

¿Qué causa debe probar el empleador en el despido discriminatorio? Con especial referencia al derecho y jurisprudencia argentinos

Lucio TERRASA

Profesor Jefe de Trabajos Prácticos en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Nacional del Nordeste, Argentina. Becario del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas-CONICET

Sumario

Introducción. 1. El régimen de estabilidad laboral en las relaciones de empleo privado en la República Argentina. 2. El despido discriminatorio con acto violatorio de los Derechos Fundamentales de los trabajadores. 3. Las consecuencias de la calificación de un despido como discriminatorio. 4. La causa en el despido discriminatorio y su prueba por parte del empleador. 5. Conclusión.

Lucio Terrasa

Resumen

El presente trabajo busca contribuir a dilucidar lo que debe entenderse como “causa” de despido a fin de que, ante la alegación posterior del trabajador en juicio, el despido no sea considerado discriminatorio.

Se utilizó un enfoque metodológico descriptivo –análisis de doctrina y jurisprudencia de Argentina–, puro –se buscó generar conocimiento, sin que sea de aplicación inmediata al medio o realidad actual–, de corte transversal, acotado principalmente a la normativa vigente y jurisprudencia de los últimos diez años de Argentina.

El presente trabajo se desarrolló con el fin de entender que se ha exigido a los empleadores un estándar probatorio excesivamente elevado, desconociendo de esa manera el régimen de estabilidad impropia que rige en las relaciones de trabajo privado en Argentina.

Palabras claves: despido, discriminación, causa, prueba.

Abstract

This study attempts to shed light on what should be understood as a “cause” of dismissal, thus, in a disjunctive allegation during a trial, the dismissal would not be considered discriminatory.

A descriptive methodological approach was used, i.e. analysis of Argentinian doctrine and jurisprudence, pure –as knowledge may be built, although not with the objective of being immediately applied to the context or reality–, cross –sectional –limited or based on mainly in current norms and jurisprudence of the last ten years in Argentina–.

The present study was developed in order to comprehend that employers have been asked to comply an excessive high standard of probation, and thus not acknowledging the improper stability regime that rules the working relations in private companies in Argentina.

Key words: dismissal, discrimination, cause, probation.

*¿Qué causa debe probar el empleador en el despido discriminatorio?
Con especial referencia al derecho y jurisprudencia argentinos*

INTRODUCCIÓN

Motiva este artículo el hecho de que, mientras preparábamos el final de la Carrera de Especialización en Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica Argentina, pudimos notar ciertas divergencias respecto de los distintos criterios jurisprudenciales en cuanto a qué causa de despido debe probar el empleador a fin de que ese hecho no sea juzgado como discriminatorio, con los consiguientes efectos de declarar nulo el acto de despido y la reincorporación del trabajador.

En efecto, al preparar como tema final el despido discriminatorio efectuamos una exhaustiva búsqueda a fin de conocer los criterios jurisprudenciales de todo el país y especialmente de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de la Nación¹ (en adelante, la “**CSJN**”), y grande fue nuestra sorpresa cuando notamos que algunos fallos exigían al empleador la prueba de la justa causa, en los términos de los artículos 242 y 243 de la Ley de Contrato de Trabajo 20744² (en adelante, la “**LCT**”), a fin de que el despido no sea catalogado como “discriminatorio”.

Respetuosamente discrepamos con tan elevados Magistrados en cuanto a este criterio, y pasaremos a exponer el porqué de nuestra discrepancia.

1. EL RÉGIMEN DE ESTABILIDAD LABORAL EN LAS RELACIONES DE EMPLEO PRIVADO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Como la gran mayoría de los países latinoamericanos, la República Argentina tiene un régimen de estabilidad impropia en lo que hace a las relaciones de empleo privado. Este régimen se asienta sobre la base de lo estatuido por la Constitución Nacional en su artículo 14 bis³, el que encuentra su reflejo a nivel normativo legal en el artículo 245⁴ de la LCT.

Sin ingresar en la discusión respecto de si el despido sin causa es un ilícito contractual que acarrea la obligación del empleador de indemnizar⁵ o una facultad

¹ <http://www.csjn.gov.ar/>.

² <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>.

³ Artículo 14 bis (primer párrafo). El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

⁴ Art. 245 de la LCT. –Indemnización por antigüedad o despido. En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a UN (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de TRES (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor. (continúa).

⁵ “El despido discriminatorio evoca un dato cierto, que es conjugar dos hechos ilícitos. En efecto, para el derecho del trabajo –de acendrada factura contractualista– el despido incausado –visto como distracto– es un hecho ilícito. De la misma manera, discriminar, en los parámetros que señalan los tratados internacionales con rango constitucional, la ley 23.592 (Adla, XLVIII-D, 4179) o la misma ley de contrato de trabajo, también involucra una acción repugnante al orden jurídico”. CARNOTA, WALTER F.: “Reflexiones constitucionales sobre la reforma laboral (ley 25.013)” - “El llamado despido discriminatorio”. Buenos Aires, La Ley. Tomo 1999-A, 741.

de resolución contractual tarifada⁶, lo cierto es que en la República Argentina el empleador que desea despedir un trabajador sin tener una causa suficiente para ello debe abonar una indemnización cuya cuantificación tiene como base de cálculo dos parámetros: la antigüedad y la remuneración del trabajador.

