

**Voces:** EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO - PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO - LIBERTAD SINDICAL - ESTABILIDAD SINDICAL

**Partes:** Arecco Maximiliano c/ Praxair Argentina S.A. | juicio sumarísimo

**Tribunal:** Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

**Sala/Juzgado:** V

**Fecha B.O.:** 21-dic-2006

**Cita:** MJ-JU-M-9730-AR | MJJ9730

**Producto:** MJ,LJ

**Sumario:**

1.-En este tipo de acciones en las que se pretende nulificar el acto extintivo de la contratación laboral se requiere para su procedencia, la producción de una prueba muy convictiva y una apreciación muy exigente de los elementos acompañados. (Del voto de la Doctora María C. Margalejo en minoría).

2.-Es necesaria suma prudencia para invalidar un despido y consagrar la vigencia misma de una relación, porque está en tela de juicio la libertad de contratar, que lleva implícita la posibilidad de rescindir los contratos, criterio que, por otra parte, este Tribunal hizo suyo. Asimismo, el derecho de ejercer toda industria lícita y de comerciar también tiene rango constitucional -Art. 14 C.N. - y requiere para su plena vigencia el ejercicio de las facultades regulares que lógicamente conlleva. (Del voto de la Doctora María C. Margalejo en minoría).

3.-Sin perjuicio de lo que correspondería considerar respecto del derecho a la vida, en general- no hay derechos constitucionales absolutos -y la prudencia se impone ante la posibilidad de que en forma expresa o tácita se pretenda que hay algunos mejores o más grandes que otros, en tanto ello lleve a elaborar de hecho una suerte de escalafón de importancia que autorizaría a avasallar a los segundos en aras de los primeros-. Cuando un hecho acarrea consecuencias de magnitud a nivel de todo el plexo de obligaciones y derechos que integran el ordenamiento jurídico, su prueba ha de ser clara y terminante. (Del voto de la Doctora María C. Margalejo en minoría).

4.-Corresponde revocar la sentencia apelada toda vez que la carencia de elementos de prueba no puede suplirse por el solo hecho de que el despido se dispusiera sin invocación de justa causa. No debe perderse de vista que la Ley de Contrato de Trabajo establece un sistema general de estabilidad relativa impropia y que en la especie la accionada promovió una consignación judicial con motivo de la extinción del contrato lo cual, sin adentrarse en otras consideraciones sobre esas actuaciones, excluye voluntad alguna de sustraerse al pago de las reparaciones pertinentes. (Del voto de la Doctora María C. Margalejo en minoría).

5.-La protección laboral nace, precisamente, como un necesario límite a la libertad de contratación del empleador y, consecuentemente, de su derecho de propiedad. Esta necesidad responde a otro mandato también de rango constitucional de no menor gradación que establece la protección contra el despido arbitrario conforme lo normado por el Art. 14 bis de la Constitución Nacional. (Del voto del Dr. Julio Cesar Simón en mayoría).

6.-Los valores constitucionales en juego, en el caso del contratante, en modo alguno pueden influir en perjuicio de la actividad probatoria de quien invoca un acto discriminatorio como el mencionado en la demanda, ya sea para imponer una carga probatoria extra o una valoración más estricta o que sugerir que la convicción que arroje la prueba producida deba ser más contundente que la necesaria para tener por acreditada cualquier otro dato de la realidad. Ello, claro está, sin perjuicio de que para el caso del trabajador contratado también existen derechos constitucionales involucrados. (Del voto del Dr. Julio Cesar Simón en mayoría).

7.-El ejercicio de la actividad sindical se ejecuta en dos fases claramente distinguibles, por un lado el nivel de gobierno y de la administración de la entidad gremial el cual requiere la presencia de dirigentes con dedicación exclusiva, mientras que por el otro, la representación sindical dentro del seno de la empresa que se ejerce por mediación de los delegados de personal y miembros de las comisiones internas. Ambos niveles de representación están alcanzados por la protección que brinda la ley, aunque con características distintas, a lo que se suma, además, la situación de aquellos dependientes que deban ocupar cargos políticos en los poderes públicos, los que también se encuentran alcanzados por la tutela legal. (Del voto del Dr. Julio Cesar Simón en mayoría).

8.-Al existir un régimen protectorio específico en el Derecho del Trabajo y teniendo especialmente en cuenta las singularidades del caso concreto, no es posible en este supuesto recurrir a la ley general 23.592 antidiscriminatoria, ello así debido a que en nuestra disciplina la norma específica desplaza a la general. (Del voto del Dr. Julio Cesar Simón en mayoría).

9.-La protección instrumentada a través de los Arts. 48 y 52 de la ley 23551 debe considerarse en forma amplia, en cuyo caso el actor sería merecedor de la misma. Se impone esta solución toda vez que el fuero sindical aún antes de la instrumentación legal nace en nuestro país en función de lo establecido en el Art. 14 bis de la Constitución Nacional y también de la exigencia que en tal sentido contiene el Art. 1º del convenio N° 98 de la O.I.T. Habiendo sido esta norma por el Decreto – Ley 11.594/56, los Convenios Internacionales del Trabajo son tratados y por lo tanto se ven alcanzados por lo establecido en el primer párrafo del Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional en función del cual los tratados tienen jerarquía superior a las leyes. (Del voto del Dr. Julio Cesar Simón en mayoría).

10.-En concordancia con aquella interpretación amplia que merecen las previsiones de la tutela sindical regulada en la ley 23.551, el Art. 50 de la referida norma sólo exige la postulación para que inmediatamente merezca la tutela sindical, el alcance que el decreto reglamentario pretende otorgar a la palabra “postulación” es claramente exceso reglamentario y, por tanto descalificable a la luz de las directivas constitucionales, recuérdese que “postular” según el diccionario de la Real Academia significa “pedir, pretender”. Por tanto el actor “pretendió” en los términos del citado Art. 50 de la ley 23.551 ser candidato a vocal suplente de la representación sindical en la empresa y quiero aclarar –agregando a lo antedicho en relación al convenio colectivo otro argumento- que la demandada no podía despedirlo so pretexto de que no reunía las condiciones necesarias ya que la disposición legal reglamentaria del Art. 14 bis de la constitución sólo prevé el cese de la tutela cuando la “postulación” “no hubiera sido oficializada según el procedimiento electoral aplicable y desde el momento de determinarse definitivamente dicha falta de oficialización”. Esto es que el órgano intraasociacional debía expedirse –y con carácter definitivo primero- y que escapaba a la consideración del empleador si el trabajador estaba o no en condiciones de “postularse”, por lo menos en esta etapa del proceso electoral. (Del voto del Dr. Julio Cesar Simón en mayoría).

11.-La decisión extintiva debe ser declarada nula de nulidad absoluta de conformidad con lo establecido por el Art. 1044 del CCiv., toda vez que el actor se hallaba amparado por las previsiones del Art. 50 de la ley 23.551. Ello así, debido a que en el caso de autos está acreditado que el acto extintivo obedeció específicamente a la candidatura a delegado suplente del demandante, sobre la cual prima facie reunía las condiciones formales para serlo –o mejor aún sin que esa candidatura hubiera sido desestimada por el órgano intraasociacional competente. (Del voto del Dr. Julio Cesar Simón en mayoría).

12.-Le asiste razón a la demandada en relación con la condena de salarios caídos desde la fecha de la eventual extinción del contrato de trabajo y hasta la reinstalación dispuesta en la previa instancia. En efecto, de la lectura de la presentación inicial se advierte que el demandante no ha reclamado con los requisitos que exige la norma adjetiva. Según el objeto de la demanda ésta se ciñe a: “reinstalación por acto discriminatoria, práctica antisindical y medida cautelar, solicitando aplicación de astreintes para el caso de incumplimiento”. En tanto que en el petitorio se consigna que se haga lugar en forma inmediata a la medida cautelar solicitada y oportunamente haga lugar a la acción entablada en la forma ya pedida y con aplicación de costas a la demandada. Así las cosas del escrito introductorio no surge un reclamo autosuficiente destinado a la percepción de los salarios caídos que la magistrada de grado incluye en la condena. (Del voto del Dr. Julio Cesar Simón en mayoría).

13.-Según la jurisprudencia del Superior Tribunal, no pueden considerarse en segunda instancia las defensas oportunamente opuestas por las partes que no apelaron el fallo que les resultaba favorable, si no contestaron agravios, o, si habiéndolo hecho, no replantearon las referidas cuestiones en ese escrito. Desde esta perspectiva, en el “sub-lite” quedó firme y consentida la decisión de la Sra. Jueza de la instancia anterior de no considerar cumplido el requisito formal de la notificación por escrito, y de concluir que el actor no gozaba de la tutela sindical prevista en los Arts. 48 a 52 de la ley 23.551 al momento en que se dispuso el cese del vínculo laboral. (Del voto del Dr. Zas adhiriendo a la propuesta de confirmación del fallo de primera instancia del Dr. Simon pero en disidencia en cuanto al fundamento).

14.-El carácter constitucional del principio de congruencia, como expresión de la defensa en juicio y del derecho de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos; de ahí que lo esencial es que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales, sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias. (Del voto del Dr. Zas adhiriendo a la propuesta de confirmación del fallo de primera instancia del Dr. Simon pero en disidencia en cuanto al fundamento).

15.-El sistema indemnizator

---

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital federal de la República Argentina, a los 21 días del mes de diciembre de 2006, se reúnen los señores jueces de la Sala V, para dictar sentencia en esta causa, quienes se expiden en el orden de votación que fue sorteado oportunamente; y LA DOCTORA MARÍA C. GARCÍA MARGALEJO dijo:

1) En su sentencia de fs. 696/715 la Dra. Silvia Pinto hizo lugar a la demanda y declaró la nulidad del despido del Sr. Arecco dispuesto por Praxair Argentina S.A., condenando a esta última a reinstalar a aquél bajo apercibimiento de "astreintes"; asimismo condenó al pago de las sumas que resulten de lo dispuesto en el punto X (fs. 713/714) de su fallo. Para así decidir y si bien entendió la magistrada que el actor no gozaba de protección sindical en los términos de los arts. 48 a 52 ley 23.551 (ver fs. 700/701),

concluyó que el trabajador realizó actividad sindical al menos durante los dos meses anteriores al despido, y se persuadió de que la empresa tenía conocimiento de dicha actividad sindical (ver a fs. 709).

Contra tal decisión se alza la parte demandada a fs. 723 y 727/745. Entre otros conceptos y además de destacar que se afectan sus derechos constitucionales y que la resolución sería arbitraria, sostiene que se ha presumido que su representada conocía las acciones llevadas a cabo por el Sr. Arecco, indica que las reuniones invocadas por los testigos resultaron acaecidas en lugares cerrados, que si su intención hubiera sido discriminar y separar a los empleados interesados en temas sindicales tendría que haber despedido a todos los que hoy forman parte de la comisión interna y que no surge de la prueba rendida que la supuesta actividad gremial del accionante haya sido pública y notoria, por lo que su parte no tuvo conocimiento de las supuestas actividades sindicales invocadas; se refiere concretamente a las declaraciones testimoniales; el recurso se concedió a fs. 724. Por su parte el accionante apela -en subsidio de la aclaratoria planteada- a fs. 718/720 porque no se habría condenado al pago de salarios caídos sino que sólo se consideró su monto como parámetro resarcitorio (recurso concedido a fs. 722). También apela el perito contador Tomás Eduardo Bogomolny a fs. 725 porque considera bajos sus honorarios.

A fs. 748/751 contesta agravios la parte demandada y a fs. 754/756 lo hace la parte actora.

2) Liminarmente aclaro que en mi opinión no hay duda a esta altura de que, al momento de disponerse la desvinculación del Sr. Arecco, la empresa no había sido notificada de su candidatura o postulación para ocupar un cargo gremial, por lo que no está en juego aquí en modo alguno, la garantía específicamente prevista por los arts. 48 última parte, 49, 50 y conc. de la ley de asociaciones profesionales.

También aclaro que, dado lo expresamente invocado en el inicio sobre el impedimento y obstaculización del ejercicio de la libertad sindical y la realización de actos discriminatorios por parte de la patronal (ver fs. 49), es evidente a mi juicio que semejantes imputaciones implican una conducta de Praxair Argentina consciente y deliberada a esos efectos, pues tales actos por sus características conllevan en sí mismos una intención dirigida a la consecución de tales fines. Ello implica lógicamente, que la firma debía tener previamente cabal conocimiento de aquellas actividades que -según se dice- se quisieron obstaculizar o impedir. Y es por ello que, en el caso concreto, y puesto que no hallo debidamente acreditado tal conocimiento, habré de proponer en definitiva la revocatoria de la sentencia en crisis. Todo conforme las razones que paso a exponer.

Tal como quedó trabada la litis (negativas fs. 84 vta./85 vta. y 87 vta.) y de conformidad con lo dispuesto en el art. 377 C.P.C.C.N. se encontraba a cargo de la parte actora demostrar los hechos invocados en la demanda y en los que se sustenta la pretendida reincorporación. Entre ellos, obviamente, que el despido del reclamante fue consecuencia directa de su actividad sindical.

Coincido en este punto con el criterio que sentó el Sr. Fiscal Gral. ante esta Cámara Dr. Eduardo O. Álvarez (dictamen nº 41.918 del 17-3-2006) en el sentido de que en este tipo de acciones en las que se pretende nulificar el acto extintivo de la contratación laboral -lo que el Dr. Álvarez denomina con acierto y precisión "una respuesta de ineficacia tan intensa"- se requiere para su procedencia, la producción de una prueba muy convictiva y una apreciación muy exigente de los elementos acompañados.

No debe perderse de vista que, como bien se señaló en igual dictamen, es necesaria suma prudencia para invalidar un despido y consagrar la vigencia misma de una relación, porque está en tela de juicio la libertad de contratar, que lleva implícita la posibilidad de rescindir los contratos, criterio que, por otra parte, este Tribunal hizo suyo -con una anterior integración- por mi intermedio en el pronunciamiento

recaído el 17-2-2004 en los autos "Failde, Carlos Alberto c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo" (sentencia definitiva n° 66.890). Recuerdo que el derecho de ejercer toda industria lícita y de comerciar también tiene rango constitucional (art. 14 C.N.) y requiere para su plena vigencia el ejercicio de las facultades regulares que lógicamente conlleva.

No es original ni se vincula sólo con el tema de la discriminación, el criterio de que la prueba de ciertas conductas, hechos o actos ha de ser certera y juzgarse con particular cuidado. Así, por ejemplo, cuando se trata de acreditar la falta de trabajo o fuerza mayor en las suspensiones y despidos de los arts. 219 y 247 L.C.T. la jurisprudencia mayoritaria es conteste en que incumbe al empleador en esos casos probar que la falta de trabajo no le es imputable, que observó una conducta diligente acorde con las circunstancias, las medidas adoptadas con el fin de paliar la situación, que el hecho determinante no obedeció al riesgo propio de la empresa, y la perdurabilidad de la situación crítica -amén del respeto al orden de antigüedad del personal objeto de la medida- (débese convenir en que varios de estos requisitos no surgen literalmente del texto de esas normas, que sólo hacen referencia a que la fuerza mayor o falta de trabajo no imputable deben estar "debidamente" o "fehacientemente" comprobadas). También la apreciación de la prueba y la interpretación legal se torna restrictiva ante la aplicación del instituto de la prescripción. A veces no se admiten presunciones (ej.: art. 58 L.C.T.) y hay actos que no pueden probarse por testigos (art. 1.193 C. Civil). En los juicios de separación personal o divorcio vincular no es suficiente la prueba confesional ni el reconocimiento de los hechos, salvo excepcionalmente (art. 232 igual código). En el Derecho del Trabajo en caso de duda las situaciones deben resolverse a favor de la continuidad o subsistencia del contrato por lo que la parte que asume la iniciativa de ponerle fin carga con la demostración de una conducta inexcusablemente incompatible con la prosecución del vínculo (esta Sala sentencia del 31-10-1998 "Verón, Víctor A. c/ Celulosa Recuperada", D.T. 1989-A pág.66). Según enseña Devis Echandía la regla es que el juez sólo puede declarar un hecho sobre la base de la certeza o el convencimiento que tenga de él, pero esa regla general respecto de la sentencia puede tener atenuaciones para ciertas materias incidentales o de previo pronunciamiento (ej.: medidas preventivas) en las que no se exige que el juez tenga certeza sobre ellas; y citando a Chiovenda agrega que la prueba debe ser más rigurosa para los extremos de la sentencia que constituirán la cosa juzgada y menos para la justificación de la demanda de una resolución en el curso del proceso ("Teoría General de la Prueba Judicial" Tomo 1, 6ª edición, págs. 326/327). Concluyo de ello -se ha efectuado una enumeración sólo ejemplificatoria- que el matiz probatorio exigible según los casos puede ser mayor o menor, y no necesariamente por ende el mismo en todos los supuestos.

Asimismo -y sin perjuicio de lo que correspondería considerar respecto del derecho a la vida, en general- no hay derechos constitucionales absolutos (y la prudencia se impone ante la posibilidad de que en forma expresa o tácita se pretenda que hay algunos mejores o más grandes que otros, en tanto ello lleve a elaborar de hecho una suerte de escalafón de importancia que autorizaría a avasallar a los segundos en aras de los primeros). Cuando un hecho acarrea consecuencias de magnitud a nivel de todo el plexo de obligaciones y derechos que integran el ordenamiento jurídico, su prueba ha de ser en mi opinión, clara y terminante.

Sentado ello, diré que la desvinculación laboral del "sub examine" quedó comunicada el día 15-4-2005 (acta de constatación de escribana pública) lo cual no queda enervado por el hecho de que el Sr. Arecco se haya negado a suscribir el acta. Lo expuesto proviene del informe de la notaria (fs.179) donde además se da cuenta de la existencia de otras actas de desvinculación laboral labradas tanto en el año 2005 como en los años 2003 y 2004, demostrativo ello de que se trataba de un modo de notificación habitual, o por lo menos no inusual. Queda así desvirtuado lo expresado en el escrito de inicio a fs. 44 último párrafo.

En relación con la fecha del despido también pongo de relieve que, conforme lo indica el Sindicato del Personal de Industrias Químicas y Petroquímicas de la Ciudad de Bs. As. y Zonas Adyacentes a fs. 396

(es la asociación gremial mencionada en la demanda a fs. 43 vta. y 44), el Sr. Maximiliano Arecco es afiliado de dicho sindicato desde el 8 de abril de 2005; vale decir que hasta tan solo 7 días antes de la desvinculación laboral, el accionante ni siquiera era miembro de aquella asociación gremial.

El testigo que declara a fs. 189/191 (compañero de trabajo) expresó conocer al actor "desde este año" (declara en 2005) conversando en los pasillos, o tomando café y que lo conocía "visualmente pero no así personalmente" -aclaró que el testigo labora desde 1998-; "cree" que lo despidieron por su actividad gremial. El testigo relata charlas en el comedor o en la "puerta del baño", indica que también integran la representación gremial los Sres. Barraza, Vega y Montemurro, y expresa que "...las demás personas que mencionó como representantes, siguen trabajando actualmente en la empresa..." (el destacado es mío); afirmó que hubo al mismo tiempo otro despido de una persona del sexo femenino apellidada Basile y en cuanto a lo que relata que pasó en otras épocas destacó que se trataba de la anterior empresa ("Fracchia"), de la cual se dijo a fs. 189 que había sido adquirida por Praxair hace 10 años, de modo tal que no puede hacerse jugar lo que supuestamente habría ocurrido en la época de "Fracchia" para proyectarlo a la actualidad. Observo que pese a la creencia que el testigo manifiesta sobre la desvinculación del demandante, el propio deponente aclara que la empresa tiene representación gremial y que "es el dicente" o sea él mismo, lo cual dada la fecha de inicio de su propia relación laboral, revela que obviamente sus actividades no acarrearán despido alguno. El testigo expresó respecto de la comunicación al sindicato que no sabe si se comunicó a alguien más (fs. 190). En definitiva, no surge en mi opinión de estos dichos en modo alguno que se hayan efectuado actos notorios por parte del Sr. Arecco ni que la empresa (directivos, autoridades superiores) estuviere en conocimiento concreto de actividades gremiales del aquí actor.

Bracalenti (fs. 192/193) no revela datos que resulten relevantes a los fines que antes indiqué. Pero sí es importante destacar que dijo que no recuerda que el accionante le haya formulado algún reclamo o petición durante la relación laboral, y también afirmó que en otras sucursales de la firma hay representación gremial y conoce a los delegados por los permisos que se toman para ejercer su actividad. Ello desmiente la afirmación de fs. 43 vta. acerca de que en la "...demandada PRAXAIR ARGENTINA S.A..." no hay desde hace más de 10 años representación sindical.

