



**BOLETÍN TEMÁTICO DE JURISPRUDENCIA AÑO 2019 – Nº 1**  
**“DESPIDO DISCRIMINATORIO”**

Editorial:

Estimados asociados: tenemos el gusto de presentar el primer número del Boletín Temático de Jurisprudencia del año 2019 realizado por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Filial Rosario, mediante el cual se persigue la finalidad primordial de promover el estudio y desarrollo del derecho del trabajo, poniendo especial énfasis en la realidad de nuestro fuero local.

La temática abordada se encuentra constituida por recientes fallos tanto de la Corte nacional, provincial como de las Salas de la Cámara de Trabajo de nuestra ciudad, así como por sentencias dictadas en primera instancia en las que se dirimió si la extinción del vínculo laboral que se ventilaba en cada caso, fue discriminatorio o no.

Asimismo, se adjunta un comentario a uno de los fallos de la Corte provincial, que forma parte del presente boletín, realizado por el abogado laboralista Dr. Aníbal Cuadrado a quien agradecemos su desinteresada colaboración.

Aprovechamos para invitarlos a las actividades que realiza la Asociación a fin de mantenernos actualizados de las novedades del fuero así como a que visiten nuestra página web <https://aadtssrosario.com.ar>.

Ha participado de la realización del presente boletín la Comisión de Jóvenes Abogados de la Filial Rosario.

Por cualquier inquietud, sugerencia o comentario los asociados podrán comunicarse con el director de la publicación Ramiro R. Ruiz Fernández, o sus Coordinadores Mariana Otarola y María Marta Mascaro, a nuestro correo electrónico [aadtssrosario@gmail.com](mailto:aadtssrosario@gmail.com) o nuestro facebook Aadyss Filial Rosario.

## ÍNDICE:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL. DESPIDO DISCRIMINATORIO. DESPIDO EN RESPUESTO A RECLAMO DEL TRABAJADOR. DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJO. CSJN, Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa **“FARRELL, RICARDO DOMINGO C/ LIBERTAD S.A. S/ DESPIDO”**, 06.02.2018.....pág.3

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL. CRITERIO RECTOR. DERECHO LABORAL. DESPIDO. DISCRIMINACION. REINSTALACION DEL TRABAJADOR. DERECHO A CONTRATAR Y EJERCER INDUSTRIA LICITA, CSJSF en la causa **“VERA, GUSTAVO MARTIN c/ MAXICONSUMO S.A. -PEDIDO DE NULIDAD DE DESPIDO- s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD”**, 30.06.2015.....pág. 5

AMPARO - DISCRIMINACIÓN – AGENTE POLICIAL - MUJER EMBARAZADA. Juzgado de 1ra Inst. Laboral N° 1, Rosario; **“DE LUCA, JORGELINA SOLEDAD c/ PROV. SANTA FE s/ AMPARO”**, 02.11.2017.....pág. 12

AMPARO - DISCRIMINACIÓN – AGENTE POLICIAL - MUJER EMBARAZADA , Cámara de Apelación en lo Laboral de Rosario, Sala 1, **“ DE LUCA, JORGELINA SOLEDAD c/ PROV. SANTA FE s/ AMPARO”**, 02.11.2018,.....pág.19

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. PROCEDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL. JURISPRUDENCIA. DESPIDO. DISCRIMINACION.INDEMNIZACION LABORAL. EMPLEADO. REINCORPORACION. DERECHO A CONTRATAR. DERECHO DE LIBERTAD DE CONTRATACION. DERECHOS CONSTITUCIONALES. INTERPRETACION. EMPLEADOR. FACULTAD DE ORGANIZACION Y DIRECCION. DESPIDO DISCRIMINATORIO. REINSTALACION DEL TRABAJADOR. DERECHO A CONTRATAR Y EJERCER INDUSTRIA LICITA CSJSF, **“ESTRADA, PEDRO Y OTROS c/ SANCOR CUL -NULIDAD DESPIDOS- s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD”**, 03/12/2018,.....pag. 23