En el otro extremo, cuando el trabajador incurre en una falta a sus deberes de conducta o de prestación cuya gravedad no consiente la prosecución del vínculo laboral surge al empleador la facultad de despedirlo con causa, lo que implica que el trabajador no gozará de ninguna indemnización por cuanto el contrato de trabajo es disuelto por el empleador fundado en la exclusiva culpa y por causa del trabajador. Esto se encuentra reflejado en los artículos 242⁷ y 243⁸ de la LCT.

Sin embargo, como una categoría novedosa en cuanto al régimen de estabilidad impropia que rige en la República Argentina, tenemos la categoría de “despido discriminatorio”, el cual en la actualidad no tiene un encuadramiento normativo específico como tal, sino más bien resulta de una creación doctrinaria y pretoriana.

Esta “nueva” forma de despido presenta la peculiaridad de alterar el régimen de estabilidad impropia vigente en Argentina en dos posibles maneras, las que dependerán de la actitud que el trabajador asuma ante la alegada discriminación mediante despido:

1. Si el trabajador acepta el despido basado en una causal discriminatoria, podrá reclamar, además de las indemnizaciones ordinarias, el daño moral y material que tal proceder le ocasionó. O sea, el despido sin causa se verá agravado por estos dos nuevos conceptos indemnizatorios cuyo reclamo se le habilita al trabajador;
2. Si el trabajador no acepta ser discriminado mediante el despido podrá reclamar que se declare la nulidad del acto discriminatorio y, consecuentemente, su reinstalación al puesto de trabajo. Todo ello eliminará la facultad del trabajador de poder pedir las indemnizaciones por despido incausado, pero le habilitará a reclamar los salarios caídos durante la tramitación del proceso y el daño moral que el acto discriminatorio le ocasionó.

⁶ “Vemos que el despido, cuando no es justificado, constituye solamente un incumplimiento contractual; no por ello pierde su eficacia para extinguir la relación laboral, lo que no está prohibido por norma alguna sino, por el contrario, expresamente contemplado en nuestro ordenamiento legal (art. 245 LCT y art. 14 bis CN). La primera fija una reparación pecuniaria tarifada para ese supuesto, siendo por ello reglamentaria de la garantía consagrada por la última en cuanto al carácter impropio de la estabilidad reconocida en el empleo privado. No cabe entonces la declaración de nulidad del acto de despido en tales condiciones, el que por lo explicado, no es ilícito. Por ende, tampoco sería nulo y entonces, no daría lugar a reposición o reinstalación alguna”. CARVALLO, ESTEBAN: “La representación de los trabajadores ampliada en el marco de la garantía de libertad sindical y sus derivaciones en caso de despido injustificado”. Buenos Aires: La Ley. Tomo 2011-B, página 63.

⁷ Art. 242. –Justa causa. Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación. La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y circunstancias personales en cada caso.

⁸ Art. 243. –Comunicación. Invariabilidad de la causa de despido. El despido por justa causa dispuesto por el empleador como la denuncia del contrato de trabajo fundada en justa causa que hiciera el trabajador, deberán comunicarse por escrito, con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato. Ante la demanda que promoviere la parte interesada, no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada en las comunicaciones antes referidas.

*¿Qué causa debe probar el empleador en el despido discriminatorio?
Con especial referencia al derecho y jurisprudencia argentinos*

Esta nueva categoría de despido ha extendido los límites de las posibles consecuencias de la disolución del contrato de trabajo derivadas de las diversas posibilidades de acción patronal. En un extremo el despido con causa –sin consecuencias indemnizatorias–, pero del otro, en lugar de encontrarse el despido sin causa –con consecuencias indemnizatorias, pero eficaz para extinguir el vínculo laboral– se ubicará hoy día el despido discriminatorio –con consecuencias indemnizatorias e ineficaz para extinguir el vínculo laboral–.

Pero no debemos olvidar que, en la escala de ponderación entre el despido “sin causa” hasta el despido con causa existen una infinidad de causas que pueden fundamentar la decisión del empleador, las que no necesariamente conllevarán una discriminación del trabajador.

2. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO CON ACTO VIOLATORIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

La existencia de la discriminación es una realidad que no podemos negar.

Discriminar, según la Real Academia Española⁹ en su primera acepción, implica “seleccionar excluyendo”. O sea, es una palabra que refleja una acción neutra. Discriminamos cuando escogemos el tipo de letra a utilizar para la escritura del presente artículo (Arial excluyendo el tipo Courier New), al escoger beber café en lugar de té, en fin, en innumerables ocasiones en nuestra vida¹⁰.