Barraza (fs. 194/195) es otro de los representantes elegidos (delegado general) y expresó no saber los motivos del despido del reclamante. Relata cómo se afiliaron algunas personas al sindicato, lo cual hicieron el 12 de abril según dijo, y agregó: "Que por lo que sabe el testigo la empresa no conocía todo esto, que la empresa supuestamente se enteró cuando le llegó al telegrama del sindicato comunicando que se iban a elegir delegados..." (el destacado me pertenece) o sea después del cese del Sr. Arecco. Sobre la elección de los postulantes a la lista, aseguró que se hizo a través de una asamblea casera en la puerta del vestuario, dijo que fue a la vista de la empresa, pero no se deduce de su declaración en modo alguno que haya sido observado o presenciado el acto por personal superior ni nada por el estilo; por el contrario no le consta que hubiera personal jerárquico en la reunión (ver fs. 195). Sobre un episodio anterior que relata en la misma foja, ni siquiera dice el nombre de la persona en cuestión y en definitiva cuenta lo que a su vez le habría relatado aquella a quien no se identifica.

La testigo Ruano (fs. 202/203) afirmó que el actor trabajó hasta 2005 en que hubo una reestructuración, que hubo una reunión en "recursos humanos" en la que estuvo presente la testigo y luego un acta por escribano; aclaró que los despidos se comunicaban en esa forma. En la reestructuración aludida también salió de la empresa Elsa Basile; en el caso del Sr. Arecco (la testigo lo nombra como "Maximiliano") indicó que su formación estaba relacionada con la sociología y se buscaba un perfil más administrativo y analítico; en el caso de Basile se entendió que alguien con mayor formación administrativa podía dar mejores resultados.

El testigo Basile, Jorge Oscar (fs. 204/205) también afirmó que el cese aquí en estudio se produjo por una reestructuración evaluándose las competencias, estudios, habilidades, etc.; no le consta la

participación del demandante en acto gremial o sindical o la realización de reclamos; coincide con Bracalenti en la existencia de representación gremial en el ámbito de otras sucursales.

Es cierto que el testigo Vega (fs. 206/208) dijo que semanas anteriores a la reunión del 11 de abril, al vestuario concurrió "un muchacho" que según sus dichos sería supervisor de producción de alta presión -el área no se relaciona con la que integraba el Sr. Arecco-, y que un ingeniero de planta le dijo que se fijara en lo que hacía porque la empresa tenía de él un buen concepto y que había ido para ver si encontraba a "Maxi" ahí "...porque la jefa del actor no lo podía encontrar..." (fs. 207); amén de ser el único declarante en este sentido -no me parece adecuado presumir un acto de tal naturaleza como el de carácter discriminatorio a partir de un solo testimonio- y de que comienza diciendo que quiere "sacarse la presión que lleva adentro", un análisis detenido de sus dichos revela que no puede concluirse de ellos que los directivos se hubiesen enterado concretamente de actividad gremial por parte del accionante: los postulantes a delegados eran varios y a fs. 206 "in fine" se expresa "Que la empresa se enteró de esto" pero inmediatamente agrega: "...no sabe si se enteró o no de esta reunión pero tiene conocimiento que la reunión era pública. Que no se le comunicó de alguna manera a la empresa de la reunión del 11 de abril...no sabe si se notificó o comunicó a personal jerárquico de la empresa, que el testigo no lo hizo..." (fs. 207), o sea que nada puede aseverar que acredite el conocimiento del personal jerárquico de la compañía. Se refiere a conversaciones en el comedor, en la cafetería o en el vestuario y en definitiva en lo que hace al ya aludido ingeniero (se indicó que su nombre es Alfonso Gibert) no sólo el testigo relata lo que otra persona -que no declaró en autos- le habría dicho, sino que en resumen lo que dijo respecto del aquí actor es que aquél habría ido a buscarlo porque la jefa no lo podía hallar, y no se llega a comprender acabadamente por qué la jefa de una persona que, como el Sr. Arecco, trabajaba en la parte administrativa (ver demanda fs. 43 y copias agregadas con la pericial contable a fs.404 y sig.), le habría encargado a un ingeniero de planta y además jefe de producción (según el testigo, fs. 207) que vaya a ver dónde estaba o no un subordinado de ella. Realmente, en este aspecto el relato resulta muy poco verosímil.

Desde luego, la carencia de elementos de prueba no puede suplirse en mi opinión por el solo hecho de que el despido se dispusiera sin invocación de justa causa. No debe perderse de vista que la Ley de Contrato de Trabajo establece un sistema general de estabilidad relativa impropia (al decir de de la Fuente, citado por Fernández Madrid en "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo" Tomo II, 2ª edición actualizada, pág. 1679) y que en la especie la accionada promovió una consignación judicial por la suma de \$ 24.521,77 con depósito judicial por dicha suma (ver fs. 283 y sig., certificación fs. 317) con motivo de la extinción del contrato lo cual, sin adentrarse en otras consideraciones sobre esas actuaciones, excluye voluntad alguna de sustraerse al pago de las reparaciones pertinentes.

En tales condiciones, votaré por la revocatoria de la sentencia apelada.

Lo expuesto precedentemente torna abstracto referirse a la apelación de la parte actora, a fs. 743 punto IV.5, a fs. 744 punto V y V.I como también al recurso del perito pues debería acudir al art. 279 C.P.C.C.N.

El doctor JULIO CESAR SIMON dijo:

Disiento respetuosamente con los fundamentos y con la solución propuesta por mi distinguida colega preopinante.

Para un mejor análisis de las distintas cuestiones que apareja el presente debate, expondré mi voto en el siguiente orden temático:

**LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN Y SU COMPATIBILIZACIÓN CON OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES:**

Liminarmente entiendo necesario exponer mi discrepancia en cuanto se reconoce a la garantía a la libertad de contratar y, como derivación directa de ella, al derecho de propiedad como constitucionalmente preferentes a la hora de sopesar eventuales cortapisas provenientes de normas tuitivas de las relaciones laborales. Discrepo también con la consecuente conclusión que deriva de esta apreciación y que parece proyectarse sobre una carga probatoria extra en cabeza de quien alega un acto discriminatorio, teniendo especialmente en cuenta las consecuencias jurídicas que recaerían sobre aquella garantía constitucional del empleador.

Entiendo que aquel razonamiento gravita peyorativamente sobre la razón misma de la existencia del Derecho del Trabajo, en tanto la protección laboral nace, precisamente, como un necesario límite a la libertad de contratación del empleador y, consecuentemente, de su derecho de propiedad. Esta necesidad responde, en el puntual aspecto que aquí nos incumbe, a otro mandato también de rango constitucional de no menor gradación que establece la protección contra el despido arbitrario (art. 14 bis de la Constitución Nacional).

En este sentido es menester recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya antes de que la protección de los derechos laborales se convirtiera en una exigencia constitucional, generó en esta materia, con carácter general y apuntando a la médula del problema, algunas definiciones importantes. Así merece recordarse que en autos "Quinteros c/ Tranvías Anglo Argentina", (22-10-37) Fallos: 179:113 y "Russich c/ Introdutora de Bs. As." (20-7-38), Fallos 181:209, el Alto Tribunal definió que las obligaciones legales sobre vacaciones o sobre indemnizaciones por despido (que seguramente no serían el producto de un libre intercambio de voluntades) no vulneraban por el solo hecho de existir la libertad de contratar o el derecho de propiedad (Tratado de Derecho del Trabajo dirigido por Mario E. Ackerman, Tomo 1 página 61).

En tiempos más cercanos la Corte Federal declaró la constitucionalidad de la imposición no solo de medidas de intervención, sino también de cargas económicas o "aportes especiales" ("Inchauspe c/ Junta Nacional de Carnes 1/9/44, Fallos 199:483). No menos relevantes es el antecedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el conocido caso de los "números vivos", en el que se ponía en tela de juicio la constitucionalidad de una norma que sin tapujos obligaba a las salas cinematográficas a contratar un espectáculo artístico en vivo de variedades. En esa ocasión la Corte Suprema estableció que la restricción al principio de libertad de contratar que consagra la Constitución Nacional resultaba razonable ante "... la necesidad de prevenir, morigerar o contrarrestar, en forma permanente o transitoria, los graves daños económicos y sociales susceptibles de ser originados por la desocupación en mediana a gran escala". Declara además que es objeto propio del poder de policía, junto a la seguridad, salubridad y moralidad públicas, "la defensa y promoción de los intereses económicos de la colectividad".

Esta línea jurisprudencial del Alto Tribunal marca claramente que la libertad de contratación y sus valores adyacentes no son absolutos y que deben compatibilizarse con las normas que tienen en miras el bienestar general como valor supremo de la actividad estatal. Tal aserto ha abrevado en la Constitución Gaudium et Spes del Concilio Vaticano II, que no sólo distinguió el norte de la sociedad jurídicamente organizada sino que también reconoció una dinámica específica propia para dicho valor: "... La autoridad pública ... debe procurar el bien común concebido de manera dinámica ... El bien común ... por lo que toca a sus exigencias concretas está sometido a los cambios incesantes del tiempo" (parágs. 74 y 78).

Al decir del distinguido jurista Julio Oyhanarte, quien ya a fines de la década del 60 lo ponía de manifiesto, "... no hay derechos absolutos, hablar de derechos absolutos importa aceptar una concepción antisocial; el principal cometido del poder de policía es la preservación y la promoción -incluso la promoción- del bien común, en consecuencia de lo cual aquel poder se enriquece con un



vasto capítulo referente a la tutela de los `intereses económicos de la colectividad, que es el mas conspicuo y nutrido" (Julio Oyhanarte "Poder Político y Cambio Estructural", página 29).

La evolución jurisprudencial en orden a los denominados derechos sociales encuentra en la actualidad múltiples fuentes normativas de carácter constitucional y supralegal, especialmente en las normas internacionales del Trabajo.

Así la Corte Federal señaló que sostener "... que el trabajador es como sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión sólo impuesta por el art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que cuenta con jerarquía constitucional a partir a partir de la reforma constitucional de 1994 (art. 75 inc. 22 C.N.), enumerando los respectivos instrumentos internacionales".

"Asimismo, los derechos constitucionales tienen, naturalmente, un contenido que, por cierto, lo proporciona la propia Constitución. De lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que, a la par, echaría por tierra el mentado control: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último. Todo ello explica que la determinación de dicho contenido configure, precisamente, uno de los objetos de estudio centrales del intérprete constitucional. Explica también que al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no pueda obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquél toda la plenitud que le reconozca la Constitución Nacional. Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos (art. 28 cit.), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar 'el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos' (Constitución Nacional, art. 75 inc. 23). El mandato que expresa el tantas veces citado art. 14 bis se dirige primordialmente al legislador, pero su cumplimiento 'ataña asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima' a dicho precepto (Fallos: 301:319, 324/325, considerando 5º)".

En referencia al trabajo humano La Corte Federal ha destacado sus características "... que imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el marco del mero mercado económico y que se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia, [...] normativamente comprendidos en la Constitución Nacional. Y ello sustenta la obligación de los que utilizan los servicios, en los términos de las leyes respectivas, a la preservación de quienes los prestan" ("S.A. de Seguros 'El Comercio de Córdoba' c. Trust" Fallos: 258:315, 321, considerando 10 y sus citas; en igual sentido Fallos: 304:415, 421, considerando 7º). El Régimen de Contrato de Trabajo (ley 20.744) se inscribe en esta perspectiva, cuando preceptúa que el "contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico." (art. 4). (C.S.J.N. "Aquino").

En esta ilación no es posible ignorar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la que a partir de la reforma de 1993 tiene jerarquía constitucional, ya que se encuentra entre los tratados internacionales que, en tal sentido, enumera el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Por otro lado, tratados de igual jerarquía, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1996, ratifican y reiteran en forma expresa los principios en los que se sustentan la mencionada Declaración.

De acuerdo a la Declaración los derechos humanos se basan en la "dignidad intrínseca" de toda persona, esa dignidad y los derechos a la libertad y a la igualdad que de ella derivan son inalienables e imprescriptibles. Tienen primacía sobre todos los poderes, incluido el del Estado, que puede

reglamentar esos derechos pero no derogarlos; ello es tanto más evidente en nuestro país atento la jerarquía normativa de carácter constitucional que la Declaración reviste.

En la Declaración se reconoce la necesidad de un "orden" social, tanto interno como internacional, en que los derechos humanos se hagan plenamente efectivos. Toda persona tiene deberes respecto de la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. Esas obligaciones imponen ciertas limitaciones al ejercicio de los derechos humanos, las cuales han de quedar establecidas por la ley y responder "al único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos (...) de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática".

No menor importancia tienen los artículos 22 y 23 de la Declaración que refieren concretamente a derechos relativos al trabajo y la seguridad social, pese que a veces no se los recuerda a la hora de la consideración que los derechos humanos en general suelen merecer en una sociedad que se entiende civilizada.

Ello es así porque muchos que no aceptarían bajo ningún concepto restricciones a otros derechos humanos fundamentales como la personalidad jurídica (art. 6), la discriminación (art. 7), la familia (arts. 12 y 16) o cualquiera otros de los enumerados en la Declaración, son muchos más "flexibles" cuando de los derechos relativos a la Seguridad Social y el Derecho del Trabajo se trata.

Asimismo respecto de la consideración de algunos derechos humanos por encima de los que nos ocupan, cabe interrogar si habrá algunos derechos más humanos que otros, o, dicho de otro modo, si se puede admitir que exista un ranking de importancia entre los derechos humanos, que por cierto no resulta ni de la Declaración ni de ningún otro lado, por lo que el respeto por algunos es impostergable mientras que otros deberán aguardar un futuro indeterminado -una especie de imprecisa mejora de fortuna- para hacerse efectivos.

En este sentido es menester destacar el criterio que en esta materia impera en la Unión Europea en la que, como señala Peter Leuprecht "... sería contrario a la filosofía de los Estados miembros del Consejo de Europa que los derechos sociales fundamentales estén menos protegidos que los derechos civiles y políticos. En los debates de las Naciones Unidas, esos Estados proclamaron y defendieron siempre la indivisibilidad de todos los derechos del hombre. Es conveniente, entonces, que el Consejo Europeo vele para que, dentro del ámbito de su competencia, los derechos sociales fundamentales sean objeto de una protección comparable, en cuanto a su eficacia, a la de los otros derechos del hombre". Esa misma evolución había sido tenida en cuenta en el seno de la comunidad europea, en un primer momento por la adopción en diciembre de 1985 por el Acta única europea, y el 9 de diciembre de 1989 la carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, señalamos por último, que tal criterio -de indivisibilidad de los derechos humanos- fue ratificado por la Conferencia Ministerial de Roma de noviembre de 1990 y, en fecha reciente -el 3 de abril de 1996- al signarse la Carta Social Europea revisada (este tema puede ampliarse en la monografía de mi autoría: "A cincuenta años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos" publicada en DT 1998-B, 2189).

Con lo expuesto quiero poner de resalto que la libertad de contratación, que lleva implícita la posibilidad de rescindir los contratos, y que compromete el derecho de propiedad no es absoluta, su ejercicio puede ser objeto de diversas reglamentaciones legales, traducidas en concretas restricciones que tienen en miras el orden público y el bien común como valores trascendentes que deben guiar la actividad estatal.

Despejada esta cuestión tengo para mí que los valores constitucionales en juego, en el caso del contratante, en modo alguno pueden influir en perjuicio de la actividad probatoria de quien invoca un acto discriminatorio como el mencionado en la demanda, ya sea para imponer una carga probatoria

extra o una valoración más estricta o que sugerir que la convicción que arroje la prueba producida deba ser más contundente que la necesaria para tener por acreditada cualquier otro dato de la realidad. Ello, claro está, sin perjuicio de señalar que para el caso del trabajador contratado también existen derechos constitucionales involucrados.

Sea como fuere, en materia de carga probatoria en estos supuestos he de reiterar mi coincidencia con lo expuesto sobre este tópico por mi colega el Dr. Oscar Zas en la causa "Parra Vera, Máxima c. San Timoteo S.A." (sentencia definitiva Nro. 68.536 del 14/06/2006 del registro de esta Sala).

#### EL ACTO EXTINTIVO POR MOTIVOS DE ACTIVIDAD SINDICAL:

Establecido ello corresponde dilucidar si en el caso de autos se acreditó que el despido de Maximiliano Arecco fue consecuencia directa de la actividad sindical desplegada en el establecimiento donde prestaba servicios para Praxair S.A.

Al respecto diré que concuerdo con la valoración que, luego de una minuciosa reseña, hace la magistrada de grado respecto de la prueba testimonial sustanciada en al causa.

En efecto, el deponente ALFREDO DOMINGO CABAÑA (ver fs. 189), propuesto por la parte actora, refiere que cree que despidieron a Arecco por su actividad gremial, por su proyecto de tener su actividad gremial. Dice que en la actualidad la empresa tiene representación gremial, que la integra el testigo, Barraza, Vega, Montemurro y Arecco. Relata que comenzó el tema de la representación cuando hace dos años había un problema de horas extras, que empezaron a hablar con los compañeros de tener una representación. Dice que cuando Praxair compró la empresa, la trasladaron a Pacheco con poco personal y con ningún delegado que antes había en la empresa anterior. Señala que se juntaron con Arecco, en el comedor y empezaron a charlar sobre el pago de horas extras, el tema del permiso por estudio y otros derechos laborales que ignoraban. Que así fue que un día, el lunes 11 de abril se juntaron en la puerta del baño para decidir quiénes los iban a representar, que el día 12 de abril mandaron la lista al sindicato. Agrega que en la práctica no sabían muy bien como se manejaban esos asuntos, que después se enteraron en el transcurso del día viernes 15 de abril que lo habían echado a Arecco por reestructuración de empresa. Que igualmente siguieron las elecciones. Afirma que previo a las elecciones hubo una campaña que la llevaron adelante la gente que actualmente son delegados, que también estaba el actor. Refiere que uno cuando entraba a trabajar en la empresa, lo que se decía en la fábrica de que no se afiliaran a ningún sindicato, por lo que había pasado en la empresa anterior Fracchia con los delegados anteriores.

El testigo MARCOS NORBERTO BARRAZA (fs. 194), operador de llenado de la empresa e integrante de la comisión interna, dice que ingresó en 1996 y que recién en el año 2005 la empresa tuvo representación sindical, que hubo elecciones el 5 de mayo. Agrega que por comentarios se había enterado antes de conocerlo a Maximiliano Arecco que tenía algunos problemas que no pagaban horas extras y no daban permiso por examen y después tenían en producción otros reclamos también, por lo que se llevó a una representación para atender a estos reclamos. Sostiene que previamente iban haciendo reuniones, después lo conocieron al actor, que andaba con el tema del sindicato y les informaba como hacer para formar la comisión interna. Que así fue que quedaron de acuerdo en afiliarse, que los afiliados mandaron todos juntos para que no haya ningún problema, la planilla de afiliación al sindicato, que esto lo hicieron el 12 de abril y la lista de candidatos a delegados, y llevaron las planillas de la gente que se afiliaba ese día. Agrega que por lo que sabe el testigo, la empresa no conocía todo esto, que la empresa supuestamente se enteró cuando le llegó el telegrama del sindicato comunicando que se iban a elegir delegados, aunque al referirse a la asamblea en la que se eligió a los candidatos, afirma que se hizo a través de una asamblea casera en la puerta del vestuario y ahí se decidieron los candidatos, que ese es un lugar público, que se hizo a la vista de la empresa, que se hicieron varias asambleas, pero la designación de los delegados se hizo en la del 11 de abril. Que tiene

entendido que antes no había representación sindical porque había dos comentarios: que la empresa no aceptaba gremialismo, que la gente si alguien le hablaba de poner delegados tenían miedo que la despidan o algo por el estilo. Que el testigo tiene conocimiento de una persona que trabajó tres meses por agencia y tres meses en efectivo, esto hace un par de años largos, que estaba en el turno mañana y el en el tarde, y habían hecho unos carteles que lo iban a poner como delegado -no recuerda el nombre- y pegaron papeles en el vestuario, como campaña, no sabe si era en serio o en broma y que después le contó esta persona al testigo que le dijo al jefe que iba a poner una comisión interna que iba a ser delegado, entonces al poco tiempo fue despedido. En cuanto a la asamblea, agrega que se realizó fuera del vestuario, que en esa reunión estaban presente la mayoría de la planta, incluido el actor, que no le consta que hubiera personal jerárquico en la reunión.