**“LA CORTE SUPREMA DE SANTA FE RATIFICA LA COMPATIBILIDAD DE LA ORDEN DE REINSTALACIÓN POR NULIDAD DE DESPIDO DISCRIMINATORIO CON EL SISTEMA DE ESTABILIDAD RELATIVA Y EL DERECHO EMPRESARIAL DE CONTRATAR Y EJERCER LA INDUSTRIA LICITA”**. Comentario al fallo de la CSJSF **“ESTRADA, PEDRO Y OTROS C/ SANCOR CUL -NULID. DESP. (EXPT.146/15 CUIJ 21-05104916-8) SOBRE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD”**, por el Dr. Aníbal Cuadrado.....pag.31

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL. DESPIDO DISCRIMINATORIO. DESPIDO EN RESPUESTO A RECLAMO DEL TRABAJADOR. DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJO

Carátula: Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa "**FARRELL, RICARDO DOMINGO C/ LIBERTAD S.A. S/ DESPIDO**".

Fecha: 06.02.2018

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Sumarios

En el marco de un reclamo por "despido discriminatorio" donde se pretende la reinstalación en el puesto de trabajo o, en su defecto, el pago de las indemnizaciones previstas para el caso de despido sin causa más una indemnización adicional por daño moral (con fundamento en la Ley 23592) no tiene andamiaje el argumento de que "no se encontraba justificada la conclusión de que el distracto fue un castigo por reclamar recomposición salarial" pues "la supuesta conducta reprobada no surge del acto mismo del despido ni puede colegirse del contexto fáctico que rodeó la desvinculación" tal como lo decidió el Tribunal Superior de Córdoba.

La discriminación laboral debe ser demostrada mediante otras pruebas por lo que no puede afirmarse, sin efectuar al menos una ponderación de éstas o dar fundamentos válidos para descartarlos, que la conducta discriminatoria reprochada a la empleadora no surgía del "contexto fáctico que rodeó la desvinculación", máxime cuando la patronal había invocado supuestas razones para disponer el despido del actor con justa causa por pérdida de confianza que no resultaron probadas.

La CSJN expresó que la discriminación, por lo común, se caracteriza por constituir una conducta solapada, oculta o encubierta, que no es reconocida por quien la ejecuta y, por lo tanto, es harto improbable que surja de los términos de una notificación rescisoria

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa Farrell, Ricardo Domingo c/ Libertad S.A. s/ despido", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, al admitir el recurso de casación de la demandada, revocó parcialmente la sentencia de la Cámara del Trabajo que había hecho lugar, además de las indemnizaciones por despido previstas en la Ley de Contrato de Trabajo, a una reparación por "daño moral" reclamada por el actor. Este último había promovido demanda por "despido discriminatorio" pretendiendo, bien la reinstalación en su puesto de trabajo o, en su defecto, el pago de las indemnizaciones previstas para el caso de despido sin causa más una indemnización adicional por daño moral. Fundó este último aspecto de su reclamo, entre otras disposiciones, en la Ley 23592 (antidiscriminación) y en el hecho de considerar que su cesantía obedeció a haber sido uno de los impulsores de una petición escrita presentada a las autoridades de la empleadora en la cual solicitaba, junto a otros 54 empleados, que se evaluara la posibilidad de otorgar un aumento salarial al personal jerárquico fuera de convenio.

2º) Que para así resolver (fs. 369/372 de los autos principales, cuya foliatura será la que se cite en lo sucesivo) el a quo señaló, en concreto, que "no se encontraba justificada la conclusión de que el distracto fue un castigo por reclamar recomposición salarial" pues "la supuesta conducta reprobada no surge del acto mismo del despido ni puede colegirse del contexto fáctico que rodeó la desvinculación".

3°) Que contra ese pronunciamiento, el actor dedujo el recurso extraordinario federal por arbitrariedad de sentencia (fs. 375/393) cuya denegación motivó la queja en examen.

4°) Que la crítica ensayada por el apelante suscita cuestión federal suficiente que habilita el tratamiento de los agravios por la vía del art. 14 de la Ley 48 toda vez que la decisión no ha efectuado un adecuado examen de las cuestiones planteadas de conformidad con la prueba producida en la causa.