Pero cuando hablamos de “despido discriminatorio” nos referimos al que se realiza teniendo en cuenta la acepción negativa del vocablo, reflejado por la Real Academia Española en su segunda acepción: “Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, etc.”¹¹.

Sin lugar a dudas la prohibición de discriminar por estas causales ha tenido una evolución acelerada en los últimos tiempos, pasando de ser una afirmación teórica liberal (todos somos iguales ante la ley) hasta nuestros días, donde los textos constitucionales y supranacionales expresamente prohíben la discriminación, yendo más allá de la mera enunciación de la igualdad de todos.

Las diversas causales de discriminación mencionadas por la Real Academia y otras más fueron previstas por el legislador argentino al intentar prohibir que sean fundamento de decisiones a adoptar por el empleador en diversas normas

⁹ <http://dle.rae.es/?id=DtHwzw2>.

¹⁰ “El empleo de ciertas razones que son objeto de especial repulsa social para adoptar decisiones que conciernen a terceros es comúnmente llamado discriminación. La expresión no es idiomáticamente feliz, porque toda decisión, aunque sea perfectamente lícita, discrimina entre la alternativa que se prefiere y la que se desecha. No es posible vivir sin discriminar, pero, claro está, es necesario vivir sin discriminar por las malas razones, que es lo que en nuestro tiempo suele llamarse discriminar a secas. No digo esto por afán filológico, sino para destacar que el concepto de discriminación encierra un juicio moral negativo respecto del uso de ciertos motivos o preconcepciones injustificables”. GUIBOURG, RICARDO A.: “Después de tocar fondo. De lege ferenda”. Buenos Aires: La Ley. DT 2008 (marzo), página 245.

¹¹ “Cuando en el despido arbitrario, el acto discriminatorio es la verdadera razón de ser del ilícito laboral, (y esto suele darse habitualmente en materia de despidos de embarazadas, por causas sindicales o de trabajadores enfermos), suele posarse el velo que oculta la verdadera causa de estos actos, tan entrañablemente unida a las prácticas de dominación a ejercer sobre individuos o minorías débiles”. CORNAGLIA, RICARDO J.: “La propiedad del cargo, el acto discriminatorio que priva de ella y su nulificación”. Buenos Aires: La Ley. Diario del 18 de agosto de 2004, página 9.

de la LCT (artículos 17¹², 73¹³, 81¹⁴), así como en normas inespecíficas hoy día laboralizadas como la ley 23592¹⁵. Ello sin dejar de lado los numerosos pactos con jerarquía constitucional aprobados por la República Argentina que garantizan este Derecho Fundamental de los trabajadores¹⁶.

No obstante toda la protección que se intenta brindar a los trabajadores, es usual que un trabajador sea despedido como consecuencia de sus opiniones políticas, creencias religiosas, actividad sindical, por ser portador de una enfermedad o por un sinfín de causas que violentan la prohibición de discriminar. Ello afecta derechos fundamentales del trabajador despedido¹⁷, derechos que hacen a la esencia misma del ser humano, inherentes a su persona¹⁸.

Sin perjuicio del sinnúmero de derechos del trabajador que se ven afectados por el despido discriminatorio, sin lugar a duda todo despido discriminatorio violenta, principalmente, la dignidad del trabajador, entendida como esa concepción que la persona-trabajador tiene de sí misma, su autoestima y el respeto que

¹² Art. 17. –Prohibición de hacer discriminaciones. Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.

¹³ Art. 73. –Prohibición. Libertad de expresión. El empleador no podrá, ya sea al tiempo de su contratación, durante la vigencia del contrato o con vista a su disolución, realizar encuestas, averiguaciones o indagar sobre las opiniones políticas, religiosas, sindicales, culturales o de preferencia sexual del trabajador. Este podrá expresar libremente sus opiniones sobre tales aspectos en los lugares de trabajo, en tanto ello no interfiera en el normal desarrollo de las tareas.

¹⁴ Art. 81. –Igualdad de trato. El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador.

¹⁵ <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20465/texact.htm>. El artículo 1º de esta ley expresamente pena a 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 raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos".

Dirá la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, que "la norma en cuestión garantiza enfáticamente a todos los habitantes de la Nación –en pie de igualdad– el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional. En consecuencia, no existe ninguna razón que justifique excluir de este universo a los trabajadores dependientes, sólo por ser trabajadores". CNAT Sala III, "Camusso, Marcelo Alberto c. Banco de la Nación Argentina", 29/07/2009, voto de los Dres. Porta y Maza.

¹⁶ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2º; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2º, 7º y 23º ap. 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 24; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 2.2., 7.a.1 y 7.c; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2º, 3º y 26; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2º; Convenciones para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial y contra la Mujer.