A fs. 206 declara JOSÉ MARTÍN JESÚS VEGA (ver fs. 704), integrante de la comisión interna, quien afirma que se fue conociendo con el actor cuando empezaron a gestionar para hacer una comisión interna. Señala que sabe que había diferentes tipos de manoseo en la empresa, por ejemplo trabajar horas extras y no las querían pagar, quitar cosas que tenían en los recibos de sueldo (horas turno). Relata que había una persona hace mucho tiempo que quiso hacer esto, que le decían "chamuyo" y que se juntaba con otro que se llamaba José Espíndola y sabe que trabajaba por agencia. Que esto fue hace 6 o 7 años atrás, que la comisión interna no se pudo formar por el miedo que había en el ambiente en el sentido que, aclara, a "chamuyo" lo echaron porque se pegaron algunos papelitos en el vestuario y en el sector donde trabajaba esa persona y además tuvo una vuelta una discusión con el ingeniero de ese tiempo. Que "chamuyo" lo había invitado al testigo a integrar la comisión, pero ninguno se quiso unir. Manifiesta que a principios del año 2005 comenzó a conocer a Barraza y Cabana y a Arecco lo conoció en marzo cuando volvió de vacaciones y el actor se enteró por algún otro muchacho que estaban intentado hacer una "comisión interna". Que el que hacía fuerza para sacarle los miedos que tenía que haber una comisión interna era "Maxi". Que esto fue algo casero, que iba a haber dos listas, pero hicieron lista única, que le motivo de hacer una lista porque el que perdía, si había dos listas, lo iban a echar. Que esto le consta por todos los antecedentes anteriores, aunque luego agrega que la otra lista nunca se llegó a completar por eso también fue que dejaron la lista única. Que los postulantes eran Arecco, Barraza, Cabana y el testigo. Que hablaban donde fumaban, en la cafetería, en el comedor, donde se encontraban y muchas veces en el vestuario. Que la reunión más importante fue la del 11, que fue fuera del vestuario, a la vuelta del comedor, que la empresa se enteró de esto, no sabe si se enteró o no de esta reunión, pero tiene conocimiento que la reunión era pública. Agrega que previo a esta reunión que se hizo afuera, en las semanas anteriores, al vestuario concurrió por ejemplo un muchacho que se llama Guillermo Capdevila, que es el supervisor de producción de alta presión, después de esa misma semana entró Alfonso Gibert a conversar cuando estaban reunidos y le dijo al testigo que se necesitaba hablar con él, le comento del trabajo que necesitaba y que antes de irse lo vaya a ver a la oficina. Y dice el testigo que cuando fue a la oficina (le preguntó) que hacía el actor dentro del vestuario, era obvio ya se habían dado cuenta que Maxi estaba integrando la comisión interna, que Alfonso Gibert -quien ocupaba el cargo de ingeniero de planta y jefe de producción- lo primero que le dijo fue "fíjate lo que hacen o lo que van a hacer porque la empresa de vos (el testigo) tiene un buen concepto". El declarante afirma que en realidad Gibert había ido para ver si Maxi estaba ahí porque la jefa del actor no lo podía encontrar. Aclara que Capdevilla y Alfonso no tenían relación con el actor porque son de distintos sectores. Señala que no recuerda haber visto el día 11 de abril gente de la empresa en la reunión que se realizó fuera del vestuario, que habría 12 o 13 personas. Manifiesta que la semana anterior el accionante fue enviado a laborar a otra sucursal, que lo separaron de ellos y que el viernes a la tarde lo echaron. Que puntualmente cree que lo echaron al actor porque estaba más capacitado que los demás para estar en la comisión interna. Que con Cabana coincidieron en que esto era para meter miedo por parte de la empresa. Dice que en la primera reunión con Recursos Humanos el día 24 de mayo pidieron la reincorporación de "Maxi", que la empresa contestó que es un tema que trataban los abogados.

Si bien estos testimonios fueron impugnados por la parte demandada (ver fs. 216/219), lo cierto es que,

al igual que la magistrada de grado, no advierto contradicciones relevantes en las declaraciones y los dichos de los deponentes se sustentan en el conocimiento directo de los hechos sobre los que deponen, razón por la cual cabe otorgarles plena eficacia convictiva (art.90 L.O.). Consecuentemente tengo por acreditado que el accionante efectivamente realizó actividad sindical, especialmente en la conformación de una comisión interna, en un lapso no mayor a los dos meses anteriores al despido, labor que, dada las características del establecimiento donde prestaba servicios y en el que la nómina de personal dependiente no superaba los tres dígitos, obviamente no podría pasar desapercibida para el personal jerárquico de la sucursal en cuestión.

A lo expuesto cabe agregar que en el expediente que tramitó ante el Instituto Nacional Contra la Discriminación, Xenofobia y Racismo, que obra en sobre anexo que corre por cuerda, también declararon los testigos Barraza, Vega y Cabana. Las declaraciones tomadas en sede administrativa son coincidentes con las vertidas en sede judicial, destacándose las afirmaciones en torno al temor de los trabajadores de ejercer derechos sindicales dada la posibilidad cierta de perder el empleo (ver fs. 189/195 del expediente sustanciado ante el Instituto Nacional Contra la Discriminación, Xenofobia y Racismo -INADI-).

Ahora bien, no es motivo de controversia que la empresa demandada puso fin a la relación laboral con Maximiliano Arecco el 15 de abril de 2005, decisión extintiva que fue comunicada en forma personal al aquí demandante mediante la actuación notarial que obra en el Anexo 4162 en la que no se advierte una causal explícita de la rescisión.

Sin embargo, acuerdo a los términos del responde la decisión rescisoria estuvo motivada en una "reorganización del organigrama del personal administrativo" (ver fs. 87 vta., último párrafo) y además en "cuestiones de desempeño y performance, como así también los requerimientos específicos del personal para cumplir las necesidades operativas del sector" (ver fs. 88 segundo párrafo).

La magistrada de grado señala que no hay prueba alguna que acredite las causales aludidas y, en el memorial de agravios, la recurrente no señala prueba alguna que desvirtúe tal conclusión. En estas condiciones, no cabe sino concluir, al igual que la sentenciante de grado, que las constancias e indicios de la causa precedentemente reseñados son idóneos para tener por acreditado que el despido de Maximiliano Arecco tuvo como causa fuente la actividad sindical desplegada en la empresa para la cual prestó servicios y, especialmente, la candidatura de éste en la comisión interna en calidad de delegado suplente, circunstancia sobre la cual la demandada tuvo oportuna noticia.

Nótese que el despido se produjo el 15 de abril de 2005 y la designación de Arecco como candidato a delegado suplente de la comisión interna del establecimiento se produjo mediante la comunicación del 18 de abril de 2005, tal como surge del informe del correo obrante a fs. 368, estos tres días antes de la comunicación, tema sobre el que volveré.

Es menester hacer notar además que casualmente el intercambio telegráfico mantenido entre los contendientes gira sustancialmente en torno a la candidatura del demandante y su eventual tutela específica por la ley 23.551.

#### **NORMATIVA ESPECÍFICA QUE TUTELA AL TRABAJADOR OBJETO DE UNA DISCRIMINACIÓN POR CAUSAS DE ACTIVIDAD SINDICAL**

Acreditada, pues, la existencia del acto discriminatorio contra el trabajador por causa de su actividad sindical, específicamente su postulación a delegado suplente, corresponde dirimir cuál es el marco normativo que debe proveer la solución del presente caso.

Dije en el conocido caso "Parra" y aquí lo sostengo que la ley 23.592, es norma general de aplicación y

que sus previsiones también resultan operativas en el ámbito de las relaciones laborales, pero también señale que por tratarse de una normativa general, al igual que aquellas directrices provenientes del derecho común, eran pasibles de desplazamiento por la normativa específica del Derecho del Trabajo, siempre que la hubiere. Sostuve y sostengo que ese desplazamiento no podría producirse si el régimen específico no aporta soluciones que razonablemente cumplan con el precepto constitucional de proteger el trabajo en sus diversas formas y como ejemplo de ello mencioné lo resuelto por la Corte Federal en el caso "Aquino".

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional asegura a los trabajadores la organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial y al grupo profesional concertar convenios colectivos de trabajo, recurrir a la conciliación y al arbitraje el derecho de huelga, así como que sus representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relaciones con la estabilidad de su empleo.

El medio utilizado para reglamentar la directiva constitucional en torno a la protección de los dirigentes y delegados gremiales es la actualmente vigente ley 23.551.

Es sabido que el ejercicio de la actividad sindical se ejecuta en dos fases claramente distinguibles, por un lado el nivel de gobierno y de la administración de la entidad gremial el cual requiere, desde luego, la presencia de dirigentes con dedicación exclusiva, mientras que por el otro, la representación sindical dentro del seno de la empresa que se ejerce por mediación de los delegados de personal y miembros de las comisiones internas.

Ambos niveles de representación están alcanzados por la protección que brinda la ley, aunque, obviamente, con características distintas, a lo que se suma, además, la situación de aquellos dependientes que deban ocupar cargos políticos en los poderes públicos, los que también se encuentran alcanzados por la tutela legal (Derecho Colectivo de Trabajo; editorial: La Ley, página número 374/375).

Son múltiples las garantías que otorga la ley 23.551 a los trabajadores que, de algún modo, ejerzan funciones gremiales u ocupen cargos en los poderes públicos. En efecto, la ley 23.551 establece un conjunto de medidas de protección del trabajador contra cualquier perjuicio que el empleador le pueda ocasionar por su actividad sindical.

Al existir un régimen protectorio específico en el Derecho del Trabajo y teniendo especialmente en cuenta las singularidades que se expondrán respecto de este caso concreto, entiendo que no es posible en este supuesto recurrir a la ley general antidiscriminatoria (ley 23.592), pues sabido es que en nuestra disciplina la norma específica desplaza a la general; coincido, pues, con la observación formulada por el Dr. Horacio Héctor de la Fuente, en lo que puede denominarse un obiter dicta, al votar en segundo término en el conocido precedente "Balaguer, Catalina T c/ Pepsico de Argentina S.R.L." resuelto el 10 de marzo de 2004 por la Sala VI de esta Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, quien sustentó la misma solución de ese caso, propuesta por el vocal preopinante Dr. Juan Carlos Fernandez Madrid, empero ceñida a la aplicación de la norma específica (ley 23.551).

En efecto, en aquella oportunidad el Dr. De la Fuente sostuvo que "... por existir este régimen protectorio especial (ley 23.551) me parece innecesario remitirse a la ley general antidiscriminatoria Nro.23.592, cuya aplicación resulta dudosa, sobre todo si se tiene en cuenta que la ley 25.013 -aún cuando no rija el caso (...)- ha optado por mantener para los despidos discriminatorios el régimen general de estabilidad impropia (...)".

Este es precisamente el método lógico que siguió la magistrada de grado para encuadrar normativamente la resolución del conflicto, pues en primer lugar analizó si el accionante contaba con la

posibilidad de acceder a la reinstalación en el empleo utilizado como herramienta jurídica la ley 23.551, empero como no consiguió respuesta en dicho régimen específico a la hipótesis de máxima que en el escrito introductorio persigue el aquí reclamante continuó la búsqueda en la normativa general (ley 23.592) para, ahora sí con sustento en tales previsiones, invalidar el acto rescisorio y, consecuentemente, retrotraer el cuadro de situación fáctico-jurídica al que se encontraba antes de la injustificada rescisión del vínculo, lo cual, obviamente, nos coloca frente a la subsistencia misma del contrato de trabajo.

Si bien adelantaré que comparto la solución a la que arriba la magistrada de la anterior instancia respecto de que nos encontramos frente a un acto de discriminación violatorio de la libertad sindical diré que discrepo con los fundamentos de la misma por los argumentos que más abajo expondré y sostengo, una vez más, que, de acuerdo a las particularidades que presenta este caso, la solución de este conflicto la provee la normativa específica.

En efecto, tal como lo apunté más arriba, en la especie se encuentra acreditado que el demandante fue despedido por su candidatura a delegado suplente de la firma demandada, lo cual motivó mi respetuosa discrepancia con el primer voto.

Ahora bien, para determinar la cobertura legal que le correspondía es menester previo a toda otra consideración analizar si existen obstáculos insalvables para su postulación como candidato. A tal fin debe analizarse lo dispuesto en el art.86 del Convenio Colectivo de Trabajo N° 77/89, convenio cuya aplicación al caso de autos se encuentra fuera de controversia, punto sobre el que no existe definición firme de la sentencia de primera instancia.

En ese convenio se requiere sólo una antigüedad de seis meses en el establecimiento cuando -según surge de lo literal de su texto- ya exista representación sindical en la empresa, cuando no la exista el convenio en cuestión no exige antigüedad en el establecimiento.

Nótese que en la especie se encuentra fuera de controversia que con anterioridad a la elección de representantes gremiales efectuada el 5 de mayo de 2005, el establecimiento de la demandada ubicado en El Talar, Pacheco, no tenía representación sindical dentro de la empresa.

La demandada en sus agravios pretende que tal disposición convencional debe completarse con lo establecido en el art. 41 de la ley 23.551 para determinar los requisitos para ser delegados, en otros términos que se debe registrar la antigüedad en la afiliación de un año requerida por el ordenamiento legal.

Lo primero que me pregunto es si la antigüedad en la afiliación es un requisito indisponible. A mi entender la respuesta es que no lo es ya que no existe una razón de orden público para impedir a las partes interesadas -sindicato y empresa- alterar tal disposición, por cierto que facilitando la representación sindical. Por tanto la lectura que hago del citado art. 86 del convenio colectivo de aplicación es que eliminó el requisito de antigüedad en la afiliación al que refiere el art. 41 de la ley de asociaciones sindicales.

Entiendo además que aquella previsión del convenio colectivo tiene como finalidad próxima la de facilitar la existencia de representación sindical en aquellos establecimientos que, como el de autos, no contaban con ella. Creo además que tanto para el sindicato como para las empresas representadas en su celebración -entre ellas la demandada como resulta de lo antedicho- rige en este aspecto la denominada "teoría de los actos propios", principio de derecho que impide a un sujeto colocarse en un proceso judicial en contradicción con su anterior conducta, y determina que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con una anterior, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (Fallos 294:200, considerando 6 y sus citas, CSJ Comp.

N\* 291 XX, in re "Mercedes Benz Argentina c/ Domini, Eduardo", del 1-10-1985).

Esta interpretación, por lo demás, se ajusta a un análisis amplio de protección sindical, tal como lo expusiera como vocal preopinante en la causa "Central de los Trabajadores Argentinos C.T.A. y Otros c/ Alitalia Lineas Aéreas Italianas S.A. s/ Juicio Sumarísimo" del registro de la Sala X.

En aquel pronunciamiento reflexioné sobre cual es el fin perseguido por la tutela sindical y cuáles son los fundamentos normativos de carácter superior en la que se encuentra nuestro país.

En cuanto a la primera cuestión, permítaseme recordar las palabras del Dr. Jorge Rodríguez Mancini al tratar el tema de la protección de la estabilidad del dirigente sindical en la "Primera Jornada Rioplatense de Derecho Laboral".

En esa oportunidad indicó el mencionado profesor que la protección "de la estabilidad va dirigida a tutelar la acción gremial pero subrayándose simultáneamente que ese objetivo resulta mediatizado por el fin realmente sustancial consistente en que la existencia misma de los sindicatos y naturalmente de sus representantes, delegados, dirigentes etc solo se justifica como cualquier otro cuerpo intermedio por su ordenamiento al servicio del hombre".

Helios Sarthour definió el fuero sindical como "la garantía específica del ejercicio de la libertad sindical que el orden jurídico reconoce a favor de algunos trabajadores en razón de su función directiva o representativa sindical por la que se prohíbe al patrono despedirlos, modificar sus condiciones de trabajo o perjudicarlos en cualquier otra forma no mediando justa causa que lo justifique (Enciclopedia Jurídica Omeba Apéndice III Tomo III, pág. 357).

Planteado en tales términos el tema, es nuestro deber considerar si esta protección instrumentada en nuestro país a través de los arts. 48 a 52 de la ley 23551 debe considerarse en forma amplia, en cuyo caso el actor sería merecedor de la misma o restringida especialmente en función del encuadramiento sindical.

A mi juicio, se impone la primera de las alternativas antes indicadas y para ello, debo recordar que el fuero sindical aún antes de la instrumentación legal nace en nuestro país en función de lo establecido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional y también de la exigencia que en tal sentido contiene el art. 1º del convenio N° 98 de la O.I.T.

En cuanto a esta norma, que fuera ratificada por el Decreto - Ley 11.594/56 coincido con la opinión de Justo López en que los Convenios Internacionales del Trabajo son tratados y por lo tanto se ven alcanzados por lo establecido en el primer párrafo del art. 75, inc.22 de la Constitución Nacional en función del cual los tratados tienen jerarquía superior a las leyes (conf. López, Justo "Derecho Colectivo de Trabajo", La Ley SA pág. 96 y ss), ya que los convenios de la OIT tienen el carácter de tratados (art. 5º de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

Al respecto, debe recordarse que el art. 1º antes mentado refiere con carácter general a los trabajadores e interpretado por el Comité de Libertad Sindical de la O.I.T. se llega a la conclusión que la protección debe alcanzar a todos los trabajadores, siempre particularmente necesaria con relación a los delegados y dirigentes sindicales (ver O.I.T., La libertad sindical, recopilación de decisiones de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la O.I.T., 2º edición, Ginebra, 1986 pág. 81 N° 215).

Ermida Uriarte, asimismo, ha expresado que se impone una interpretación amplia del término dirigente, por le mandato constitucional (en el caso que nos ocupa el citado art. 14 bis de la Constitución Nacional), por el principio protector y por le sentido con que la expresión es utilizada en el Convenio Internancional del Trabajo N° 98 (conf. Ermida Uriarte, Oscar, "La protección contra los actos



antisindicales, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, diciembre de 1987, págs. 41 y ss también la participación de este destacado jurista en las Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Laboral).

En concordancia con aquella interpretación amplia que merecen las previsiones de la tutela sindical regulada en la ley 23.551, diré que el art. 50 de la referida norma sólo exige la postulación para que inmediatamente merezca la tutela sindical, el alcance que el decreto reglamentario pretende otorgar a la palabra "postulación" es claramente exceso reglamentario y, por tanto descalificable a la luz de las directivas constitucionales, recuérdese que "postular" según el diccionario de la Real Academia significa "pedir, pretender".

El actor por lo tanto "pretendió" en los términos del citado art.50 de la ley 23.551 ser candidato a vocal suplente de la representación sindical en la empresa y quiero aclarar -agregando a lo antedicho en relación al convenio colectivo otro argumento- que la demandada no podía despedirlo so pretexto de que no reunía las condiciones necesarias ya que la disposición legal reglamentaria del art. 14 bis de la constitución sólo prevé el cese de la tutela cuando la "postulación" "no hubiera sido oficializada según el procedimiento electoral aplicable y desde el momento de determinarse definitivamente dicha falta de oficialización". Esto es que el órgano intraasociacional debía expedirse -y con carácter definitivo primero- y que escapaba a la consideración del empleador si el trabajador estaba o no en condiciones de "postularse", por lo menos en esta etapa del proceso electoral.

En estas condiciones, y toda vez que, como ya dije, en el caso de autos está acreditado que el acto extintivo obedeció específicamente a la candidatura a delegado suplente del demandante, sobre la cual prima facie reunía las condiciones formales para serlo -o mejor aún sin que esa candidatura hubiera sido desestimada por el órgano intraasociacional competente-, entiendo que la decisión extintiva debe ser declarada nula de nulidad absoluta de conformidad con lo establecido por el art. 1044 del Código Civil, toda vez que Maximiliano Arecco se hallaba amparado por las previsiones del art. 50 de la ley 23.551.

Finalmente y para despejar cualquier incertidumbre memoro aquí que el delegado suplente se encuentra amparado por la tutela de la ley 23.551, tal como fuera establecido por la doctrina fijada en la sentencia plenaria Nro. 135 recaída en autos "Monteiro José c/ Gilera SACI", y que el candidato a delegado suplente goza, por tanto, de iguales derechos que un candidato a delegado común. El fundamento jurídico de la solución que dejo propuesta en modo alguno puede considerarse como peyorativa respecto del principio de congruencia, pues si bien la parte actora no cuestionó la decisión de la magistrada de grado en cuanto señala que el demandante no se encontraba amparado por la tutela específica prevista en la ley 23.551, tal calificación jurídica que de acuerdo a lo precedentemente expuesto entiendo desacertada, en modo alguno limita el deber del magistrado de la alzada de calificar el derecho de los litigantes de acuerdo a los términos en que se traba la litis (art. 163 y 164 del CPCCN).

