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8.3) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22.3), según lo destacó el Tribunal en "Asociación Trabajadores del Estado", ya citado; y en "Rossi, Adriana María el Estado Nacional - Armada Argentina" (Fallos: 332:2715). Un individuo no goza del pleno ejercicio del derecho a la libertad de asociación, la cual incluye el ejercicio de la libertad

sindical, si en la realidad esta potestad es inexistente o se reduce de tal forma que no pueda ponerla en práctica (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Huilea Teese vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 3/3/2005, Serie C N° 121, párr. 77; Caso Cantoral Huamaní y Gareía Santa Cruz vs. Perú, excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 10/7/2007, Serie C N° 167, párr. 144.

11°) Que dadas las particularidades del caso y los fundamentos de la sentencia impugnada mediante la apelación federal en el sentido de que la protección no alcanza al actor por carecer del carácter de representante sindical es útil recordar los categóricos términos con los que el Comité de Libertad Sindical advirtió que *"La protección contra la discriminación antisindical se aplica de la misma manera a los afiliados sindicales y ex representantes sindicales que a los dirigentes sindicales en ejercicio"* (Véase Recopilación de 2006, párr. 775, énfasis agregado) .

En un sentido análogo se ha pronunciado otro órgano de la OIT, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, instituida en 1926, a fin de ejercer el control regular de la observancia por los Estados Miembros de las obligaciones derivadas de los convenios que han ratificado (Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, OIT, cit., p. 36). En efecto, la Comisión se ha afirmado en los términos ya mencionados de la Resolución sobre los Derechos Sindicales y su Relación con las Libertades Civiles declarando que la libertad sindical *"debe integrarse en un vasto conjunto de libertades fundamentales del hombre, interdependientes y complementarias unas de otras, las cuales fueron enumeradas por la Conferencia en la resolución de 1970"* (caso Cuba, Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 numero 87, ratificación: 1952- Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe II/Parte la, OIT, Ginebra, 2010, p. 133; asimismo: p.226) y, al unísono, ha reiterado el deber estatal de adoptar disposiciones que garanticen *"a los trabajadores, de manera general, una protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical en el empleo (motivada por la afiliación_o la actividad sindical)"* (Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, cit., pág. 181, itálicas agregadas)

12°) Que la particularidad de la protección contra los actos u omisiones violatorios del principio de igualdad en el campo de la actividad sindical no ha de hacer perder de vista la que se aplica a todo el ámbito laboral, enunciada por el Convenio N° 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 (ratificado en 1968) Este instrumento también se inscribe, con los alcances ya indicados, en la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo: "eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación", al tiempo que su Preámbulo recuerda el artículo II.a de la Declaración de Filadelfia. Para el Convenio es calificable de discriminación "cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de [...] opinión política que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo" (art. 1. a). De tal manera, "abarca toda la gama de situaciones que puedan afectar a la igualdad de oportunidades y de trato" (Igualdad en el empleo y la ocupación, Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 1996, párr. 23), e implica protección de toda actividad encaminada a "expresar o demostrar" opiniones o principios (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008, OIT, Ginebra, 2012, pág. 359)

13°) Que la protección efectiva contra todo acto u omisión discriminatorios en el ámbito de la libertad sindical y de sus condiciones imprescindibles: libertad de opinión, de expresión y de reunión, son, en definitiva, patrimonio de todo trabajador, sindicado o no, con pretensiones de representatividad o no, así como recaudos necesarios para que la organización sindical "libre y democrática" que asegura el art.14 bis de la Constitución Nacional sea una realidad concreta y significativa. "La libertad sindical sólo puede ejercerse en una situación en la que se respeten y garanticen plenamente los derechos humanos fundamentales" (Corte IDH, Caso Huilca Tecse, cit., párr. 75; Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz, cit. párr. 146). Más aún en un universo que, como el laboral, se encuentra regido por el principio de, justicia social y tiene al trabajador como "sujeto de preferente tutela constitucional" ("Vizzoti", Fallos: 327: 3"677; "Aquino", Fallos: 327: 3753; "Álvarez", Fallos: 333: 2306, "Pérez", Fallos: 332:2043, entre otros).

Es preciso recordar que como ha señalado la Corte antes de ahora, la relación de trabajo muestra una especificidad que la distingue de manera patente de muchos otros

vínculos jurídicos, puesto que la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, per se, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad ("Pérez", Fallos: 332:2043)

14°) Que, en tales condiciones corresponde revocar la sentencia impugnada en cuanto concierne a la interpretación de la ley 23.592, a fin de que sea dictada una nueva de acuerdo con la exégesis enunciada en la presente y en el contexto de los instrumentos y antecedentes de los que se ha hecho mérito.

15°) Que la conclusión que antecede no importa desconocer el ejercicio de la libertad de contratación del empleador, constitucionalmente reconocida, de la que deriva la posibilidad de despedir, pues no se está consagrando en la especie una forma absoluta y general de estabilidad sino la prohibición de una típica y probada forma de discriminación. Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal subrogante, se hace lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario interpuestos, y se revoca la sentencia apelada con el alcance indicado, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), de manera que la causa deberá ser devuelta a fin de que, por quien corresponda, sea dictado un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber, acumúlese la queja al principal y, oportunamente, remítase.

Recurso de queja interpuesto por José Gilberto Varela; actora, representado por la Dra. Eugenia Parra, con el patrocinio letrado de la Dra. Graciela Beatriz Rodríguez.

Tribunal de origen: Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial, de Minas y del Trabajo de Segunda Nominación de la Provincia de Catamarca y Juzgado de Primera Instancia del Trabajo de Primera Nominación de la Provincia de Catamarca.