¹⁷ Entendidos los derechos fundamentales como aquellos derechos que le corresponden a la persona en sí y por sí, independientemente de cualquier condición personal o social, por el sólo hecho de ser un habitante del mundo. Ello sin ánimo de ingresar a la discusión de si deben ser aquellos derechos que obtuvieron reconocimiento constitucional o se encuentran en una "meta zona jurídica", de si existen diversos grados de derechos fundamentales o son todos iguales, todas discusiones por demás interesantes, pero que no hacen al objeto de presente artículo.

¹⁸ Dirá el Dr. JORGE RODRÍGUEZ MANCINI que el derecho a no ser discriminado puede ser considerado en una doble vertiente, como Derecho Fundamental Específico (en tanto existen normas que prohíben la discriminación que sólo puede practicarse en el ámbito laboral, como la salarial o sindical) y como Derecho Fundamental Inespecífico laboralizado (RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE: *Derechos fundamentales y relaciones laborales*. Buenos Aires: Astrea. 2007. Págs. 164 y 178).

*¿Qué causa debe probar el empleador en el despido discriminatorio?
Con especial referencia al derecho y jurisprudencia argentinos*

entiende se le debe por el sólo hecho de ser persona, sin perjuicio de sus ideas políticas, religiosas, sindicales, tendencia sexual, etc.

La dignidad del trabajador se vincula también con su proyecto de vida, el destino que ese trabajador desea para sí y su familia. Por ello diría BIALET MASSÉ que “[e]l obrero, el dependiente, el que trabaja, necesita un día de sentirse libre del yugo del trabajo, de la autoridad del patrón, del capataz, un día que le deje sentirse hombre, dueño de sí mismo y de su tiempo, libre y digno; día de tirar o aprovechar, según su voluntad; un día de rey de sí mismo, un día de afirmar su libertad”¹⁹.

De la naturaleza y entidad de los derechos afectados por el despido discriminatorio—derechos fundamentales— se desprende la gravedad de la sanción que la doctrina y jurisprudencia argentinas otorgan a esa clase de despidos.

3. LAS CONSECUENCIAS DE LA CALIFICACIÓN DE UN DESPIDO COMO DISCRIMINATORIO

Como acabamos de analizar, la discriminación (y el despido discriminatorio) vulnera derechos que hacen a la persona del trabajador en sí, en sus aspectos más vitales. Es un acto realizado por el empleador que perjudica directamente al trabajador en su esfera más íntima y vital.

Por ello la ley 23592 y su aplicación jurisprudencial han sido especialmente duras con los actos de empleadores que involucraron una discriminación para su ex dependiente²⁰, declarando la nulidad del acto discriminatorio, dejando de lado el régimen de estabilidad impropia establecido a nivel legal y ordenando la reinstalación del trabajador que fue despedido discriminatoriamente²¹. A ello debe adicionarse la obligación de indemnizar los daños materiales y morales que la discriminación haya ocasionado al trabajador, así como abonar los salarios no percibidos durante la tramitación del proceso.

Esta solución dada por la jurisprudencia mayoritaria en Argentina tiene como consecuencia una alteración del orden de la empresa y las facultades de dirección y organización del empleador. Implica para el empleador la obligación de reinstalar en su puesto de trabajo a una persona-trabajador que ya no quiere más en su empresa.

No faltó el empleador que haya alegado que la orden de reinstalación (cuyo fundamento constitucional sería la igualdad de todos los habitantes ante la ley y la prohibición de discriminar) se contraponen directamente con su derecho a

¹⁹ BIALET MASSÉ, JUAN: “Informe sobre el Estado de las Clases Obreras Argentinas”, Volumen II, Ministerio de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 2010, 1ra. edición, pág. 104.

²⁰ “La norma transcrita, de carácter general y enfático, no presenta ningún elemento que permita interpretar, con fundamento razonable, que no está llamada a regir cuando el acto discriminatorio es el despido, y no creo que sea admisible interpretar una ley antidiscriminatoria contrariando su finalidad ostensible y “discriminando” (valga la reiteración) a un grupo determinado de habitantes por el solo hecho de ser trabajadores”. ÁLVAREZ, EDUARDO: “Reflexiones acerca del despido por discriminación”. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. *Revista de Derecho Laboral*. Tomo: 2008 - 2 - Discriminación y violencia laboral - I.

²¹ Entre los autores que se oponen a la posibilidad de reinstalación del trabajador encontramos a los Dres. ESTEBAN CARCAVALLO y JORGE RODRÍGUEZ MANCINI. En el otro extremo, están a favor de la reinstalación del trabajador los Dres. RODOLFO CAPÓN FILAS, MIGUEL ÁNGEL MAZA, OSCAR ZAS, RICARDO CORNAGLIA.

contratar y ejercer toda industria lícita, comerciar, asociarse con fines útiles, de idéntico rango constitucional²² y, supuestamente, merecedor de idéntica protección por parte de la judicatura.