En tal sentido he de advertir que en el escrito introductorio específicamente se reclama la nulidad del despido, entre otras normas, con fundamento en la ley 23.551 y la solución que propongo precisamente guarda coherencia con el encuadre legal efectuado en la demanda (ver fs. 42/57).

Al respecto se ha dicho que el Juez debe decidir si se ha operado o no la consecuencia jurídica afirmada por el actor, pero para ello le es indiferente la designación técnica que aquél haya asignado a la situación de hecho descripta como fundamento de la pretensión, desde que es consubstancial a la función decisoria la libertad en la elección de la norma o normas que conceptualizan el caso (iura novit curia) (Derecho Procesal Civil Tomo I "Nociones Generales" Enrique Lino Palacio, Editorial Abeledo Perrot, página 389).

Por el contrario, encuentro que le asiste razón a la demandada en relación con la condena de salarios caídos desde la fecha de la eventual extinción del contrato de trabajo y hasta la reinstalación dispuesta en la previa instancia.

En efecto, de la lectura de la presentación inicial se advierte que el demandante no ha reclamado con los requisitos que exige la norma adjetiva. Recuérdese que en este tipo de procesos sumarísimo (conf. lo resuelto a fs. 71 vta.) rigen supletoriamente las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. De acuerdo con lo dispuesto por el art. 330 de dicho cuerpo normativo la cosa demandada debe designarse con exactitud y la petición formularse en términos claros y positivos.

Nótese que según el objeto de la demanda ésta se ciñe a: "reinstalación por acto discriminatoria, práctica antisindical y medida cautelar, solicitando aplicación de astreintes para el caso de incumplimiento" (sic fs. 42 del escrito de demanda). En tanto que en el petitorio se consigna "... haga lugar en forma inmediata a la medida cautelar solicitada y oportunamente haga lugar a la acción entablada en la forma ya pedida y con aplicación de costas a la demandada" (ver fs. 56 vta.).

Vemos pues que en el escrito introductorio no hay un reclamo autosuficiente destinado a la percepción de los salarios caídos que la magistrada de grado incluye en la condena. Si bien no paso por alto que en la demanda se transcribió el intercambio telegráfico sostenido entre los litigantes y en lo que aquí importa un despacho en el cual se hace mención a un reclamo por salarios caídos ello no es suficiente para fundar una pretensión en este sentido.

Empero la simple transcripción de un despacho telegráfico no es apto para tener por cumplido el recaudo de autosuficiencia fáctica y jurídica que exige la norma procesal aplicable al caso de autos.

En estas condiciones, entiendo que la condena dispuesta en la previa instancia en relación con los "salarios caídos" debe revocarse, pues de otro modo se estaría vulnerando la garantía constitucional de defensa en juicio y el principio de congruencia. Lo expuesto torna abstracto el recurso deducido por la parte actora a fs. 718/720.

De prosperar mi criterio, propongo dejar sin efecto lo decidido en materia de costas y honorarios para adecuarlos al nuevo resultado del pleito (conf. art. 279 CPCCN).

Propongo que las costas de la anterior instancia se impongan a cargo de la demandada vencida (art.68 CPCCCN)

En atención al resultado del pleito, a la calidad y extensión de las tareas desempeñadas por los profesionales intervinientes y etapas cumplidas por los de cada litigante, y a lo dispuesto en el art. 38 de la ley 18.345 y 1, 6, 7, 9, 19, 37, 39 y conchs. de la ley 21.839 y demás normas arancelarias vigentes, propongo regular los honorarios de la representación letrada de las partes actora y demandada por sus trabajos en la instancia previa, y para el perito contador en las respectivas sumas de \$ 3.000, \$ 2.500 y \$ 1.800.

Sugiero que las costas de la alzada se impongan en el orden causado en atención a la suerte de los agravios (art. 71 del CPCC) y que se regulen los honorarios para los profesionales firmantes de fs. 727/74 y fs. 718/720 en 25% de lo que les corresponda percibir por sus actuaciones en la previa instancia (art. 14 ley arancelaria cit.).

Así culminada mi propuesta de solución del presente conflicto individual, creo conveniente poner de manifiesto lo siguiente.

A título personal, exclusivamente, pero en ejercicio de la función jurisdiccional solicito en este acto de

expedir mi voto que por Secretaría se expidan copias certificadas de la carta y sobre de fs. 774/776, supuestamente firmada, por el Sr. Adolfo Pérez Esquivel, así como del mensaje electrónico de la cadena que dirige el Sr. Antonio Barrera Nicholson y del panfleto -no encuentro otra denominación para ese documento- que el mentado Barrera Nicholson distribuyera junto a sus propias manifestaciones (conf. fs. 766/767).

La independencia de los magistrados, más allá de lo que a mi me toca, es uno de los pilares de la división de poderes y, por tanto, del sistema republicano de gobierno. Pese a ello los jueces son objeto de ataques, presiones y amenazas a diario por medios que hoy, con la evolución de las comunicaciones a partir del progreso científico, tienen un alcance insospechado.

Creo, además, que sin una justicia independiente no existe la posibilidad de una democracia estable y un desarrollo integral sostenido. Bregar por tanto por ese objetivo me parece una necesidad de todo el cuerpo social.

Cárdenas y Chayer, en un reciente trabajo- "Las designaciones y el contralor de los jueces: una mirada desde América Latina", ED, revista del martes 12 de diciembre de 2006- citan al respetado ex presidente de la Suprema Corte de Israel, Aarón Barak, que advirtió que la historia enseña que no hay democracia sin respeto a los derechos humanos y que, en su seno, corresponde a los jueces desempeñar una doble misión: (i) la de salvaguardar no solo las instituciones formales de la democracia, sino también la de (ii) asegurar que sus elementos sustanciales expresados en las nociones de "separación de poderes"; "estado de derecho"; "independencia del poder judicial"; y "respeto de los derechos humanos", que contribuyen -todos- a confirmar su esencia, sean respetados.

Con ese sentido, que no se basa en una defensa corporativa sino en la expectativa que los jueces no se sean objeto de presiones por nadie que pretenda imponerles por el método que fuere el contenido de sus fallos, es que creo que las notas, comunicaciones y cartas aludidas deben ser objeto de una crítica severa ya que, claramente pretendieron influir en el voto del suscripto en esta causa, en algún caso con concretas amenazas, en otros pretendiendo condicionarme por métodos más sutiles -destaco por otra parte que ninguno de los supuestos firmantes es parte en el expediente-. Es más, estimo que ello se acentúa en el caso del Sr. Pérez Esquivel ya que, dado su prestigio nacional e internacional, una actitud como la asumida en el caso de autos presionando a un magistrado para que emita su voto en un sentido determinado, desde mi personal punto de vista tiene una trascendencia mayor y, por tanto también mayor es la responsabilidad del firmante, que inclusive alude a una supuesta copia de su misiva dirigida a un Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Dr. Zaffaroni).

Es por ello que solicito las copias antes aludidas a fin de poner los hechos en conocimiento de la Comisión Permanente de Protección de la Independencia Judicial creada por acordada 16/06 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los fines que correspondan.

El Doctor OSCAR ZAS dijo:

I. La sentencia de la instancia anterior dispuso en lo pertinente:

"...Las cuestiones a dilucidar giran en torno a establecer, en primer lugar, si Arecco gozaba de protección sindical, en los términos de los arts. 48 a 52 de la ley 23.551, y en caso de no estar incluido dentro de dicha tutela sindical, determinar si la decisión extintiva adoptada por la empresa, resultó discriminatoria en los términos de las normas legales nacionales e internacionales citadas en la demanda..."

"Ante todo creo necesario destacar que, más allá de que el actor se negó a firmar el acta notarial a través de la cual se le notifica el despido sin justa causa (ver fs. 177/179), lo cierto es que con dicho

instrumento público -del que surge que un representante de la accionada le hace saber al actor que prescinden de sus servicios- se cumple con el recaudo de que entre en la esfera de conocimiento de la otra parte para que cumpla plenos efectos extintivos. Repárese en que dicho documento no fue redargüido de falsedad (art. 993 Cód.Civil), por lo que goza de plena fe y por ende, he de considerar que el 15 de abril de 2005 se le notificó a Arecco la extinción del contrato de trabajo sin justa causa..."

"...Sentado ello, he de examinar si Arecco gozaba de la tutela sindical prevista en la ley 23551 a la fecha del despido, aspecto sobre el cual gira la defensa más relevante de la demandada. Al respecto observo que, tal como surge del informe del Correo de fs. 368, efectivamente la empresa fue notificada de la designación como candidato de Arecco a delegado suplente de la comisión interna, con fecha 18 de abril de 2005 a las 13,10, es decir con posterioridad a la decisión de despedir sin causa a Arecco -adoptada el 15/4/05-. Y, sabido es que el art. 49 de la ley 23.551 establece que para que surja efecto la garantía del art. 48 de dicha norma, se debe haber comunicado al empleador la designación, mediante telegrama o carta documento u otra forma escrita desplazando todo otro medio de acreditación, extremo que, reitero, acaeció con posterioridad al despido, lo que obstaría la inclusión del actor dentro de la protección del Título XII de la ley 23551..."

"...Ahora bien, de lo hasta aquí expuesto he de concluir que Arecco, si bien fue designado delegado suplente de la comisión interna, no se encontraba cumplido el requisito formal de la notificación por escrito, por lo que no gozaba de la tutela sindical prevista en los arts. 48 a 52 de la ley 23.551 al momento en que se dispuso el cese del vínculo laboral..."

"...Sin embargo, ello no obsta a que pueda declararse la nulidad del despido, en caso en que, analizadas las pruebas de autos, se concluya que la decisión extintiva implicó un acto discriminatorio, derivado de una práctica antisindical..."

"...del examen de la prueba testimonial brindada por la actora, cuyos testimonios resultan, a mi juicio, claros, concretos, precisos y concordantes -y por ende les he de dar pleno valor probatorio, conforme art.386 CPCC-, sumado a la documental adjuntada en autos, he de concluir que existen elementos suficientes en autos para tener por demostrado que el despido se debió a la actividad gremial realizada por el actor que era pública y notoria, respecto de la cual estaban en conocimiento la demandada según testimonios antes examinados..."

"...Desde tal perspectiva, y acreditado el despido discriminatorio por motivos antisindicales, concluyo que el trabajador afectado tiene derecho a que se deje sin efecto el acto discriminatorio y por ende he de declarar la nulidad de la decisión rescisoria y disponer la readmisión en el empleo de Maximiliano Arecco..." (ver fs. 700, 701, 702, 710 y 713).

El actor, al contestar el traslado de la expresión de agravios de la demandada, no cuestionó la decisión de la magistrada de la instancia anterior de excluirlo de la tutela consagrada por los arts. 48 a 52 de la ley 23.551 fundada en el incumplimiento del requisito formal de la notificación por escrito impuesto por la ley citada.

Según la Corte Suprema de Justicia de la Nación el art. 277, C.P.C.C.N. sólo atribuye al tribunal de segunda instancia la jurisdicción que resulta de los recursos deducidos ante ella, limitación ésta que tiene jerarquía constitucional (Fallos: 313:528 y 316:2077), y si bien nuestro más Alto Tribunal ha sostenido que al estarle vedado al vencedor apelar los fundamentos del fallo que lo favorece, puede en la alzada plantear los argumentos o defensas desechados en la instancia anterior, para lo cual es oportunidad idónea aquella en que se contestan los agravios del vencido (Fallos:311:696 y 321:328), también señaló que la competencia devuelta de los tribunales de alzada tiene el límite -de índole subjetivo-, proveniente de restringir el alcance del pronunciamiento a los sujetos procesales que instaron su intervención, pues si se prescinde de dicha limitación resolviendo cuestiones que han

quedado firmes para las partes que no recurrieron la sentencia, se causa agravio a las garantías constitucionales de propiedad y de defensa en juicio (Fallos: 283:392; 296:202 y 320:2925).

Es decir, según la jurisprudencia del Superior Tribunal, no pueden considerarse en segunda instancia las defensas oportunamente opuestas por las partes que no apelaron el fallo que les resultaba favorable, si no contestaron agravios, o, si habiéndolo hecho, no replantearon las referidas cuestiones en ese escrito.

Cabe agregar que en el escrito de contestación del traslado de la expresión expresión de agravios la parte actora manifiesta:

"...Entrando en los agravios esta parte quiere destacar que lo que se ventilaba en autos era un despido discriminatorio, independientemente de si el actor poseía o no tutela establecida en el art. 40, 48 y 50 de la Ley 23551, por lo tanto esta parte sólo se remitirá a los temas de la litis y su correlato en la sentencia recurrida, considerando que cualquier otra digresión no hace al fondo de la discusión planteada y menos aun al reclamo considerado a la iniciación de los presentes actuados y lo que así fuera tomado en la sentencia del aquo..." (ver fs. 754/vta.).

Desde esta perspectiva, estimo que en el "sub-lite" quedó firme y consentida la decisión de la Sra. Jueza de la instancia anterior de no considerar cumplido el requisito formal de la notificación por escrito, y de concluir que Arecco no gozaba de la tutela sindical prevista en los arts.48 a 52 de la ley 23.551 al momento en que se dispuso el cese del vínculo laboral.

En este marco, y sin perjuicio de mi coincidencia con la decisión de la magistrada de grado y con la propuesta formulada por el Dr. Julio César Simon acerca de la nulidad del despido del actor y del consiguiente derecho de este último a ser readmitido en el empleo por los fundamentos que expondré más adelante, no coincido con mi distinguido colega preopinante en cuanto a que aquella decisión pueda ser fundada en el presente caso en el sistema consagrado por los arts. 50, 52 y cons. de la ley 23.551.

Si bien es cierto que en virtud del principio "iura novit curia" corresponde al juez la aplicación del derecho, con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa un deber del juzgador (Fallos: 26:32; 262:32; 265:7), a quien incumbe la determinación correcta del derecho, debiendo discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen (CS, "Paz de Goñi Moreno c/Goñi", del 16/12/76), la sólo aplicación de tal principio no basta para que la Alzada vuelva sobre un aspecto de la cuestión que ha quedado resuelto con carácter firme, máxime cuando expresamente la parte vencedora en primera instancia -en el caso: el actor- reconoció tal limitación en el escrito de contestación del traslado de la expresión de agravios oportunamente articulada por la parte vencida.

Dicho en otras palabras: si bien es cierto que la cuestión suscitada entre las partes podría ser hipotéticamente encuadrada en el ámbito de la tutela consagrada en los arts. 50 y 52 de la ley de asociaciones sindicales para fundar la pretensión de nulidad del despido del actor, existe en el presente caso un impedimento insoslayable para la Alzada: el consentimiento por parte de Arecco de la conclusión de la Dra.Pinto en el sentido de que no estaba acreditada la notificación por escrito exigida por la ley citada.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las cámaras está limitada por el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad rescisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 18 y 17 de la Constitución Nacional (Fallos:301:925; 304:355; causas: B, 583.XXI,

"Banco Sidesa s/quiebra incidente de revisión promovido por el Banco Central de la República Argentina"; B. 167.XXIII, "Bacqué, Marcel c/Multicambio S.A.", falladas el 23 de agosto de 1988 y 18 de setiembre de 1980, respectivamente; "Ferreyra, Andrea B. c/Ulloa, Carlos D.", 25/02/1992, L.L. 1992-C, 185; "Concencioca, Juan M. Y otros c/Municipalidad de Buenos Aires", 13/10/1994, L.L. 1995-B, 316).

Asimismo, nuestro más Alto Tribunal ha señalado que el carácter constitucional del principio de congruencia, como expresión de la defensa en juicio y del derecho de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos; de ahí que lo esencial es que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales, sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias (conf. C.S.J.N., "Ferreyra, Andrea B. c/Ulloa, Carlos D.", 25/02/1992, L.L. 1992-C, 185; "Concencioca, Juan M. Y otros c/Municipalidad de Buenos Aires", 13/10/1994, L.L. 1995-B, 316).

Consecuentemente, disiento respetuosamente en este tópico de las consideraciones vertidas por el Dr.Simon, sin perjuicio de reiterar -por las razones que expondré más adelante- que coincido con su propuesta de confirmar la nulidad del despido dispuesta por la magistrada de grado con fundamento en el carácter discriminatorio antisindical de la cesantía de Arecco.

II.Corresponde, ahora, el tratamiento de los demás agravios introducidos por la demandada.

Como señalé al emitir mi voto en la causa: "Parra Vera, Máxima c/San Timoteo S.A." (sent. def. n° 68.536, del 14/06/2006 del registro de esta Sala):

"...Uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que el derecho a la no discriminación arbitraria, no sólo está tutelado por normas de jerarquía constitucional y suprallegal, sino que -como intentaré fundamentar más adelante- ha ingresado en el dominio del jus cogens, cuando el trabajador se considera injustamente discriminado, debe producirse un desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba".

"Es decir, esta específica mecánica probatoria responde a las exigencias de tutela de los derechos fundamentales del trabajador (en el presente caso: el derecho a no ser discriminado por motivos antisindicales) y a las serias dificultades de la prueba del hecho discriminatorio o lesivo del derecho fundamental".

"La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, al referirse al Convenio 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958, ratificado por la República Argentina, señala en lo pertinente:"

".Uno de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el empleo o la ocupación se refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto incriminado, lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido.Si bien a veces los elementos de prueba se pueden reunir sin demasiadas dificultades., lo más frecuente es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar, sobre todo en los casos de discriminación indirecta o sistemática, y tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación.La exigencia de que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que el motivo de la medida adoptada no guarda relación con la demanda constituye

una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo."

"La Comisión considera que la cuestión de la carga de la prueba tiene una importancia fundamental en toda discriminación alegada. En un estudio general precedente, la Comisión ya tuvo ocasión de subrayar que, en lo que respecta a la discriminación por motivo antisindical, la obligación que tenía el empleador de aportar la prueba del carácter no sindical del motivo subyacente a la intención de despedir a un trabajador o que estaba en el origen del despido constituía un medio complementario para asegurar una verdadera protección del derecho sindical. De todas estas consideraciones se desprende que existen circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación, y en todo caso la duda debe beneficiar a ésta (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., Estudio general de 1988 sobre Igualdad en el empleo y la ocupación)".

"El art. 37, párr. 1 de la Constitución de la O.I.T. establece:

"Todas las cuestiones o dificultades relativas a la interpretación de esta Constitución y de los convenios ulteriormente concluidos por los miembros en virtud de las disposiciones de esta Constitución serán sometidos a la Corte Internacional de Justicia para su resolución".

"Este procedimiento fue aplicado una sola vez en lo que concierne a un convenio. Además, en 1946 fue agregado un nuevo párrafo al art. 37 de la Constitución de la O.I.T., que dispone que "el Consejo de Administración podrá formular y someter a la aprobación de la Conferencia reglas para establecer un tribunal encargado de solucionar rápidamente cualquier cuestión o dificultad relacionada con la interpretación de un convenio que le fuere referida por el Consejo de Administración o en virtud de los términos de dicho convenio", mecanismo que tampoco fue adoptado".

"Sin embargo, son los llamados órganos de control de la O.I.T. de carácter cuasijudicial, los que han elaborado una extensa "jurisprudencia" en el cumplimiento de su función de supervisión de la aplicación de las normas internacionales del trabajo. Se trata sobre todo de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, y del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración. Como lo expresa la Comisión de Expertos, "a efectos de desempeñar su función consistente en evaluar la aplicación de los convenios, incumbe a la Comisión examinar el significado de ciertas disposiciones de los convenios, y expresar su punto de vista al efecto" (Informe III, Parte 4<sup>a</sup>, 1977, p.11, párrafo 32). El conocimiento de esta jurisprudencia es sumamente importante para poder apreciar los alcances de las distintas normas contenidas en un convenio".

"Frente a las críticas suscitadas contra esa "jurisprudencia", en su informe de 1990 la Comisión de Expertos precisó que no le incumbía dar una interpretación definitiva de los convenios, que corresponde a la Corte Internacional de Justicia, pero que para desempeñar su función de evaluar si se da cumplimiento a las disposiciones de los convenios debía examinar el significado de ciertos de sus artículos, determinar el alcance jurídico y, si hubiese lugar, expresar su parecer al respecto. "En consecuencia, mientras la Corte Internacional de Justicia no contradiga los puntos de vista de la Comisión, éstos siguen siendo válidos y generalmente reconocidos" (Informe III, Parte 4A, 1990, p. 8, párr. 7)".