Pero dicha postura desconoce que el trabajador, en la Constitución Argentina, es un sujeto de preferente tutela constitucional y, en consecuencia, su tutela debe preferirse a la del empleador.

No podemos dejar de destacar que por un breve lapso rigió en la República Argentina una norma totalmente retrógrada como el artículo 11 de la ley 25013²³, el que otorgaba una indemnización adicional al trabajador cuando había sido despedido discriminatoriamente. Esto implicaba en los hechos una autorización a los empleadores a despedir por motivos discriminatorios, pagando una indemnización. Afortunadamente esta norma fue dejada sin efecto por la ley 25877, artículo 41.

4. LA CAUSA EN EL DESPIDO DISCRIMINATORIO Y SU PRUEBA POR PARTE DEL EMPLEADOR

Desarrolladas las líneas anteriores, entendemos que estamos en condiciones de tratar el tema central de nuestra exposición: qué causa debe probar el empleador en un alegado supuesto de despido discriminatorio.

No trataremos en estas líneas todas las discusiones que el despido discriminatorio ha generado en la doctrina y jurisprudencia argentinas (si la ley 23592 es o no aplicable a las relaciones laborales, la carga de la prueba en las causas por despido discriminatorio, la posibilidad de evitar la orden de reinstalación mediante el pago de una indemnización agravada, etc.). Estas cuestiones han sido suficientemente tratadas en diversas obras de doctrina y fallos judiciales, especialmente los de la CSJN en autos “Álvarez”²⁴, “Pellicori”²⁵ y “Cejas”²⁶, respectivamente.

Simplemente nos atenderemos a intentar delimitar qué debe entenderse por “causa del despido”; qué debe probar el empleador cuando el trabajador invoca –y aporta indicios serios– que fue despedido discriminatoriamente²⁷.

²² Artículo 14. Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

²³ (Despido discriminatorio). Será considerado despido discriminatorio el originado en motivos de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial. En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal. La indemnización prevista en el artículo 7º de esta ley se incrementará en un TREINTA (30%) por ciento y no se aplicará el tope establecido en el segundo párrafo del mismo.

²⁴ “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud”, CSJN, 07/12/2010, Fallos 333:2306.

²⁵ “Pellicori, Lilita Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, CSJN, 15/11/2011, T. 334 P. 1387.

²⁶ “Cejas, Adrián Enrique c/ Fate S.A.”, CSJN, 26/03/2013, C. 823. XLVI.

²⁷ “Apoyándose en el Protocolo de San Salvador, conecta y encuadra el derecho de la estabilidad en el empleo con los derechos humanos, y a partir de ese encuadramiento, desde el *‘ius cogens’* y ese Tratado que tiene rango constitucional (y rige en el país ratificado por ley 24.658, desde antes de la reforma constitucional de 1994), articula el derecho procesal probatorio, con el derecho de fondo humanitario,

*¿Qué causa debe probar el empleador en el despido discriminatorio?
Con especial referencia al derecho y jurisprudencia argentinos*

Antes de continuar, recomendamos la lectura de un interesantísimo artículo doctrinario del Dr. SEBASTIÁN C. COPPOLETTA²⁸, en donde se leen unas líneas tan precisas como las que siguen:

Algunas causas, en cuanto logren la entidad de injuria suficiente, habilitan al distracto y otorgan derecho al trabajador que la invoca al cobro de indemnización (despido indirecto) o libera al empleador que la invoca del pago de indemnización (despido directo). La causa que motiva el distracto que logra el carácter de injuria, es una justificación de la conducta del sujeto rescindente relacionada con la culpa en el incumplimiento contractual previo del cocontratante, que quita al distracto su naturaleza inicial de conducta antijurídica. Esta conducta que implica incumplir justificadamente el contrato, entonces, ya no está comprendida en “-P” por ser considerada un acto antijurídico justificado.

Otras causas, responden a circunstancias generalmente extrañas a la culpa de las partes y, por lo tanto, habilitan el incumplimiento contractual reduciendo las indemnizaciones debidas (por ej. muerte del trabajador, quiebra del empleador, etc.).

Las demás causas que pudieran generar en el empleador la decisión de incumplir el contrato realizando el acto antijurídico de despedir al trabajador no tienen ninguna consecuencia en cuanto a la exención o reducción de las indemnizaciones legales. Por ello, para el empleador estas causas son irrelevantes a sus intereses y, por lo tanto, al despedir usualmente lo hace sin invocación de causa. Esto comúnmente lo denominamos despido sin causa: si bien existe una causa que motiva la decisión del despido, el empleador no la expresa por ser irrelevante para justificar su conducta antijurídica. Esto, claro está, no significa que el despido no tenga causa.

Para ello transcribimos a continuación las partes pertinentes de conocidos casos jurisprudenciales sobre despido discriminatorio en la República Argentina donde, a nuestro humilde entender, los Jueces de la causa han exigido al empleador una prueba excesiva respecto de la causa de despido.

llegando a la fundada conclusión de que en el derecho positivo vigente, no es lógico sostener que pesa únicamente sobre el presunto discriminado, todo el peso de cargar con la prueba de la voluntad discriminante”. CORNAGLIA, RICARDO J.: “La relación entre la discriminación y la anulación del despido”. Buenos Aires: La Ley. Tomo 2006-E, página 100.

²⁸ COPPOLETTA, SEBASTIÁN C.: “La calificación y prueba de la causa del despido como acto discriminatorio”. Buenos Aires: La Ley. Revista jurídica on-line LL AR/DOC/2756/2006. También publicado en La Ley: Doctrina Judicial, Tomo 2006-2, 1075.

Lucio Terrasa

“*Quispe Quispe, Néctar c. Compañía Argentina de la Indumentaria S.A.*”²⁹.

Como resulta de autos que fue la demandada quien puso fin a la relación laboral habida entre las partes, correspondía a ella acreditar la existencia de injurias que dieran motivo a tal determinación (art. 242 L.C.T. y 377 del C.P.C.C.N.).

Por otra parte, aun cuando la actora hubiera tomado conocimiento de las causales invocadas por la accionada en el conteste –se refiere, de la demanda–: “Falta de compromiso en el desarrollo de sus tareas”, éstas resultaban por demás genéricas y no cumplían con lo dispuesto por el art. 243 de la L.C.T.

“*Villalba, Franco R. c. The Value Brands Company de Argentina SCA*”³⁰. En esta causa la Dra. KOGAN, al votar, expresa:

Ello así, sin perjuicio de que al momento de disponer la cesantía directa aquélla no invocó causal alguna, para posteriormente, en su libelo de responde, proceder a desplegar argumentos tendientes a demostrar –en clara contraposición con la manda del art. 243 de la Ley de Contrato de Trabajo– que la falta de apego al trabajo y por ende su bajo rendimiento, constituyeron el motivo real del distracto; alegación esta que, no obstante su improcedencia, fue motivo de análisis y valoración por el *a quo*, quien la desechó poniendo de resalto la falta de éxito probatorio a su respecto.

Luego de este voto, el Dr. GENOUD alega:

A partir de la prueba habida, y en conclusión que –reitero– no merece siquiera crítica específica del recurrente, no se ha podido demostrar que la patronal haya tenido causas reales absolutamente extrañas a la discriminación antisindical. Es más: ni siquiera denuncia las posibles causas justificantes al tiempo de hacer efectivo el despido. Pretende luego sí hacerlo al tiempo de contestar demanda (art. 243, L.C.T.).

“*Sendoya, Josefina O. c. Travel Club S.A.*”³¹.

Uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en

²⁹ Juzgado Nacional de 1ª Instancia del Trabajo N° 59, 28/09/2007.

³⁰ Sup. Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 22/12/2010.

³¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 04/09/2000.

*¿Qué causa debe probar el empleador en el despido discriminatorio?
Con especial referencia al derecho y jurisprudencia argentinos*

la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional (la protección emana de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales con similar jerarquía), considero que cuando el trabajador se siente discriminado por alguna de las causas, el "onus probandi" pesa sobre el empleador. Ocurre que es mucho más difícil para el primero probar la discriminación, que para el segundo acreditar la justa causa, si es que existe (ver. Kiper, Claudio, "Derechos de las minorías ante la discriminación" especialmente ps. 129/33 y 238/40 Bs. As., 1999).

Todo ello nos da una idea de que en estos casos se requirió al empleador la demostración de una "justa causa de despido", en los términos del artículo 242 de la LCT, y con la rigurosidad en cuanto a su invocación del artículo 243 LCT.

Ahora bien, en nuestro entender debemos diferenciar dos tipos de "causas" en materia de despidos en la LCT: por un lado encontramos la "justa causa de despido", consignada en el artículo 242 de la LCT, la que tiene la principal y gravísima consecuencia (para el trabajador) de eximir al empleador de abonar cualquier indemnización derivada del despido.

Esta principal consecuencia hace que la LCT exija la comunicación por escrito, con manifestación suficientemente clara de la causa y que la misma no pueda ser variada con posterioridad.

En la vereda opuesta tenemos la "falta de causa" (o sea, la no-causa), prevista en el artículo 245 de la LCT, por la cual el empleador puede despedir a un dependiente sin manifestar causa alguna, abonándole la indemnización que ese artículo indica y, eventualmente, otras más determinadas por la LCT (sustitutiva de preaviso e integrativa del mes de despido).

Ahora bien, entendemos que entre la falta total de causa (la que consideramos no es tal, pues creemos que todo actuar humano es causado³²) y la justa causa hay un sinnúmero de causas que pueden motivar a un empleador a despedir a un trabajador.

¿Por qué, entonces, el empleador no las expresa al rescindir el contrato de trabajo?