"Frente a las críticas fundadas en las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cabe destacar que el art. 5º de este ordenamiento internacional dispone que se aplica, efectivamente, "a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional". Pero luego agrega que esto es "sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización internacional". Por ello, teniendo en cuenta todo el sistema especial de convenios internacionales del trabajo y sus métodos de control, el

objetivo de estos convenios -consistente en proteger los derechos sociales de los trabajadores- y hasta la naturaleza de los mismos -de carácter cuasilegislativo-, el mencionado principio de interpretación establecido en la Convención de Viena puede considerarse como no aplicable a los convenios de la O.I.T. En efecto, si estos instrumentos tuvieran que ser interpretados a la luz de "toda práctica ulteriormente seguida" en su aplicación por las Partes, el fin mismo de los convenios, que es la promoción del progreso social, quedaría anulado por el mero hecho de que una serie de países dejaran de aplicar determinado convenio. Por el contrario, el propósito de los convenios es que la ley y la práctica de esos países cambie, para adaptarlas a los principios del convenio respectivo".

"Conserva así toda su importancia la jurisprudencia de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, así como la del Comité de Libertad Sindical, que también forma parte de las instituciones tradicionales de la O.I.T. El valor de las opiniones expresadas por ambos órganos es tanto mayor en nuestro país, teniendo en cuenta la jerarquía que ocupan las normas de la O.I.T. en nuestra pirámide legislativa después de la reforma constitucional de 1994, y más aún el Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, como parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, de nivel constitucional en virtud del art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna (conf. Geraldo Von Potobsky, "Los debates en torno a la interpretación de los convenios de la OIT", en "Derecho Colectivo del Trabajo", La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 205/10)".

"El carácter vinculante para los tribunales argentinos de la jurisprudencia de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo resulta corroborado por la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual a los efectos de valorar la violación de la libertad sindical prevista en el art. 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tomó particularmente en cuenta las Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la O.I.T. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001)".

"Por otra parte, el art. 24, párr. 3º, inc. b) de la ley 25.877 reenvía a los criterios de los organismos de control de la O.I.T. para la calificación excepcional como servicio esencial de un servicio público de importancia trascendental en caso de huelga, y el último párrafo de la norma citada prescribe que su reglamentación deberá ser efectuada conforme los principios de la O.I.T."

"Cabe destacar, asimismo, que el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en lo pertinente:"

"1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las garantías necesarias por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil."

"Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la citada disposición del P.I.D.C.P., que consagra el derecho al debido proceso legal derivado de la "dignidad inherente a la persona humana", concierne efectivamente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos".

"Para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el



aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional".

"En este orden de consideraciones, la Corte Interamericana ha dicho que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales, "sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho" y son "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial".

"Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales (cfr. arts. II y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2.1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2 y 15 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; 2, 5 y 7 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; 1, 8 y 24 de la Convención Americana sobre derechos humanos) y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", Opinión Consultiva OC-16/99 de 1º de octubre de 1999)".

"Recientemente, el tribunal interamericano ha señalado en una Opinión Consultiva referida a la condición jurídica y a los derechos de los trabajadores extranjeros indocumentados":

".18.La verdadera igualdad ante la ley no se cifra solamente en la declaración igualitaria que ésta pudiera contener, sin miramiento para las condiciones reales en que se encuentran las personas sujetas a ella. No hay igualdad cuando pactan -para formar, por ejemplo, una relación de trabajo- el empleador que cuenta con suficientes recursos y se sabe apoyado por las leyes, y el trabajador que sólo dispone de sus brazos e intuye -o conoce perfectamente- que las leyes no le ofrecerán el apoyo que brindan a su contraparte. Tampoco hay auténtica igualdad cuando comparecen ante el tribunal un contendiente poderoso, bien provisto de medios de defensa, y un litigante débil, que carece de los instrumentos para probar y alegar en su defensa, independientemente de las buenas razones que sustenten sus respectivas pretensiones".

"19.En estos casos, la ley debe introducir factores de compensación o corrección -y así lo sostuvo la Corte Interamericana cuando examinó, para los fines de la Opinión Consultiva OC-16/99, el concepto de debido proceso- que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal. Me parece útil traer aquí una expresión de Francisco Rubio Llorente, que puede ser aplicable al punto que ahora me ocupa, sin perjuicio del alcance más general que posea. Todo "Derecho se pretende justo -dice el tratadista español-, y es la idea de justicia la que lleva derechamente al principio de igualdad que, en cierto modo, constituye su contenido esencial". Ahora bien, "la igualdad no es punto de partida, sino una finalidad" ("La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Superior", en La forma del poder (Estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, ps. 644 y 656). A esa finalidad deben atender y a ella deben tender los ordenamientos que regulan relaciones entre partes social o económicamente desiguales, y las normas y prácticas del enjuiciamiento, en todas sus

vertientes." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 18 y 19)".

"La reforma constitucional argentina de 1994 ha conferido jerarquía constitucional a varios tratados, declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos, entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

"La jerarquía constitucional precitada ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente "en las condiciones de su vigencia" (art. 75, inc. 22, párr. 2º de la Constitución Nacional), esto es, tal como la mencionada Convención rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación".

"De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (cfr. arts. 75, C.N., 62 y 64 de la Convención Americana y 2º de la ley 23.054; C.S.J.N., 7/4/95, "Girolodi, Horacio David y otro s/recurso de casación", L.L. 1995-D, p.463)".

"El referido criterio fue reiterado por nuestro más Alto Tribunal en su actual composición (C.S.J.N., 3/05/2005, V.856.XXXVIII, Recurso de Hecho "Verbitsky, Horacio s/habeas corpus"; 14/06/2005, "Simón, Julio Héctor y otros", L.L. 2005-D, p. 845)".

"En virtud de los criterios expuestos, cabe concluir que las sentencias y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los informes, recomendaciones, estudios y demás opiniones constitutivas de la doctrina de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo, y, en general, las opiniones y decisiones adoptadas por los organismos internacionales de fiscalización y aplicación de los tratados, pactos y declaraciones internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional y supralegal deben servir de guía insoslayable para su interpretación y aplicación por los tribunales argentinos".

"En base a las pautas precitadas, considero razonable que en materia de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales el onus probandi quede articulado de la siguiente manera".

"El trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad".

"Desde esta perspectiva, son admisibles diversos resultados de intensidad en el ofrecimiento de la prueba por el trabajador y que, aun pudiendo aportarse datos que no revelen una sospecha patente de vulneración del derecho fundamental, en todo caso habrán de superar un umbral mínimo, pues, de otro modo, si se funda el reclamo en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado".

"Una vez configurado el cuadro indiciario precitado, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único

medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. 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 que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión patronal, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito violatorio de derechos fundamentales. En definitiva, el empleador debe probar que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador".

"Los criterios precitados en materia de onus probandi en caso de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales son seguidos por el Tribunal Constitucional de España (conf.-entre otras- STC 38/1981, de 23/11/1981, STC 111/2003, de 16/06/2003 y STC 79/2004, de 5/05/2004), y por la doctrina más prestigiosa de ese país (conf. -entre otros- José Luis Monereo Pérez, "La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales", Tirant Lo Blanch, "Colección Laboral", Valencia, España, 1996 y Antonio Baylos Grau, "Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos", en "La prueba en el proceso laboral", Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, España, 1997)".

"Sin perjuicio de todo lo expuesto, cabe destacar la importancia de la norma contenida en el art. 163, inc. 5º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que dispone en lo pertinente:"

".Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica."

"El Código Procesal se refiere a las presunciones no establecidas por ley, de modo que se excluyen las presunciones "iure et de iure" y las "iuris tantum"; se trata en consecuencia de las llamadas presunciones judiciales o presunciones hominis, pues las consecuencias jurídicas las deduce el juez partiendo de la existencia de hechos (indicios) reales y probados (conf. Fenochietto, "Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado", t. I, p. 592)".

"El indicio es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, mejor dicho debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido. El indicio es una circunstancia que por sí sola no tiene valor alguno; en cambio, cuando se relaciona con otras y siempre que sean graves, precisas y concordantes, constituyen una presunción. Por lo tanto, la presunción es la consecuencia que se obtiene por el establecimiento de caracteres comunes en los hechos (conf. obra citada, t. I, p.593/4)...".

La transcripción del texto precedente revela que en materia de onus probandi en causas incoadas por despidos discriminatorios y violatorios de derechos fundamentales no adhiero a la tesis que atribuye la jueza de grado a esta Sala en el caso "Parra Vera" (ver fs. 711).

III.A la luz de la doctrina expuesta, corresponde ahora dilucidar si en el presente caso el despido del actor obedeció a motivos antisindicales.

Coincido plenamente con el minucioso análisis de las pruebas colectadas en la causa realizado por el Dr. Simon, en especial los testimonios de Cabaña (fs. 189/91), Barraza (194/5) y Vega (fs. 206/8) y el expediente tramitado ante el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo.

El análisis de las pruebas producidas en la causa, me lleva a estimar acreditada la existencia de un panorama indiciario suficiente en orden a la alegada discriminación antisindical.

Destaco mi especial coincidencia con las siguientes conclusiones formuladas por mi distinguido colega

en su fundado voto:

"...tengo por acreditado que el accionante efectivamente realizó actividad sindical, especialmente en la conformación de una comisión interna, en un lapso no mayor a los dos meses anteriores al despido, labor que, dadas las características del establecimiento donde prestaba servicios y en el que la nómina del personal dependiente no superaba los tres dígitos, obviamente no podía pasar desapercibida para el personal jerárquico de la sucursal en cuestión...Las declaraciones tomadas en sede administrativa son coincidentes con las vertidas en sede judicial, destacándose las afirmaciones en torno al temor de los trabajadores de ejercer derechos sindicales dada la posibilidad cierta de perder el empleo...En estas condiciones, no cabe sino concluir, al igual que la sentenciante de grado, que las constancias e indicios de la causa precedentemente reseñados son idóneos para tener por acreditado que el despido de Maximiliano Arecco tuvo como causa fuente la actividad sindical desplegada en la empresa para la cual prestó servicios..."

El art.4º de la ley 23.551 dispone:

"Los trabajadores tienen los siguientes derechos sindicales:"

"...c)Reunirse y desarrollar actividades sindicales..."

"...e)Participar en la vida interna de las asociaciones sindicales, elegir libremente a sus representantes, ser elegidos y postular candidatos".

A su vez, el art. 3º de la ley citada establece:

"Entiéndese por interés de los trabajadores todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo. La acción sindical contribuirá a remover los obstáculos que dificulten la plena realización del trabajador".

Las constancias reseñadas precedentemente, analizadas a la luz de las mencionadas normas de la ley de asociaciones sindicales, me persuaden de que Maximiliano Arecco ejerció derechos incluidos en el ámbito de la libertad sindical, y que su despido tuvo como causa fuente el ejercicio de esos derechos.

IV.Frente al panorama indiciario descripto, considero que la demandada no ha logrado demostrar que el despido del actor haya tenido causas reales absolutamente extrañas a la discriminación antisindical, así como que aquéllas hayan sido de entidad suficiente como para motivar la ruptura contractual, de manera tal que puedan explicar objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas la decisión extintiva, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión del derecho fundamental del trabajador.

En efecto. Coincido con las siguientes consideraciones expuestas por el Dr. Simon en su meditado voto:

"....no es motivo de controversia que la empresa demandada puso fin a la relación laboral con Maximiliano Arecco el 15 de abril de 2005, decisión extintiva que fue comunicada en forma personal al aquí demandante mediante la actuación notarial que obra en el Anexo 4162 en la que no se advierte una causal explícita de la rescisión..."

"Sin embargo, de acuerdo a los términos del responde la decisión rescisoria estuvo motivada en una "reorganización del organigrama del personal administrativo" (ver fs. 87 vta., último párrafo) y además en "cuestiones de desempeño y performance, como así también los requerimientos específicos del personal para cumplir las necesidades operativas del sector" (ver fs.88 segundo párrafo)".

"La magistrada de grado señala que no hay prueba alguna que acredite las causales aludidas y, en el memorial de agravios, la recurrente no señala prueba alguna que desvirtúe tal conclusión."

"En estas condiciones, no cabe sino concluir, al igual que la sentenciante de grado, que las constancias e indicios de la causa precedentemente reseñados son idóneos para tener por acreditado que el despido de Maximiliano Arecco tuvo como causa fuente la actividad sindical desplegada en la empresa para la cual prestó servicios...".

Así las cosas, estimo probado que el despido del actor fue un acto discriminatorio por motivos antisindicales.

V. Corresponde elucidar ahora si resulta fundada la pretensión de nulidad del despido articulada por el actor en el escrito de inicio.

Con la lucidez que lo distingue, Antonio Baylos Grau advierte que se habla del despido como una variable de un conjunto de presupuestos ni jurídicos ni políticos, en el contexto de la producción y de la competitividad interempresarial. Añade el citado catedrático español que la regulación del despido es contemplada desde el punto de vista de su capacidad para favorecer o impedir la libertad de las empresas en reducir la plantilla de trabajadores a su servicio y que la relevancia que el despido tiene sobre los derechos o sobre la posición subjetiva del trabajador y su derecho fundamental a un puesto de trabajo, ha sido subvalorada en el discurso de los juristas. Se suele presentar el despido como "función" del poder empresarial y de su capacidad de gestionar los intereses de la unidad productiva.

De esta manera es posible afirmar que en esta forma de ver las cosas se está consolidando una cierta autoreferencialidad del poder unilateral de rescisión del contrato por parte del empleador. Esto supone que esta figura se reconduce a la lógica de la acción empresarial, y a sus exigencias de realizar un beneficio, puesto que es la empresa y su interés definido contractual y organizativamente quien "guía" la interpretación sobre las reglas del despido.

Nada hay que objetar a un discurso jurídico que mantiene como referencia exclusiva del mismo la unilateralidad del poder empresarial y su repercusión en la relación contractual individual que liga a trabajador y empresario, discurriendo de forma prioritaria por el examen de los esquemas contractuales orientados y en ocasiones degradados por el ejercicio del poder empresarial. Sin embargo, esa perspectiva no coloca en primer lugar las repercusiones que este tipo de regulación tiene en las posiciones de los trabajadores (conf. Antonio Baylos Grau, "Por una (re) politización de la figura del despido", Revista de Derecho Social N° 12 (octubre-diciembre 2000), Editorial Bomarzo, Albacete, España, p. 10/1).

Si bien constituida principalmente desde la experiencia española, la visión aportada por Baylos Grau resulta útil para la comprensión del "contexto" argentino. En especial, si se tiene en cuenta el énfasis puesto por la doctrina tradicional para descartar toda posibilidad de nulificar el despido incausado, injustificado o arbitrario con el latiguillo de la inexpugnable ciudadela de la libertad de contratación empresaria, y su pretendido correlato de la libertad de extinción de los contratos de trabajo.

En esta línea de pensamiento, se suele aludir al derecho del empleador de despedir incluso sin expresión de causa con la única consecuencia jurídica de abonar una indemnización.

Es clásica e inexplicablemente olvidada la enunciación y conceptualización de Justo López de los distintos modos de protección contra el despido arbitrario.

El célebre jurista distinguía al respecto tres sistemas: 1) de validez e ilicitud, 2) de ineficacia y 3) de

propuesta de despido.

En virtud del primer modelo, el ordenamiento jurídico reconoce la validez del despido arbitrario, pero lo considera un acto ilícito y lo sanciona, por ejemplo, con el pago de una indemnización al trabajador despedido. Desde esta perspectiva, hablar de un despido válido pero ilícito tanto vale como decir que un determinado comportamiento humano es ilícito y sin embargo apto para crear una norma válida derogatoria de la que originó la relación individual de trabajo. Este es el sistema general adoptado por el ordenamiento jurídico laboral argentino y al que algunos califican de estabilidad relativa impropia.

En el sistema de ineficacia la voluntad arbitraria del empleador de despedir al trabajador no podría nunca lograr su propósito pues nunca se traduciría en un acto disolutorio de la relación de trabajo.

Por último, en el sistema de propuesta de despido, la derogación de la norma individual que originó la relación de trabajo y la consiguiente extinción de ésta son resultado de un acto complejo en el cual el empleador participa con su "iniciativa", pero no puede ponerlo por sí mismo, sino que queda subordinado a una instancia superior, sea ésta judicial, administrativa o interprofesional (conf. Justo López, "Despido arbitrario y estabilidad", L.T. XXI-289 y ss.).

Más allá de la utilidad y pertinencia de la clasificación, lo relevante del aporte del Dr. Justo López es que el despido sin causa siempre constituye un acto ilícito, conclusión que comparto y que es rechazada por cierto sector de la doctrina y de la jurisprudencia, que alude a un supuesto derecho del empleador a despedir, incluso sin expresión de causa.

En el mismo sentido, señala Meik:

"El primero de esos modelos (de "validez extintiva irreversible" del acto de despido pese a su ilicitud) podría ser considerado de ilicitud del despido injustificado con plena validez extintiva del acto, ya que sólo da lugar a la percepción por el trabajador de una indemnización pero que no le permite recuperar la titularidad del vínculo contractual. El despido es ilícito pero de eficacia extintiva. El acto injustificado es válido siendo ilícito; obliga a reparar sólo económicamente las consecuencias emergentes de su incumplimiento. La indemnización, tasada o no, presupone la antijuridicidad del acto."

"No se puede afirmar que existe libertad para despedir pagando la indemnización como no se puede decir que existe libertad para atropellar un peatón pagando la indemnización. Afirmar esto presupone ignorar el concepto mismo de antijuridicidad civil. El despido sin justa causa es, por definición, el despido sin causa de justificación. Sólo requiere causa de justificación lo que es ab initio ilícito." (conf. Moisés Meik, "Estudio de doctorado en Economía Industrial y Relaciones Laborales. La protección contra el despido injustificado en España como derecho al trabajo con estabilidad", Universidad de Castilla-La Mancha, Campus Albacete, año 2003, inédito).

Me parece que esta cuestión ha sido zanjada definitivamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el reciente caso "Vizzoti" en los siguientes términos:

".10) Que sostener que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión sólo impuesta por el art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22). Son pruebas elocuentes de ello la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 23/5), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6 y 7), a lo que deben agregarse los instrumentos especializados, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 32)."

"Al respecto, exhibe singular relevancia el art. 6 del citado pacto pues, en seguimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.1), enuncia el "derecho a trabajar" (art. 6.1), comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera que sea la clase de éste. Así surge, por otro lado, de los trabajos preparatorios de este tratado (v. Craven, Matthew, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Clarendon, 1998, págs. 197 y 223). Derecho al trabajo que, además de estar también contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV) y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5.e.i), debe ser considerado "inalienable de todo ser humano" en palabras expresas de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11.1.a)." (C.S.J.N., 14/09/2004, "Vizzoti, Carlos A. c/AMSA S.A. s/despido, considerando 10).

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

Agregaba Justo López:

".El legislador constituyente no eligió (el sistema de protección contra el despido arbitrario); dejó la elección al legislador ordinario. La decisión a favor de un sistema o de otro es cuestión de política legislativa. De modo que el legislador constituyente al hablar de "protección contra el despido arbitrario" no excluyó la llamada "estabilidad en sentido propio"; por el contrario, la incluyó como un posible modo de esa protección."

".Se arguye en contra de la supresión del poder jurídico de "despido arbitrario" la libertad constitucional "de trabajar y ejercer toda industria lícita", de "comerciar" y el derecho implícito en ella de la "libertad de contratación".

"Debe observarse en primer lugar que, según el texto expreso del mismo art. 14 de la Constitución Nacional esas "libertades" o derechos se reconocen "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio"; y las normas constitucionales que reconocen otros derechos y otorgan otras garantías no tienen, por cierto, menor jerarquía que las leyes reglamentarias. La Corte Suprema de Justicia de la Nación recordó, frecuentemente, que no hay derechos absolutos -p. ej., con referencia al derecho de huelga- y eso vale, obviamente, lo mismo para los derechos antes mencionados."

"Además, la constitucionalización de los "derechos sociales" implicó, indudablemente, la aceptación expresa de un cambio en la "dogmática" constitucional, que ya no cabría situar en la perspectiva de una concepción individualista del derecho y del estado. Desde esta perspectiva, corresponde considerar superada la concepción del estado de derecho individualista, no, precisamente, en tanto estado de derecho, sino en tanto individualista; ahora se suele hablar, por ejemplo, de un estado de bienestar, como concepción que completa -en el ordenamiento estatal- los "derechos individuales" con los "derechos sociales", sin aniquilar aquéllos ni sacrificar a ellos estos últimos. En esta concepción se sitúa, ahora, sin lugar a dudas, la "parte dogmática" de la Constitución Nacional".

"Esto no puede significar sino peculiares restricciones a los derechos de ejercer toda industria lícita, comerciar, contratar y descontratar, sin las que no sería ni siquiera concebible el moderno derecho del trabajo".