Entendemos que, fuera el caso de discriminación, en muchas ocasiones esta causa "intermedia" entre la justa causa del artículo 242 y la no-causa del artículo 245 de la LCT no se expresa porque no tiene entidad suficiente para eximir al empleador de abonar las indemnizaciones por despido incausado, con lo cual el empleador simplemente no la expresa y abona las indemnizaciones indicadas en el artículo 245 de la LCT.

³² No coincidimos con el Dr. JUAN JOSÉ ETALA (h), quien manifiesta que "[s]i el empleador, haciendo uso de su facultad legal, despide a un trabajador sin invocar causa alguna, no puede después tener que demostrar que ha existido una causa para el despido, al solo efecto de demostrar que existía una causa objetiva y que no ha existido discriminación, cuando en realidad no ha existido causal para la extinción del contrato, ya que para ello la ley permite el despido incausado mediante el pago de la correspondiente indemnización". ETALA, JUAN J.: "Discriminación y carga de la prueba". Buenos Aires: La Ley. Tomo 2011-F, página 1356.

Estas causas intermedias proponemos llamarlas “*causas justificantes*”. ¿Justificantes de qué? Justificantes de la decisión rupturista del contrato de trabajo, pero sin la gravedad suficiente para llegar a constituirse en “justa causa” de despido³³.

La calificación de la causa del despido como “justificante” del mismo podrá involucrar un sinfín de posibilidades fácticas a analizar en cada caso, como ser la baja eficiencia, laboriosidad o dedicación a sus tareas por parte del trabajador, la personalidad del trabajador en relación a sus compañeros de trabajo, creando un ambiente hostil, en fin, cualquier causa objetiva que justifique que el empleador, en ejercicio del poder de organización y dirección que le asiste, tome la decisión de terminar el contrato de trabajo.

Estas causas son irrelevantes para el Derecho del Trabajo... hasta que el trabajador despedido invoca que lo fue por un motivo discriminatorio. Es en ese momento donde entendemos que las causas justificantes entran a cobrar una importancia vital, y son las que deben ser exigidas por los Magistrados a fin de eximir al empleador de las gravísimas consecuencias de considerar el despido discriminatorio³⁴.

El empleador siempre podrá “... extinguir la relación laboral sin expresión de causa, el mismo está obligado a hacer transparentes las razones de la medida adoptada, cuando se sospeche que, cobijada tras la ausencia de motivación, existe una violación de los derechos fundamentales del trabajador, pues el ejercicio de las facultades legales, aun discrecionales o no causales, no puede conducir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos

³³ Por ello entendemos tendenciosa (por los intereses que representa el titular del estudio jurídico laboral patronal más importante de la República Argentina) la supuesta contradicción que el Dr. JULIÁN DE DIEGO encuentra en la causa “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, CSJN, 15/11/2011, Colección Fallos: T. 334, P. 1387 al decir: “Otra aproximación curiosa del fallo comentado es que se mantiene la postura en el sentido de que el trabajador corre con el deber de aportar las pruebas y acreditar la alegada discriminación que en principio subyace bajo la apariencia de un despido incausado, y a la vez se aclara en la sentencia de la Corte Suprema también que no se invierte la carga probatoria –por no existir una presunción que la avale– de modo tal que quien alega la causal discriminatoria tampoco está eximido de aportar y producir la prueba transfiriendo –a la sazón dicha carga– al empleador que debe desnaturalizar que tras un despido sin justa causa se esconde la supuesta represalia discriminatoria y arbitraria contra la accionante. Lo que es difícil de asimilar es que, manteniéndose estas posturas, se establezca que es el empleador el que debe demostrar que de su parte no existió una motivación discriminatoria, cuando en la extinción del vínculo sin justa causa no se requiere de parte de la empresa la invocación de causa alguna, como lo define la misma naturaleza del artículo 245 primer párrafo (LCT) interpretando además a contrario sensu el artículo 242 (LCT) que define la justa causa como “la inobservancia por parte de la otra (contraparte) de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación”. DE DIEGO, JULIÁN: “La carga de la prueba dinámica en un despido por discriminación arbitraria”. Buenos Aires: La Ley. Tomo 2011-D, página 8.

A este comentario se suma el del Dr. JUAN JOSÉ ETALA (h) al decir respecto de este fallo: “Manifiestamente, lo que se propone es que el empleador produzca una prueba negativa, que el despido no obedeció a motivos discriminatorios, lo cual es demostrar que hubo justa causa de despido, cuando en realidad el despido se ha producido sin justa causa, algo que se encuentra permitido por el art. 245 de la ley de contrato de trabajo (t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B, 1175) y por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, lo que indicaría que, para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en todo despido sin justa causa puede existir algo oculto o pernicioso”. ETALA, JUAN J.: “Discriminación y carga de la prueba”. Buenos Aires: La Ley. Tomo 2011-F, página 1356.