"Es también indudable que en la nueva concepción que incorpora a la dogmática constitucional los "derechos sociales", el despido desnudo o inmotivado merece una valoración negativa, sellada con la palabra "arbitrario", a tal punto que entró en los propósitos del legislador constituyente la protección del trabajador contra él. Eso importa, necesariamente, una descalificación -en principio- de las antes

mencionadas libertades (de ejercer toda industria lícita, de comerciar, de contratar y descontratar), no en sentido absoluto, pero sí en cuanto conduzcan al despido arbitrario. La intensidad de esa descalificación -según se dijo más arriba- queda sujeta al criterio "político" (de "política legislativa") del legislador ordinario, pero, en principio, no excluye -no tiene por qué excluir- ninguno de los modos posibles de protección contra el despido arbitrario."

".la supresión del poder jurídico de despedir arbitrariamente no ataca la libertad de descontratar.; lo único que ataca es el poder de derogar por acto unilateral inmotivado (arbitrario) lo que fue acordado bilateralmente." (conf. Justo López, op. cit., ps. 297/99).

Las consistentes reflexiones de Justo López resultan corroboradas y profundizadas luego de la reforma constitucional de 1994.

En efecto, sin perjuicio del acrecentamiento del catálogo de derechos sociales, generado especialmente por las declaraciones y pactos de derechos humanos constitucionalizados, el material normativo incorporado incluye un arsenal principista de notable importancia al momento de juzgar la constitucionalidad de la conducta positiva y omisiva de los poderes públicos y de evaluar las pretensiones deducidas ante los órganos jurisdiccionales.

El referido arsenal principista implica un enriquecimiento y complementación de los principios del Estado Constitucional Liberal; esto es, el de legalidad (arts. 14, 16, 18, 19 y concs., C.N.) y el de razonabilidad (art. 28, C.N.) (conf. Guillermo Gianibelli y Oscar Zas, "Estado Social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales", p. 178).

En esta línea se inscribe el considerando 10) de la sentencia de la Corte Suprema en el caso "Vizzoti" mencionada precedentemente.

Asimismo, y en lo específicamente vinculado al contenido y alcance de los derechos a la protección contra el despido arbitrario, al trabajo, o más genéricamente a la estabilidad del trabajador en el empleo, resulta relevante la regulación contenida en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Organización de Estados Americanos en El Salvador, el 17 de noviembre de 1988.

Este ordenamiento internacional de derechos humanos, también denominado "Protocolo de San Salvador", fue aprobado por la ley 24.658, sancionada y promulgada con posterioridad a la reforma constitucional de 1994.

El art. 7 del Protocolo de San Salvador dispone en lo pertinente:

"Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:."

".d.La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional."

Oportunamente, sostuve que en materia de derechos sociales uno de los principios fundamentales es el de interpretación y aplicación de la norma más favorable a la persona humana, en el caso al trabajador (conf. arts. 75, inc. 22, C.N.; 29, inc.b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 5.2 del



Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 23 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Guillermo Gianibelli y Oscar Zas, op. cit., p. 180).

Con posterioridad, y en la misma línea de pensamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló:

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

Por último, cabe recordar que el art.18 del Código

Civil dispone:

"Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención".

El cuadro descripto precedentemente me lleva a formular las siguientes conclusiones:

- 1) El despido ad nutum, incausado, inmotivado, injustificado o arbitrario es un acto ilícito, que viola los derechos de jerarquía constitucional a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo y la estabilidad en el empleo.
- 2) Es constitucional la consagración de un sistema de estabilidad que frente al acto ilícito descripto en el párrafo anterior, otorgue al trabajador el derecho a reclamar la nulidad del despido y la readmisión en el empleo.
- 3) El contenido esencial de los derechos constitucionales de trabajar y ejercer toda industria lícita, de comerciar, de usar y disponer de la propiedad y de contratación, conferidos al empleador, no comprende la potestad de despedir a los trabajadores ad nutum, en forma incausada, injustificada, inmotivada o arbitraria. (ver en el mismo sentido: mi voto en la sent. def. n° 68.536, "Parra Vera, Máxima c/San Timoteo S.A. del registro de esta Sala y Oscar Zas, "El despido discriminatorio", en "Estudios de Teoría Crítica de Derecho del Trabajo" (inspirados en Moisés Meik), Editorial Bomarzo Latinoamericana, Buenos Aires, Argentina, 2006, p. 298/303).

Por otra parte, cabe señalar que la Observación General N° 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas señala en lo pertinente:

"...El derecho al trabajo es un derecho fundamental, reconocido en diversos instrumentos de derecho internacional. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de su artículo 6, trata este derecho más extensamente que cualquier otro instrumento. El derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente a

la dignidad humana..."

"...El derecho al trabajo, amparado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, afirma la obligación de los Estados Partes de garantizar a las personas su derecho al trabajo libremente elegido o aceptado, en particular el derecho a no ser privado de su trabajo de forma injusta..."

"...El trabajo, según reza el artículo 6 del Pacto, debe ser un trabajo digno. Éste es el trabajo que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad social y de remuneración..."

"...El Convenio N° 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo (1982) establece la legalidad del despido en su artículo 4 e impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente..."

"...En virtud del párrafo 2 del artículo 2, así como del artículo 3, el Pacto proscribe toda discriminación en el acceso al empleo y en la conservación del mismo por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud (incluso en caso de infección por el VIH/SIDA), orientación sexual, estado civil, político, social o de otra naturaleza, con la intención, o que tenga por efecto, oponerse al ejercicio del derecho al trabajo en pie de igualdad, o hacerlo imposible. Según el artículo 2 del Convenio N° 111 de la OIT, los Estados Partes deben "formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto"..."

"...La principal obligación de los Estados Partes es velar por la realización progresiva del ejercicio del derecho al trabajo... Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas en relación con el derecho al trabajo, como la obligación de "garantizar" que ese derecho sea ejercido "sin discriminación alguna" (párrafo 2 del artículo 2) y la de "adoptar medidas" (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 6. Dichas medidas deben ser deliberadas, concretas e ir dirigidas hacia la plena realización del derecho al trabajo..."

"...Al igual que todos los derechos humanos, el derecho al trabajo impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de respetar, proteger y aplicar. La obligación de respetar el derecho al trabajo exige que los Estados Partes se abstengan de inferir directa o indirectamente en el disfrute de ese derecho. La obligación de proteger exige que los Estados Partes adopten medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo. La obligación de aplicar incluye las obligaciones de proporcionar, facilitar y promover ese derecho. Implica que los Estados Partes deben adoptar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otro tipo adecuadas para velar por su plena realización..."

"...En la Observación general n° 3, el Comité confirma que los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto. En el contexto del art.6, esta "obligación fundamental mínima" incluye la obligación de garantizar la no discriminación y la igualdad de protección del empleo..."

"...La prohibición de no discriminación que establece el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto es de aplicación inmediata y no está sujeta a una aplicación progresiva ni se supedita a los recursos disponibles. Se aplica directamente a todos los aspectos del derecho al trabajo..."

"...El incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros..."

"...Toda persona o grupo que sea víctima de una vulneración del derecho al trabajo debe tener acceso a adecuados recursos judiciales o de otra naturaleza en el plano nacional. A nivel nacional, los sindicatos y las comisiones de derechos humanos deben jugar un papel importante en la defensa del derecho al trabajo. Todas las víctimas de esas violaciones tienen derecho a una reparación adecuada, que puede adoptar la forma de una restitución, una indemnización, una compensación o garantías de no repetición..."

"...La integración en el ordenamiento jurídico interno de los instrumentos internacionales que amparan el derecho al trabajo, en especial de los convenios pertinentes de la OIT, debe reforzar la eficacia de las medidas adoptadas para garantizar tal derecho, por lo que se encarece. La incorporación en el ordenamiento jurídico interno de los instrumentos internacionales que reconocen el derecho al trabajo, o el reconocimiento de su aplicabilidad directa, puede mejorar de modo importante el alcance y la eficacia de las medidas de corrección y se alienta en todos los casos. Los tribunales estarían entonces en condiciones de juzgar las violaciones del contenido básico del derecho al trabajo invocando directamente las obligaciones derivadas del Pacto..."

"...Se invita a los jueces y a otros miembros de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley a que presten mayor atención a las violaciones del derecho al trabajo en el ejercicio de sus funciones..."

A propósito de la mencionada observación general estimo pertinente transcribir las agudas reflexiones de Rolando E. Gialdino:

"...La reforma de la Constitución Nacional producida en 1994 dio jerarquía constitucional a diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos "en las condiciones de su vigencia" (art. 75 inc. 22)...Cada uno de estos (tratados nacidos en el seno de las Naciones Unidas) ha previsto la creación de un Comité, apellidado, comúnmente con referencia al instrumento respectivo...Una de las competencias atribuidas por estos tratados a dichos Comités es la de dictar observaciones generales o recomendaciones generales (en adelante, OGs.)".

"...El conjunto de las OGs, por un lado, resulta un corpus vasto, de inocultable riqueza y en permanentes vías de expansión y actualización, mientras que, por el otro, se constituye en una fuente de la única "interpretación autorizada" de los textos internacionales, en un medio por el cual les ha sido permitido a los Comités establecer una suerte de "interpretación auténtica" de aquéllos. M. Nowak, haciendo referencia al Comité de Derechos Humanos, señala que sus OGs son adoptadas por consenso entre todos sus miembros y, por ende, con la participación de variadas escuelas del pensamiento y del Derecho, lo cual "subraya el carácter autorizado de estas interpretaciones". Esta interpretación es extensible a los restantes Comités".

"Los caracteres reseñados en los dos párrafos anteriores, amén de otros, nos han llevado a sostener que las OGs. resultan, lisa y llanamente, fuente del Derecho Constitucional argentino. Por lo demás reciente jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha apoyado en estos documentos ("Aquino", sent. del 21/9/2004, Fallos 327:3753, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni, consids. 8 y 10 y "Verbitsky", sent. del 3/5/2005. Ver, asimismo, el voto de la jueza Argibay en "Díaz, Timoteo", sent. del 7/3/2006, consid. 7)..."

"...No parece que queden dudas, entonces, de que para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas la legalidad del despido, como protección del derecho al trabajo del PIDESC, está regida en términos al menos equivalentes a los del art. 4 del Convenio OIT 158, al que

también remite expresamente el mencionado párr. 11 cuando alude al derecho del trabajador a la "reparación" (redress) en caso de despido injustificado. Importan estos señalamientos, entre otras razones, por cuanto la Argentina no ha ratificado (¿todavía?) dicho convenio".

"Recordamos, por lo demás, que la tutela contra el despido injustificado puede asumir, dentro del PIDESC, la forma de la reinstalación, tal como lo precisa nuestra OG. 18 (art. 48), así como los arts. 10 convenio OIT 158 y 7.d Protocolo de San Salvador..." (conf. Rolando E. Gialdino, "El derecho al trabajo en la observación general 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social", 23 (diciembre 2006), Lexis Nexis, p. 2085/6 y 2090).

Las consideraciones vertidas precedentemente revelan que el sistema indemnizatorio consagrado en la Ley de Contrato de Trabajo no es el único modo posible de reglamentación de los derechos al trabajo y de protección contra el despido arbitrario, ambos de jerarquía constitucional. Tampoco resulta pertinente ni insoslayable pronunciarse en esta causa acerca de la constitucionalidad de las normas de la L.C.T. (t.o.) que reglamentan los derechos precitados, toda vez que -a mi modo de ver- las citadas normas no regulan la situación planteada. VI. De todos modos, y sin perjuicio de lo expuesto, aun cuando por vía de hipótesis se compartiera la descalificación de un sistema genérico de nulidad del despido como modo razonable de reglamentación de los derechos a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo, igualmente la pretensión de nulidad del actor resultaría fundada toda vez que la decisión rescisoria de la demandada quebranta el principio fundamental de no discriminación.

Frente a la visión del despido como "función" del poder empresarial, Baylos Grau plantea la necesidad de reivindicar el lado oculto de aquélla figura, el que hace referencia a los derechos de los trabajadores. Por eso resulta conveniente analizar los límites impuestos a la acción empresarial por las normas de jerarquía constitucional constitutivas del Estado Social y Democrático de Derecho (conf. Antonio Baylos Grau, op. cit., p. 11).

Desde esta perspectiva, la cualidad de trabajador por cuenta ajena no resulta incompatible con la figura del ciudadano en plenitud de sus derechos, de forma que también en los lugares de trabajo se deben garantizar los derechos fundamentales reconocidos por las normas de jerarquía constitucional a todos los ciudadanos, y no sólo aquéllos específicamente concebidos para su utilización en el contexto productivo, o aquellos que están directamente ligados a la situación socio-profesional del trabajador.

El Tribunal Constitucional de España en una conocida decisión afirmó de manera tajante la repugnancia del ordenamiento jurídico democrático ante "las manifestaciones de feudalismo industrial", de manera que no era posible la defensa del "despojo transitorio de los derechos que al trabajador le corresponden como ciudadano", puesto que esta conducta no resulta amparada por el principio de la libre iniciativa empresarial ni, desde luego, "las empresas son mundos separados de la sociedad" (conf. STC 88/1985, de 19 de julio, cit. por Antonio Baylos Grau, op. cit. p.14/5).

En última instancia, además, el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de derechos fundamentales del trabajador, ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél (conf. I. García-Perrote, "Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y derechos fundamentales del trabajador, RDS N° 4, 1998, p. 9 y ss.; A. Martín Valverde, "Contrato de trabajo y derechos fundamentales", RDS N° 6, 1999, p. 11 y ss. Una síntesis de esta elaboración en la doctrina constitucional, con especial atención al canon de "proporcionalidad" que mide la limitación empresarial de los derechos fundamentales de los trabajadores, M<sup>a</sup> E. Casas Baamonde, "Evolución constitucional y Derecho del Trabajo", en A. Pedrajas Moreno (Dir.), Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales, Lex Nova, Valladolid, p. 88 y ss. Autores citados por A. Baylos Grau, op. cit. p. 15 y nota 8).

La repercusión de estos elementos derivados del orden constitucional y su sistema de garantías sobre el régimen de despido es inmediata, de manera que el goce de los derechos fundamentales reconocidos por el trabajador constituye un límite infranqueable por el poder unilateral del empresario de rescisión del contrato de trabajo, que, de ser transgredido, debe ser removido en su eficacia, restituyendo al trabajador en la plenitud del disfrute de su derecho fundamental, reintegrándolo por tanto en su puesto de trabajo (conf. A. Baylos Grau, op. cit., p.15).

Es decir, la accionada no sólo ha vulnerado los derechos del actor a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo al constituir el despido un acto incausado y, por tanto, ilícito, sino también ha transgredido el derecho fundamental del trabajador a no ser discriminado por motivos antisindicales consagrado en normas constitucionales e internacionales de jerarquía constitucional y supralegal e integrante del jus cogens, configurándose de ese modo otra ilicitud escindible de aquélla cuya sanción no puede ser subsumida en las normas de la ley de contrato de trabajo que reglamentan el derecho a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo.

Esta clara distinción de ilicitudes y de imputación de sanciones jurídicas resulta especialmente corroborada por la circunstancia de que el derecho a no ser discriminado arbitrariamente ha ingresado en el dominio del jus cogens, por lo que su vulneración concretada través del despido de un trabajador habilita a este último a reclamar la nulidad del acto rescisorio y la readmisión en el empleo con fundamento en la ley 23.592.

Desde esta perspectiva, y por las razones jurídicas que expondré a continuación, la sólo invocación de las normas de la ley de contrato de trabajo que reglamentan el derecho a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo para desestimar la pretensión del actor, no sólo sería insostenible en el orden jurídico nacional, sino que comprometería gravemente la responsabilidad internacional del Estado Argentino.

Hoy en día, el Derecho de los derechos humanos, punto de convergencia del Derecho Internacional y del Derecho constitucional, admite la existencia de normas supranacionales que se imponen a la soberanía de los Estados en aquellas materias que son de orden público internacional, por constituir principios básicos de la convivencia internacional. Estos, que constituyen el denominado "jus cogens", incluyen el respeto de los derechos fundamentales por encima de intereses y voluntad de los Estados.

Esta ampliación de contenidos, sujetos y fronteras, se corresponde perfectamente con la globalización, produciéndose una racionalización de la soberanía nacional al incorporar normas supraestatales inherentes al ser humano y -sobre todo-, constatando la universalidad de los derechos humanos, en vez de su mera internacionalidad o constitucionalidad.

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

Las normas del jus cogens obligan a todos los Estados y a los nacionales de dichos países, tienen carácter erga omnes y pueden ser reclamadas por cualquier persona o Estado, aún al margen de cualquier vínculo convencional o ratificación (conf. Oscar Ermida Uriarte, "La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica", en "Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur", Trabajos de la Reunión Técnica celebrada en Buenos Aires los días 10 y 11 de diciembre de 2001, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Oficina Internacional del Trabajo, Buenos Aires, 2002, p. 19/20).

En similar sentido, explica Barbagelata que "todas las categorías de instrumentos que tratan de

derechos humanos -entre los que se cuentan los laborales-, son un tipo muy especial de instrumentos internacionales que no pertenecen solamente a la esfera de los Pactos entre los Estados, sino que han alcanzado la dimensión de jus cogens (conf. Héctor-Hugo Barbagelata, "Algunas reflexiones sobre los derechos humanos laborales y sus garantías", en revista *Judicatura*, Montevideo, República Oriental del Uruguay, 2000, N° 41, p. 134).

Oportunamente, sostuve que en materia de derechos sociales uno de los principios fundamentales es el de no discriminación (conf. arts. 14 bis, 16, 75, incs. 22 y 23, C.N.; 2.1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5 y concs. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; 1, 11, 12, 13 y concs. de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 2, 26 y concs. de la Convención sobre los Derechos del Niño; conf. Guillermo Gianibelli y Oscar Zas, op. cit., p. 181).

Cabe añadir a las normas internacionales mencionadas, los arts. 3.1 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", 1, 2 y 3 del Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 y la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

".83.La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados (arts.3.1 y 17 de la Carta de la Organización de Estados Americanos, 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que "en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio (Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N° 4, párr. 54)."

".84.En la presente opinión consultiva se hará una diferenciación al utilizar los términos distinción y discriminación. El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos."

".85.Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional."

".86.El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación está consagrado en muchos instrumentos internacionales.El hecho de estar regulado el principio de igualdad

y no discriminación en tantos instrumentos internacionales, es un reflejo de que existe un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico."

".87.La Corte Interamericana ha entendido que:"

"la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza (Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 45. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva 4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N° 4, párr. 55)."

".88.El principio de igualdad y no discriminación posee carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias."

".91.la Corte Interamericana estableció que:."

".no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, la razón o a la naturaleza de las cosas.De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de manera alguna repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana (Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 47. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva 4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N° 4, párr. 57)."

".92.El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas definió a la discriminación como:"

".toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas (O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7)."

".98.El concepto de jus cogens ha estado en sus orígenes ligado particularmente al derecho de los tratados.Tal como está formulado el jus cogens en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, "es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general". Por su parte, el artículo 64 de la misma Convención se refiere al jus cogens superviviente, al señalar que "si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará". El ius cogens ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia

internacionales".

"99.En su evolución y por su propia definición, el jus cogens no se ha limitado al derecho de los tratados. El dominio del jus cogens se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El jus cogens se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional".

"100.Al referirse, en particular, a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, la Corte considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende "directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona". El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y la garantía de los derechos humanos.Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo la tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igual y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas."

"101.En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección de la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad o no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens."

".102.De esa obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, se derivan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas."

".103.En cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminaciones de jure o de facto.Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales."

"104.Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones o prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias."



"105.En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana."

"106.El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esta manera, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración."

".140.En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares.Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del Drittwirkung, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares."

".146.De esta manera, la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales. En lo que atañe a la presente Opinión Consultiva, dichos efectos de la obligación de respeto de los derechos humanos en las relaciones entre particulares se especifican en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores."

"147.La obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de los derechos."

"148.El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales".

"149.Esta obligación estatal encuentra asidero en la misma normativa tutelar de los trabajadores, normativa que precisamente se fundamenta en una relación desigual entre ambas partes y que, por lo tanto, protege al trabajador como la parte más vulnerable que es. De esta manera, los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial, y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias, para enmendar situaciones discriminatorias de iure y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores, a nivel local, regional, nacional o internacional, en perjuicio de trabajadores migrantes."

".165.Este Tribunal considera indispensable recordar lo señalado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual señala, al referirse al derecho interno y a la observancia de los tratados, que: "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

"166. Es decir, al ratificar o adherir a un tratado internacional, los Estados manifiestan su compromiso de buena fe de garantizar los derechos en él reconocidos. Además de esto, los Estados deben adecuar su derecho interno al derecho internacional aplicable."

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

"En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención" (Caso "Cinco Pensionistas", sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C Nº 98, párr. 164. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros), sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C Nº 73, párr. 87. Caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001, serie C Nº 72, párr. 179. Caso "Durand y Ugarte", sentencia de 16 de agosto de 2000, serie C Nº 68, párr. 136. "Principe allant de soi", *Échange des populations grecques et turques*, Avis Consultatif, 1925, C.P.J.I., Recueil des Avis Consultatifs, serie B Nº 10, p. 20)."

".171. Lo establecido por la Corte Interamericana se extiende a la obligación de los Estados de cumplir con todo instrumento internacional que les sea aplicable. Sin embargo, es importante señalar que, al referirse a esta obligación estatal, este Tribunal considera que no sólo se debe adecuar toda normativa interna al respectivo tratado, sino que, además, las prácticas estatales relativas a su aplicación deben adecuarse al derecho internacional. Es decir, no basta con que el ordenamiento jurídico interno se adecue al derecho internacional, sino que es menester que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable."

"172. La Corte considera que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio. Este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre. Cualquier actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos."

".173. Por las razones expuestas,"

"LA CORTE,"

"DECIDE"

"por unanimidad,"

"Que es competente para emitir la presente Opinión Consultiva"

"Y ES DE OPINIÓN"

"por unanimidad,"

"1. Que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental."

"2. Que el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional."

"3. Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno."

"4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens."

"5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares."

"9. Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-empleado). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003).

Por su parte, el juez Cançado Trindade, en su voto concurrente, precisó :

".44. Todo sistema jurídico tiene principios fundamentales, que inspiran, informan y conforman sus normas. Son los principios (derivados etimológicamente del latín principium) que, evocando las causas primeras, fuentes u orígenes de las normas y reglas, confieren cohesión, coherencia y legitimidad a las normas jurídicas y al sistema jurídico como un todo. Son los principios generales del derecho (prima principia) que confieren al ordenamiento jurídico (tanto nacional como internacional) su ineluctable dimensión axiológica; son ellos que revelan los valores que inspiran todo el ordenamiento jurídico y que, en última instancia, proveen sus propios fundamentos. Es así como concibo la presencia y la posición de los principios en cualquier ordenamiento jurídico, y su rol en el universo conceptual del Derecho."

".47. la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha buscado identificar los "principios y derechos fundamentales en el trabajo", mediante Declaración adoptada en junio de 1998."

".50. En la medida en que se forma un nuevo corpus juris, hay que atender a la apremiante necesidad de

identificación de sus principios. Una vez identificados, estos principios deben ser observados, pues de otro modo la aplicación de las normas sería reemplazada por una simple retórica de "justificación" de la "realidad" de los hechos; si hay verdaderamente un sistema jurídico, debe este operar con base en sus principios fundamentales, pues de otro modo estaríamos ante el vacío legal, ante la simple ausencia de un sistema jurídico."

".56.La salvaguardia y prevalencia del principio del respeto de la dignidad de la persona humana se identifican con el propio fin del Derecho, del orden jurídico tanto nacional como internacional. En virtud de este principio fundamental, toda persona debe ser respetada por el simple hecho de pertenecer al género humano, independientemente de su condición, su estatuto de ciudadanía, o cualquier otra circunstancia. El principio de la inalienabilidad de los derechos inherentes al ser humano, a su vez, se identifica con una premisa básica de la construcción de todo el corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos."

"57.No puede haber dudas en cuanto al alcance de los referidos principios fundamentales, y, si por ventura existieran dudas, es función del jurista aclararlas y no perpetuarlas, para que el Derecho realice su función primordial de impartir justicia. Es aquí que el ineluctable recurso a los principios del Derecho puede ayudar a disipar cualquier duda que se pueda plantear en cuanto al alcance de los derechos individuales.Es cierto que las normas son las jurídicamente obligatorias, pero cuando ellas se apartan de los principios, su aplicación conlleva a lesiones de los derechos individuales y a graves injusticias (v.g., la discriminación de jure)."

"58.En realidad, cuando reconocemos principios fundamentales que conforman el substratum del propio ordenamiento jurídico, ya nos adentramos en el dominio del jus cogens, del derecho imperativo. En efecto, es perfectamente posible visualizar el derecho imperativo (el jus cogens) como identificado con los principios generales del derecho de origen material, que son garantes del propio ordenamiento jurídico, de su unidad, integridad y cohesión. Tales principios son indispensables (el jus necessarium), son anteriores y superiores a la voluntad; al expresar una "idea de justicia objetiva" (el derecho natural) son consustanciales al propio orden jurídico internacional."

"59.En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, otro de los principios fundamentales, aunque no suficientemente desarrollado por la doctrina hasta la fecha, pero que permea todo su corpus juris, es precisamente el principio de la igualdad y la no-discriminación.A la par del elemento constitutivo de la igualdad -esencial al propio Estado de Derecho-, el otro elemento constitutivo, el de la no-discriminación, consignado en tantos instrumentos internacionales, asume importancia capital en el ejercicio de los derechos protegidos. La discriminación es definida, en las Convenciones sectoriales destinadas a su eliminación, esencialmente como cualquier distinción, exclusión, restricción o limitación, o privilegio, en detrimento de los derechos humanos en ellas consagrados.La prohibición de la discriminación abarca tanto la totalidad de estos derechos, en el plano sustantivo, como las condiciones de su ejercicio, en el plano procesal."

"60.Sobre este punto la doctrina contemporánea es pacífica, al considerar el principio de la igualdad y la no-discriminación como uno de los pilares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, e incluso como elemento integrante del derecho internacional general o consuetudinario.la jurisprudencia de los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos se ha orientado, de modo general, -al igual que la presente Opinión Consultiva n. 18 de la Corte Interamericana- en el sentido de considerar discriminatoria cualquier distinción que no tenga un propósito legítimo, o una justificativa objetiva y razonable, y que no guarde una relación de proporcionalidad entre su propósito y los medios empleados."

".68.De mi parte, siempre he sostenido que es una consecuencia ineludible de la afirmación y la propia existencia de normas imperativas del Derecho Internacional el no limitarse éstas a las normas

convencionales, al derecho de los tratados, y el extenderse a todo y cualquier acto jurídico. Desarrollos recientes apuntan en el mismo sentido, o sea, de que el dominio del jus cogens, más allá del derecho de los tratados, alcanza igualmente el derecho internacional general. Además, el jus cogens, en mi entender, es una categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el Derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación".

"69.La evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha enfatizado el carácter absoluto de los derechos fundamentales inderogables.La prohibición absoluta de las prácticas de tortura, de desaparición forzada de personas, y de las ejecuciones sumarias y extra-legales, nos hacen ingresar decididamente en la terra nova del jus cogens internacional."

".70.El concepto de jus cogens efectivamente no se limita al derecho de los tratados, y es igualmente propio del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados. Los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados, adoptados en la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en 2001, dan testimonio de este hecho.En mi entendimiento, es en este capítulo central del Derecho Internacional, el de la responsabilidad internacional (quizás más que en el capítulo del derecho de los tratados), que el jus cogens revela su real, amplia y profunda dimensión, alcanzando todos los actos jurídicos (inclusive los unilaterales), e incidiendo (inclusive más allá del dominio de la responsabilidad estatal) en los propios fundamentos de un derecho internacional verdaderamente universal."

"71.A la responsabilidad internacional objetiva de los Estados corresponde necesariamente la noción de ilegalidad objetiva (uno de los elementos subyacentes al concepto de jus cogens). En nuestros días, nadie osaría negar la ilegalidad objetiva de actos de genocidio, de prácticas sistemáticas de tortura, de ejecuciones sumarias y extra-legales, y de desaparición forzada de personas -prácticas éstas que representan crímenes de lesa humanidad-, condenadas por la conciencia jurídica universal, a la par de la aplicación de tratados.Ya en su Opinión Consultiva de 1951 sobre Reservas a la Convención contra el Genocidio, la Corte Internacional de Justicia señaló que los principios humanitarios subyacentes a aquella Convención eran reconocidamente "obligatorios para los Estados, aún en la ausencia de cualquier obligación convencional".

"72.Así como, en el ámbito del Derecho Internacional de los Refugiados, se reconoció el principio básico del non-refoulement como siendo del jus cogens, en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se reconoció igualmente el carácter de jus cogens del principio fundamental de la igualdad y la no-discriminación."

".73.la emergencia y consagración del jus cogens evocan las nociones de orden público internacional y de una jerarquía de normas jurídicas, así como la prevalencia del jus necessarium sobre el jus voluntarium; el jus cogens se presenta como la expresión jurídica de la propia comunidad internacional como un todo, la cual, en fin, toma conciencia de sí misma, y de los principios y valores fundamentales que la guían."

".76.En la construcción del ordenamiento jurídico internacional del nuevo siglo, testimoniamos, con la gradual erosión de la reciprocidad, la emergencia pari passu de consideraciones superiores de orden público, reflejadas en las concepciones de las normas imperativas del derecho internacional general (el jus cogens) y de las obligaciones erga omnes de protección (debidas a todos, y a la comunidad internacional como un todo). El jus cogens, al acarrear obligaciones erga omnes, las caracteriza como siendo dotadas de un carácter necesariamente objetivo,y por lo tanto abarcando a todos los destinatarios de las normas jurídicas (omnes), tanto a los integrantes del poder público como a los particulares."

"77.A mi modo de ver, podemos considerar tales obligaciones erga omnes desde dos dimensiones, una

horizontal y otra vertical, que se complementan. Así, las obligaciones erga omnes de protección, en una dimensión horizontal, son obligaciones atinentes a la protección de los seres humanos debidas a la comunidad internacional como un todo. En el marco del derecho internacional convencional, vinculan a todos los Estados Partes en los tratados de derechos humanos (obligaciones erga omnes partes), y, en el ámbito del derecho internacional general, vinculan todos los Estados que componen la comunidad internacional organizada, sean o no Partes en aquellos tratados (obligaciones erga omnes lato sensu). En una dimensión vertical, las obligaciones erga omnes de protección vinculan tanto a los órganos y agentes del poder público (estatal), como los simples particulares (en las relaciones inter-individuales)."

"78. Para la conformación de esta dimensión vertical han contribuido decisivamente el advenimiento y la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Pero es sorprendente que, hasta la fecha, estas dimensiones horizontal y vertical de las obligaciones erga omnes de protección hayan pasado enteramente desapercibidas de la doctrina jurídica contemporánea. Sin embargo, las veo claramente configuradas en el propio régimen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, por ejemplo, en cuanto a la dimensión vertical, la obligación general, consagrada en el artículo 1 (1) de la Convención Americana, de respetar y garantizar el libre ejercicio de los derechos por ella protegidos, genera efectos erga omnes, alcanzando las relaciones del individuo tanto con el poder público (estatal) cuanto con otros particulares."

".79. Por definición todas las normas del jus cogens generan necesariamente obligaciones erga omnes." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, voto del Juez Antonio A. Cançado Trindade).

La parte pertinente del voto concurrente del juez García Ramírez reza:

".16. La igualdad ante la ley y el rechazo de todas las formas de discriminación se encuentran a la cabeza de los textos declarativos, preceptivos y garantizadores de los derechos humanos. Integran, en cierto modo, puntos de referencia, factores de creación, criterios de interpretación y espacios de protección de todos los derechos. Constituyen, por el grado de aceptación que han alcanzado, expresiones claras del jus cogens, con el carácter imperativo que éste reviste más allá de las convenciones generales o particulares, y con los efectos que posee para la determinación de obligaciones erga omnes."

".27. Los derechos derivados del trabajo y concernientes, por ende, a los trabajadores, pertenecen a la categoría de los denominados "económicos, sociales y culturales", tienen el mismo rango que los llamados "civiles y políticos". Unos y otros, mutuamente dependientes o condicionados, integran el estatuto contemporáneo del ser humano: son un solo conjunto amplio, partes del mismo universo, que se desintegraría artificialmente si quedara excluida alguna de ellas."

".28. Entre esos derechos no hay más distancia que la relativa a su materia, a la identidad de los bienes que tutelan, al espacio en el que surgen y prosperan. Tienen la misma jerarquía y reclaman idéntico respeto. No es debido confundir unos con otros, pero tampoco es posible ignorar la relación en que se encuentran, por el imperio mismo de las circunstancias: digamos, por ejemplo, que si bien el derecho al trabajo no se confunde con el derecho a la vida, el trabajo es condición de una vida digna, e incluso de la vida misma: factor de subsistencia. Si se niega el acceso al trabajo, o se impide al obrero la recepción de sus frutos, o se obstruye la vía jurisdiccional o administrativa por la que éste reclama sus derechos, podría quedar en riesgo la vida, y en todo caso sufrirá menoscabo la calidad de la vida, que es un punto básico tanto de los derechos económicos, sociales y culturales como de los civiles y políticos."

".36. La proclamación de derechos sin la provisión de garantía para hacerlos valer queda en el vacío. Se convierte en una formulación estéril, que siembra expectativas y produce frustraciones. Por ello es

preciso establecer las garantías que permitan reclamar el reconocimiento de los derechos, recuperarlos cuando han sido desconocidos, restablecerlos si fueron vulnerados y ponerlos en práctica cuando su ejercicio tropieza con obstáculos indebidos. A esto atiende el principio de acceso igual y expedito a la protección jurisdiccional efectiva, es decir, la posibilidad real de acceder a la justicia a través de los medios que el ordenamiento interno proporciona a todas las personas, con la finalidad de alcanzar una solución justa a la controversia que se ha suscitado. En otros términos: acceso formal y material a la justicia." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, voto del Juez Sergio García Ramírez).

En síntesis:

- 1)El principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del jus cogens.
- 2)En el marco de una relación laboral privada, por la teoría del *Drittwirkung*, ese principio debe ser respetado cabalmente por el empleador en relación con el trabajador, y su vulneración no sólo transgrede normas del orden jurídico nacional de jerarquía constitucional y supralegal, sino también normas imperativas de orden público internacional.
- 3)En caso de despido discriminatorio por motivos antisindicales, el trabajador puede demandar la nulidad del despido y la readmisión al empleo, pues ese es el modo más idóneo y eficaz para garantizar in natura el contenido esencial del principio fundamental vulnerado.

En esa línea se inscribe el art. 1º de la ley 23.592, cuyo texto reza: "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".

En el mismo sentido, el art. 1 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 98 sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, ratificado por la República Argentina, e incluido en la Declaración de la O.I.T. relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo y su seguimiento, dispone en lo pertinente:

"1.Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo".

"2.Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:."

".b)despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier forma a causa de su afiliación o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo".

El Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo ha señalado:

"En ciertos casos en que en la práctica la legislación nacional permite a los empleadores, a condición de que paguen la indemnización prevista por la ley en todos los casos de despido injustificado, despedir a un trabajador, si el motivo real es su afiliación a un sindicato o su actividad sindical, no se concede una

protección suficiente contra los actos de discriminación antisindical cubiertos por el Convenio N° 98" (Recopilación de 1985, párrafo 547; 211 informe, caso núm.1054, párrafo 163; 241 informe, caso núm. 1287, párrafo 227; 292 informe, caso núm. 1625, párrafo 70 y 295 informe, caso núm. 1729, párrafo 36; "La libertad sindical", Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Cuarta Edición (revisada), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1996, p. 153).

"Nadie debería ser objeto de discriminación antisindical por la realización de actividades sindicales legítimas y la posibilidad de reintegro en el puesto de trabajo debería estar a disposición de los interesados en los casos de discriminación antisindical" (297 informe, casos núms. 1678, 1695 y 1781, párrafo 426; Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Cuarta Edición (revisada), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1996, p. 162).

Desde esta perspectiva, concretado un despido discriminatorio por motivos antisindicales, el trabajador afectado tiene derecho a demandar judicialmente que se "deje sin efecto el acto discriminatorio", lo que implica la nulidad de la decisión rescisoria y la readmisión en el empleo.

De no admitir se la invocación de la ley 23.592 por parte de un trabajador afectado por un despido discriminatorio, se estaría consagrando una discriminación jurídica inadmisibles.

En la medida que todos los habitantes tienen el derecho fundamental a no ser discriminados arbitrariamente, es irrefutable que también los trabajadores asalariados, categoría singular de personas integrantes del ámbito subjetivo general abierto por el pronombre "todos", son titulares del referido derecho en cualesquiera circunstancias, y también por ello, en el ejercicio de su actividad profesional debida en virtud del contrato de trabajo que les une a su empleador.

Ese derecho fundamental no es ciertamente un derecho específicamente laboral, en el sentido que tenga su origen o razón de ser, exclusiva o principalmente, en el ámbito estricto de las relaciones laborales, y de modo que no sea posible técnicamente su ejercicio extramuros de las mismas.

El citado derecho, pensado constitucionalmente para el ejercicio de su titularidad por todos los ciudadanos, y desde su incorporación al jus cogens por todos los habitantes del mundo, cualquiera sea su condición personal o profesional, puede ser ejercitado desde luego por los sujetos de las relaciones de trabajo (y por los trabajadores en particular) en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquiere un contenido o dimensión laboral sobrevenidos. Se produce así una "impregnación laboral" de un derecho de titularidad general o inespecífico por el hecho de su utilización por trabajadores asalariados a propósito y en los dominios de un contrato de trabajo.

En síntesis, estamos en presencia de un derecho fundamental atribuido con carácter general a todos los habitantes, que es ejercitado en el seno de una relación jurídica laboral por personas que, al propio tiempo son trabajadores y, por lo tanto, se convierte en un verdadero derecho laboral por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hace valer, en un derecho laboral fundamental inespecífico (cfr. Palomeque- López, Manuel Carlos, "El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo", conferencia inaugural del Encuentro Iberoamericano Riesgo y Trabajo, Universidad de Salamanca-Fundación MAPFRE, pronunciada el 11/11/91 en el Paraninfo de dicha universidad, pub. en Actualidad Laboral N° 4 -semana 27 de enero-2 de febrero 1992-, ps. 37/44).

Ahora bien, 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, 3 del "Protocolo de San Salvador", 1, 2 y 3 del Convenio N° 111 de la O.I.T. sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 y la Declaración de la O.I.T. relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, consagran una tutela antidiscriminatoria específica.

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 de la Nación y una tutela constitucional laboral específica.

La doble protección constitucional se funda en una razón ontológica:

"14.Sin embargo, las vacilaciones se disipan al advertir que no se trata aquí de dilucidar un mero concepto de derecho civil y laboral, sino de dar pautas para la definición de aspectos decisivos de la noción de trabajo, que es un concepto jurídico constitucional que debe ser siempre forjado a la luz de la prescripción del art. 14 bis de la Carta Magna que le garantiza "en sus diversas formas" la protección de las leyes".

En este sentido, la Corte Suprema ha determinado que la inteligencia de normas laborales de índole procesal habilita la instancia extraordinaria para determinar cuál de las divergentes interpretaciones en juego resulta de mayor consonancia con el art. 14 bis de la Constitución Nacional (Fallos 307-146, Luna, Juan S. c/Ferrocarriles Argentinos, 5/3/85)".

"15.La relevancia principalísima de la noción constitucional de trabajo se vincula no sólo al art. 14 bis de la Carta Magna, sino con el afianzamiento de la justicia, meta del orden constitucional, según el Preámbulo, que, de conformidad a la doctrina ética mayoritariamente recibida y que emana de las fuentes bíblicas y evangélicas, requiere reconocer en el trabajo una dimensión fundante, intersubjetiva y trascendente de la persona humana, debiendo basarse en él la estructura del ordenamiento jurídico, y no en el simple vínculo aislado del sujeto individual con los objetos materiales de su entorno, que han de subordinarse y servir al evento laboral e integrarse en su marco." (cfr. C.Fed. La Plata, disidencia del Dr. Leopoldo Schiffrin, 24/4/91, "Leira, Manuel P. L. c/Y.P.F.", J.A., n° 5721, p. 21 y sgtes.).

El art. 75, inc.19 de la Constitución Nacional dispone en lo pertinente:

"Corresponde al Congreso:."

".Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social.".

La mención expresa de la justicia social en el texto constitucional sólo constituye una novedad lingüística, porque este principio ya estaba reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los siguientes términos:

".Se trata de la justicia en su más alta expresión.", cuyo contenido ".consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización; es la justicia por medio de la cual se consigue o se tiende a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad" (cfr. C.S.J.N., 13/99/74, "Bercaitz, Miguel Angel", Fallos 289:430).