*¿Qué causa debe probar el empleador en el despido discriminatorio?
Con especial referencia al derecho y jurisprudencia argentinos*

de aquellos derechos fundamentales...”³⁵ (en el caso, la libertad de expresión del trabajador que testificó en contra de su empleador).

Nos explicamos: dado el caso de un despido “sin causa” impugnado por el trabajador (cumpliendo, obviamente, con la carga de aportar indicios serios de discriminación), los Magistrados no deben exigir al empleador que demuestre la “justa causa” del despido, pues ello implicaría un contrasentido. Es imponerle la carga de la prueba de un hecho suficientemente grave que puede no haber existido, y condenarlo por una tipificación jurídica que el empleador pudo no prever ni querer³⁶.

Entendemos que los Magistrados deben exigir del empleador que demuestre una “causa justificante” del despido que, sin tener entidad suficiente para transformarlo en un despido con causa, sí tenga la capacidad de desactivar la imputación de discriminatorio del despido.

Estas causas justificantes entendemos que pueden ser una reestructuración real de la empresa o establecimiento, el cierre de una sección del establecimiento, las inconductas del trabajador que no fueron sancionadas, una disminución del trabajo que llevó a la reducción personal, etc.

Ellas no eximirán al empleador de la obligación de abonar las indemnizaciones por despido sin causa (artículo 245 LCT), pero sí lo liberarán de las gravísimas consecuencias del despido discriminatorio.

5. CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto entendemos que, en las causas por despido discriminatorio, es una exigencia desmedida e injustificada requerir que el empleador pruebe una “justa causa” de despido, en los términos del artículo 242 de la LCT.

En cambio, creemos que, probados los indicios de discriminación por parte del trabajador, el Magistrado debe esperar del empleador la prueba de **causas**

³⁴ “...en los casos en los que se encuentre en debate el acaecimiento de conductas hostiles para con el trabajador, se debe tener en cuenta la existencia de indicios que puedan conducir a los hechos o al hecho que hay que acreditar. De existir dichos indicios, corresponde la aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba, quedando en cabeza del empleador la probanza de que su actuar encontró una causa distinta a la que se le imputa”. GABET, EMILIANO A.: “Flexibilización de la carga de la prueba y violencia laboral”. Buenos Aires: La Ley. Tomo 2007-F, página 385.

³⁵ “Lescano, Víctor César c/ Ingeplam S.A. s/ despido”. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV, sent. N° 94.267 del 31/08/2009.

³⁶ “En algunos fallos se agrega un ingrediente adicional a la carga que pesa sobre el empleador, pues se afirma que éste debe probar que esas ‘causas reales’ y ajenas a todo móvil discriminatorio, tuvieron además ‘entidad suficiente como para adoptar la decisión’, es decir que tales motivaciones explican ‘objetiva, razonable y proporcionadamente’ por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que ella ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador” –con cita de fallos–.

“Esta exigencia adicional me parece un tanto excesiva. En efecto, si bien comparto, en líneas generales, el criterio de que el onus probando recae sobre ambas partes, creo que en caso de requerirse al empleador la carga de acreditar (más allá de toda sospecha, es decir en forma indubitable) no sólo la existencia de un motivo no discriminatorio, sino también la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de esa motivación, éste debería probar poco menos que la configuración de una “justa causa” de despido en los términos del artículo 242 de la LCT”. GUIBADO, HÉCTOR C.: “El despido discriminatorio” en AA.VV, Anuario 2011, Año II, Número 2 de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, “Despido discriminatorio”. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. 2012, págs. 97-158.

Lucio Terrasa

justificantes del despido que tomen verosímil la necesidad de prescindir del trabajador, pero que no lo eximieron de abonarle las indemnizaciones de ley por despedir al trabajador “sin causa”.

Por último, queremos realizar un llamado de atención respecto de numerosos fallos judiciales y opiniones doctrinarias que mencionan como fundamento del deber de cada parte de probar o el trabajador los indicios serios de discriminación o el empleador el porqué despidió al trabajador el artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina³⁷ (o su símil en las provincias). **Este artículo se refiere a la carga probatoria de hechos**, lo que en el despido discriminatorio no es el *quid* de la cuestión, pues en este tipo de despidos de lo que se trata es de probar la intencionalidad del empleador acusado de discriminador.

Por ello entendemos que puede ser conveniente adoptar la postura del Dr. EDUARDO ÁLVAREZ cuando propone³⁸ (no obstante la comodidad que el uso ha dado a la expresión “despido discriminatorio”) dejar de hablar de despido discriminatorio para hablar de discriminación mediante el acto de despedir. Ello desplaza el eje de discusión hacia la que realmente importa, la discriminación, y no ya –o no principalmente– el acto del despido.

³⁷ “Carga de la prueba. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido... Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción...”.

³⁸ ÁLVAREZ, EDUARDO: “El acto discriminatorio bajo la forma de despido” en AA.VV, Anuario 2011, Año II, Número 2 de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, “Despido discriminatorio”. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. 2012, págs. 69-96.