Además, nuestro más Alto Tribunal había señalado con anterioridad que la justicia social es elemento integrante de la Constitución desde sus orígenes: "el objetivo preeminente de la Constitución, según

expresa su Preámbulo, es lograr el bienestar general, lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social" (cfr. Fallos: 278:313).

Asimismo, según la Corte Suprema, "las desigualdades no pueden resolverse sino tendiendo a alcanzar mayores niveles de bienestar" (Fallos:293:551 y 556), conjugándose con los valores de "cooperación" y "solidaridad" (C.S.J.N., 3/5/84, "Gutiérrez c/Y.P.F.").

"El trabajo humano tiene características propias que imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el mero mercado económico y que se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia, también normativamente comprendidos en la Constitución Nacional", lo que "sustenta la obligación de los que utilizan los servicios, en los términos de las leyes respectivas, a la preservación de quienes los prestan" (Fallos: 258:315 y 321; 304:415; 306:337).

Al decir de Masnatta, la recepción expresa de la justicia social "como norte de las decisiones económicas", habilita la "función transformadora" de la Constitución. A partir de la etapa "post-constitucional" le compete al Congreso Nacional la adopción de cláusulas y principios que permitan el desarrollo productivo con justicia social. Constituye, asegura, una "plataforma de lanzamiento" para nuestros legisladores y nuestros jueces (cfr. Masnatta, Héctor, "Interpretación de la Constitución", L.L., diario del 3/10/94).

Según el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, el Congreso, entre otras medidas, deberá:

".Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.".

Las medidas de acción positiva en general tienen por finalidad garantizar la igualdad real de trato, desbrozando los impedimentos que condicionan y limitan la igualdad en los hechos.

Entre los destinatarios de las normas que, como medidas de discriminación positiva debe promover el legislador, obviamente se incluyen los trabajadores.

El carácter compensatorio del Derecho del Trabajo, exigido -entre otras normas- por el art. 75, inc. 23, C.N.resulta claramente definido en una sentencia del Tribunal Constitucional de España, en términos que resultan aplicables a nuestro ordenamiento jurídico.

".La disparidad normativa se asienta sobre una desigualdad originaria entre trabajador y empresario que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro, y que posee una tradición que es innecesario concretar, en todo el amplio conjunto de consecuencias derivadas de dicha relación.De todo ello deriva el específico carácter del Derecho Laboral, en virtud del cual, mediante la transformación de reglas indeterminadas que aparecen indudablemente ligadas a los principios de libertad e igualdad de las partes sobre los que se basa el derecho de contratos, se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales.Estas ideas encuentran expresa consagración en el artículo 9.2 de la Constitución española cuando impone a los poderes públicos la obligación de `promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas´, pues con esta disposición se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición del artículo 1, que constituye a España como un Estado democrático y social de Derecho, por lo que, en definitiva, se ajusta a la Constitución la finalidad

tuitiva o compensadora del Derecho Laboral en garantía de la promoción de una igualdad real, ya que el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador." (STC 3/1983 de 25/1, cit. por Alarcón Caracuel, Manuel Ramón, "Estado Social y Derecho del Trabajo", en "Constitución y Derecho del Trabajo:1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)", coordinado por Alarcón Caracuel, Manuel Ramón, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1992, p. 23).

La exclusión del trabajador de la tutela consagrada en forma general por la ley 23.592 implicaría una violación del plexo normativo y principista descripto precedentemente, llegando a la paradoja de que una norma pensada para prevenir y sancionar actos discriminatorios sería aplicable con un sentido arbitrariamente discriminatorio contra un grupo numeroso de personas -los trabajadores asalariados- que gozan de una tutela jurídica más intensa (ver en el mismo sentido: mi voto en la sent. def. n° 68.536 del 14/06/2006 en el caso "Parra Vera, Máxima c/San Timoteo S.A. del registro de esta Sala).

Cabe agregar, en apoyo de la solución propuesta, las siguientes argumentaciones.

Según jurisprudencia reiterada de nuestro más Alto Tribunal, la ley 23.592 es de naturaleza federal y reglamenta directamente un principio constitucional de tal magnitud que excede el concreto interés de la parte e involucra y afecta a toda la comunidad -art. 16 y concs., Ley Fundamental y pactos internacionales incorporados a ella- (Fallos 322:3578, 324:392 y sent. del 11/07/2006, "Triaca, Alberto Jorge c/Southern Winds Líneas Aéreas S.A.", pub. en E.D. del 25/10/2006, p. 6).

Si el despido discriminatorio como una especie de los actos discriminatorios afecta el interés de la comunidad, no resulta consistente limitar la protección al pago de una indemnización tarifada o integral, porque la cuestión no se agota con la satisfacción patrimonial del trabajador directamente afectado.

De igual modo, visto el problema desde la perspectiva de la libertad sindical vulnerada, la nulidad del despido discriminatorio por motivos antisindicales es la única solución que repara totalmente el daño causado, porque el perjuicio no sólo es sufrido por el trabajador despedido sino por el universo de trabajadores representados por aquél en ejercicio de la libertad sindical. La alternativa indemnizatoria podría solucionar el problema económico del trabajador directamente afectado, pero no repararía eficazmente la violación a la libertad sindical como derecho humano fundamental.

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en un caso incoado por 270 trabajadores despedidos por motivos antisindicales:

"...Este Tribunal ha reiterado en su jurisprudencia constante que es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente..."

"...La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere de la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior y en la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados..."

"...Como consecuencia de las violaciones señaladas de los derechos consagrados en la Convención, la Corte debe disponer que se garantice a los lesionados en el goce de sus derechos o libertades conculcados...Este Tribunal considera que el Estado está obligado a restablecer en sus cargos a las víctimas que se encuentran con vida y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos..." (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de

2001).

La jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana en el mencionado precedente debe ser lealmente acatada por los tribunales argentinos, lo que corrobora la conclusión de que resulta fundada la pretensión de nulidad y reinstalación articulada por el actor.

Los argumentos expuestos precedentemente implican que la nulidad incoada por el actor procedería por la operatividad de las normas de jerarquía constitucional y supralegal mencionadas, aun cuando no existiera una norma como la ley 23.592. La solución propuesta no implica expedirme acerca de si la única opción del trabajador víctima de un despido discriminatorio por motivos antisindicales es la de plantear la nulidad de la decisión rescisoria y la readmisión en el puesto de trabajo.

Por las razones expuestas, coincido con el Dr. Simon en que corresponde confirmar la sentencia de grado, en cuanto declara la nulidad del despido del actor y condena a la demandada a reinstalarlo.

VII. En cambio, discrepo respetuosamente, de la propuesta formulada por mi distinguido colega preopinante respecto a los salarios caídos. En virtud de la solución que propondré, estimo metodológicamente pertinente tratar en conjunto el agravio articulado por la demandada al respecto (ver fs. 743/vta., ap. IV.5) y los agravios correspondientes del actor (ver fs. 718 vta./20).

La parte pertinente de la sentencia de grado reza:

"...he de declarar la nulidad de la decisión rescisoria y disponer la readmisión en el empleo de Maximiliano Arecco. Asimismo he de condenar a Praxair Argentina S.A. a resarcir los daños y perjuicios pertinentes (conforme art. 18, 953, 1044, 1066 y 1083 y ctes. C. Civil y art. 1º ley 23.592)..."

"...A tal fin, he de fijar la reparación del daño sufrido por Arecco en una suma equivalente a las remuneraciones devengadas desde la fecha del aparente despido hasta la efectiva reincorporación, la que deberá ser calculada por el perito contador en la etapa de ejecución (cfr. art. 165 CPCC y art. 1ro. ley 23.592), tomando como base la remuneración informada por el contador a fs. 464 (\$ 1.334), que no fue objeto de reproche por las partes. Repárese, por otro lado, que los efectos de la sentencia de nulidad se retrotraen a la fecha del despido -art. 1050 del Código Civil-, lo que importa la ininterrumpida continuación del vínculo contractual, y por ende el derecho a percibir dichos salarios, el que se adquiere por la mera puesta a disposición de la fuerza de trabajo según art. 103 LCT, extremo que encuentro cumplido en la especie con los reclamos telegráficos, administrativos y judiciales efectuados por el actor desde el 15 de abril de 2005..." (ver fs. 713/4).

Aunque en un tramo del escrito de inicio el actor manifiesta: "...vengo por la presente a iniciar Juicio sumarísimo por reinstalación por acto discriminatorio, práctica antisindical y medida cautelar, solicitando aplicación de astreintes para el caso de incumplimiento..." (ver fs. 42), considero que la pretensión de pago de salarios caídos fue debida y oportunamente articulada.

Si bien en el escrito de demanda debe requerirse la cosa demandada con total exactitud, el proceso no requiere fórmulas sacramentales en los medios de expresión y las exigencias de la ley no tienen otra finalidad que la de asegurar la defensa de los derechos y mantener la igualdad de las partes (conf. C.N.Com., Sala A, 30/9/96, L.L. 1997-F-420, Santiago C. Fassi - Alberto L. Maurino, "Código Procesal Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado", Editorial Astrea, Buenos Aires, 3ª edición actualizada y ampliada, 2002, Tomo 3, p. 111/2).

Desde esta perspectiva, cabe analizar integralmente el escrito de inicio y unas fojas más adelante el actor manifiesta claramente:

"...por todo ello corresponde decretar la nulidad del despido y la inmediata reinstalación en mi puesto laboral, con el pago de todos los salarios correspondientes a mi contrato de trabajo por tiempo indeterminado, fijándose astreintes por la demora en la reinstalación efectiva (deber de ocupación) (el subrayado no es del original) (ver fs. 53).

El tramo transcrito revela que el actor reclamó oportunamente el pago de los salarios devengados a partir del despido.

La propia demandada admite la viabilidad del planteo precitado cuando en el responde niega: "...que corresponda la declaración de nulidad del acto rescisorio, como así también la reinstalación del demandante, y el pago de los salarios caídos..." (ver fs. 86, párr. 4º), y cuando en el escrito de contestación del traslado de la expresión de agravios del actor manifiesta: "...Considero que de haber existido un daño, y de confirmarse la nulidad del despido decidido por mi representado, estimo que la condena dispuesta por la "a quo", sería ajustada a derecho, en tanto, de no haber existido el despido, el actor hubiera seguido trabajando y por lo tanto lo único que hubiera percibido es su salario..." (ver fs. 750, párr. 5º).

En este marco, cabe concluir que el actor reclamó oportuna y debidamente el pago de los salarios devengados a partir del despido, y que los tramos pertinentes de la sentencia de grado transcritos precedentemente, más allá de cierta imprecisión técnica, revelan que la Dra. Pinto acogió la condena al pago de esas remuneraciones, ajustando su decisión a las directivas de los arts. 34, inc. 4º y 163, inc. 6º, C.P.C.C.N.).

Si alguna duda cupiera al respecto, la expresa remisión a los arts. 1050, C. Civ. y 103, L.C.T. (t.o.) corroboran la conclusión propuesta.

Los efectos de la sentencia de nulidad se retrotraen a la fecha del despido, lo que importa la ininterrumpida continuación del vínculo contractual (art. 1.050, C. Civ.); de allí que los salarios -reitero: oportunamente reclamados- deben abonarse desde ese momento como consecuencia de la vigencia del contrato, en tanto el derecho a la remuneración se adquiere por la mera circunstancia de que el actor puso su fuerza de trabajo a disposición de la demandada (conf. art. 103, L.C.T. -t.o.-), tratándose de una acción de cumplimiento fundada en el art. 505, inc. 1º, C. Civ.

Propongo, por ende, rechazar los agravios pertinentes articulados por ambas partes y confirmar la sentencia de grado con los alcances indicados.

En especial, corresponde desestimar el recurso interpuesto por el actor a fs. 718 vta./20, pues la pretensión de pago de indemnización de daños y perjuicios no fue oportunamente articulada en la litis y el tribunal de alzada no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia (conf. art.277, C.P.C.C.N.).

En cuanto a las costas de la previa instancia, motivo de apelación de la parte demandada (ver fs. 744 y vta.) no encuentro mérito para apartarme del principio general que impone las costas al vencido (art. 68 CPCCN)

En lo que respecta a los honorarios regulados en la instancia previa, materia de apelación del perito contador (ver fs. 725) y de la demandada (ver fs. 744), entiendo que los mismos son adecuados a la importancia y a la extensión de las tareas realizadas por la representación letrada de la parte actora y por el experto contador, así como a las normas arancelarias vigentes (arts. 38 L.O. y 1, 6, 7, 9, 19, 37 y 39 ley 21.839 y decreto-ley 16.638/57).

Las costas de esta instancia, dado el resultado sustancial de los recursos se declaran a cargo de la parte demandada (art. 68 CPCCN). Sugiero regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de cada una de las partes, por las tareas realizadas en la alzada, en 25% de la suma que, en definitiva, les corresponda percibir por los trabajos efectuados en la anterior instancia (art. 14 ley 21.839).

Finalmente, teniendo en cuenta lo manifestado por el Dr. Julio Cesar Simon en la parte final de su voto sugiero expedir las copias certificadas requeridas por el distinguido colega.

Acto seguido, LOS DOCTORES MARIA CRISTINA GARCIA MARGALEJO, JULIO CESAR SIMON Y OSCAR ZAS expusieron: Los votos de los doctores Julio Cesar Simon y Oscar Zas son concordantes y han conformado mayoría respecto de ratificar la decisión anterior en cuanto declara la nulidad del despido del actor y, consecuentemente, admite el derecho de Maximiliano Arecco a la readmisión en su empleo, por entender que el despido de aquel fue un acto discriminatorio antisindical. Sin embargo, la disidencia entre ambos votos se plantea en relación con la condena establecida en la previa instancia en lo que respecta a los "salarios caídos", así como la imposición de costas de esta instancia y los honorarios a regular. Es por ello que, a los efectos de lograr la mayoría de opiniones sobre la totalidad de las cuestiones debatidas ante esta alzada resolvemos que la Dra. María Cristina García Margalejo emita su opinión sobre las discrepancias antes aludidas y así formar el pronunciamiento que corresponde.

LA DOCTORA MARIA C. GARCIA MARGALEJO dijo:

Sin perjuicio de mi criterio personal expuesto más arriba en cuanto a la ausencia de prueba efectiva en los actuados de presupuestos de hecho esenciales para el progreso de la acción, se presenta en este acuerdo a esta altura, la particularidad de que mis colegas -en forma diversa a mi postura- están contestes en cuestiones fundamentales involucradas en esta litis, a saber: la acreditación de la existencia de un acto discriminatorio (ver voto del Dr. Simon acápite "NORMATIVA ESPECÍFICA QUE TUTELA AL TRABAJADOR OBJETO DE UNA DISCRIMINACIÓN POR CAUSAS DE ACTIVIDAD SINDICAL"; y voto del Dr. Zas puntos I, II, III, IV y V) y que, como consecuencia de ello, el despido del Sr. Maximiliano Arecco es nulo (igual parte del voto del Dr. Simon, en especial cuando hace referencia al art. 1.004 C. Civil y en tanto sólo propone la revocatoria del fallo de 1ª instancia en lo que respecta a los "salarios caídos" y accesorias de costas y honorarios; y voto del Dr. Zas puntos I, V y VI).

Por tanto, más allá de mi opinión personal no sólo en cuanto a esta causa en concreto sino en general en lo referido a los requisitos que deben configurarse en este tipo de acciones en las que se pretende nulificar el acto extintivo de la contratación laboral, lo cierto es que la mayoría de opiniones así conformada obliga a partir de tales conclusiones.

En lo que discrepan mis distinguidos colegas es en cuanto a la suma de condena que la jueza fijó en el "equivalente a las remuneraciones devengadas desde la fecha del aparente despido hasta la efectiva reincorporación" (ver fs.713) -cuestión sobre la que obviamente, resultaba insustancial que me expidiera en mi voto dado el sentido de éste sobre el tema principal-; mientras que el Dr. Simon halla razón a la parte accionada "en relación con la condena de salarios caídos" según expresa en su moción en tanto el reclamante no ha peticionado al respecto con los requisitos que exige la norma adjetiva, el Dr. Zas en el punto VII de su voto estima que el Sr. Arecco reclamó oportuna y debidamente el pago de los salarios devengados a partir del despido y que los tramos pertinentes de la sentencia de grado más allá de cierta imprecisión técnica revelan que la magistrada acogió la condena al pago de esas remuneraciones.

Me hallo pues en la coyuntura -especialísima por cierto- de decidir tal controversia. La singularidad del caso (no me refiero específicamente a lo acaecido entre el Sr. Arecco y la empresa Praxair, sino a la

-reitero- singular situación que provoca la existencia de las tres posturas que emergen de los votos precedentes, pero a lo que se agrega que en parte dos de ellos sí coinciden y forman mayoría sustancial sobre algunas de las cuestiones fundamentales a decidir, en tanto se discrepa sobre otras) que lleva a que sea precisamente la suscripta -ver mi voto al inicio de la presente- la que deba dirimir la discrepancia de los otros colegas, me conduce a concluir que en el "sub lite" -sin que ello implique emitir juicios de valor generales como dije sobre las cuestiones involucradas, y porque es función de los jueces dar una solución a los conflictos que se plantean (arg. arts.34 y 36 C.P.C.C.N.)- y sobre el tema específico de disidencia antedicho, el mejor camino es el de elegir entre las dos posturas propuestas.

Y a tal efecto en el caso concreto -y repitiendo que hay mayoría sobre la procedencia en sí de la reinstalación en el cargo como consecuencia del acto discriminatorio que se juzgó acreditado- el análisis de la demanda lleva a la conclusión de que la solución que más se adapta al principio de congruencia (arts. 34 inciso 4º y 163 inciso 6º C.P.C.C.N.) es la del Dr. Zas, que recepta la petición de fs. 42. En efecto, de fs. 53 párrafos segundo y tercero, surge que la petición inicial es: "la inmediata reinstalación en mi puesto de trabajo", y asimismo que según petición de parte actora corresponde decretar la nulidad del despido y la inmediata reinstalación en el puesto laboral, "...con el pago todos los salarios correspondientes a mi contrato de trabajo por tiempo indeterminado..." (el destacado corresponde al original). No hallo solicitada concretamente o en forma subsidiaria una indemnización. De la expresión de agravios (parte demandada) se desprende que la empresa señala que el actor no ha solicitado una indemnización por daños y perjuicios y que en ese aspecto el pronunciamiento apelado implicaría un exceso al marco de la litis planteada "...y con ello el principio de congruencia y la garantía de defensa en juicio de mi mandante" (fs. 743), lo cual comparto a partir de la lectura del escrito inicial.

En esas condiciones, por todo lo antes indicado y dada la importancia que reviste el principio procesal antes mencionado, como dije, habré de adherir a la postura del Dr. Oscar Zas tanto en la medida en que considera adecuadamente demandados los salarios en cuestión como en lo referente a los agravios de la parte actora.

Ello no implica de modo alguno admitir que la única vía reparatoria en estos casos sea la nulidad del despido, pero es función de los jueces (fundamental) resolver las causas que llegan a su conocimiento (arts. ya citados del código procesal) por lo que debiendo darse finiquito al diferendo así me expido.

En las cuestiones accesorias de costas y honorarios por análogos fundamentos a los que lucen en el tercer voto (Dr. Oscar Zas), a ello me sumo. No tengo objeción alguna a la petición del Dr. Simon sobre expedición de copias.

En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el TRIBUNAL POR MAYORIA RESUELVE: 1º) Confirmar la sentencia apelada en todo lo que fue materia de recursos y agravios. 2º) Imponer las costas de esta instancia a cargo de la parte demandada. 3º) Regular los honorarios de alzada como se sugiere en el punto pertinente del segundo voto de este acuerdo. 4º) Expedir las fotocopias certificadas de acuerdo a lo solicitado en el voto del Dr. Julio Cesar Simon. 5º) Se hace saber al obligado al pago del honorario de abogados y procuradores que, en caso de corresponder, deberá adicionar al monto de la regulación el de la contribución prevista en el inc. 2) del art. 62 de la ley 1.181 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se hace saber también que el obligado a afrontar las costas del juicio, en caso de corresponder, deberá adicionar en ocasión de abonar la tasa de justicia, la contribución prevista en el inciso 3 del citado artículo 62, todo bajo apercibimiento de comunicar la situación a CASSABA (art. 80 ley 1.181 cit. y punto II Acordada C.S.J.N. n° 6/05). Reg., not. y dev. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mí, que doy fe.

María C. García Margalejo Julio César Simon

Juez de Cámara Juez de Cámara

Oscar Zas

Juez de Cámara