5°) Que en efecto, en su extenso pronunciamiento (fs. 271/295), la Cámara del Trabajo tuvo por demostrado, con base en la prueba testifical y en la documental, que "el despido dispuesto por la accionada fue la reacción al reclamo salarial materializado en la nota suscrita por Farrell en fecha dos de mayo de dos mil seis", conclusión que sustentó en que i) "nunca se había despedido a nadie por esa causa", ii) "el despido ocurre [...] en el mismo mes de la nota del reclamo salarial", iii) petición que "generó malestar en los altos mandos de la compañía", iv) "los despidos de los gerentes, entre ellos el actor Farrell, fueron comunicados por email a todas las sucursales de la firma, lo que era totalmente inusual", v) "de los cuatro empleados que hicieron denuncia ante la Secretaría de Trabajo", el actor y otro gerente fueron despedidos, "y los otros dos, [que] no siguieron el trámite de denuncia, pues no comparecieron a la audiencia de conciliación que habían solicitado, permanecieron en la empresa y no fueron despedidos" y vi) "ocurridos los despidos, se frenó todo el reclamo porque había mucho miedo, nadie más se animó a tocar el tema".

6°) Que, en ese marco, el a quo no pudo afirmar, sin efectuar al menos una ponderación de esas pruebas y elementos o dar fundamentos válidos para descartarlos, que la conducta discriminatoria reprochada a la demandada no surgía del "contexto fáctico que rodeó la desvinculación", máxime cuando la empleadora había invocado supuestas razones para disponer el despido del actor con justa causa por pérdida de confianza que no resultaron probadas.

El mero señalamiento de que "la supuesta conducta reprobada no surge del acto mismo del despido", resulta inconsistente para dar sustento a la decisión pues la discriminación, por lo común, se caracteriza por constituir una conducta solapada, oculta o encubierta, que no es reconocida por quien la ejecuta y, por lo tanto, es harto improbable que surja de los términos de una notificación rescisoria. De ahí que necesariamente deba ser demostrada mediante otras pruebas. Frente a ello, carece de fundamento la conclusión del a quo que descartó, sin más, los diversos elementos que la cámara había valorado en detalle para basarse en el texto formal de la comunicación del cese.

7°) Que, en función de lo expuesto, cabe concluir que lo resuelto guarda nexo directo e inmediato con las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas (art. 15 de la Ley 48), por lo que corresponde su descalificación como acto jurisdiccional en los términos de la conocida doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad, sin que ello importe emitir juicio sobre la solución que en definitiva quepa otorgar al litigio.

Por ello, se declara procedente la queja y el recurso extraordinario interpuestos y se deja sin efecto la sentencia apelada, con el alcance indicado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO - HORACIO ROSATTI - JUAN CARLOS MAQUEDA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL. CRITERIO RECTOR. DERECHO LABORAL. DESPIDO. DISCRIMINACION. REINSTALACION DEL TRABAJADOR. DERECHO A CONTRATAR Y EJERCER INDUSTRIA LICITA

Carátula: VERA, GUSTAVO MARTIN c/ MAXICONSUMO S.A. -PEDIDO DE NULIDAD DE DESPIDO- s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Fecha: 30/06/2015

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de Santa Fe

### Sumarios

La decisión de considerar con apoyo en normas legales y constitucionales y jurisprudencia de la Corte nacional que correspondía la nulificación del despido discriminatorio y la reinstalación del trabajador en su puesto de trabajo, no puede ser tachado de arbitrario en tanto se enrola en el criterio doctrinario jurisprudencial que fue receptado por la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de la causa "Alvarez, Maximiliano c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo" del 7 de diciembre de 2010 (del voto del Dr. Spuler -en mayoría-).

El Máximo Tribunal nacional -por voto mayoritario-, afirmó in re "Alvarez", que resulta aplicable al ámbito del derecho individual del trabajo la ley 23592 y que no existe incompatibilidad alguna entre la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita, descartando que ello conlleve una supresión de las facultades discrecionales del empleador, de organización y dirección de la empresa e integración del personal, señalando que son los poderes del empleador los que habrán de adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución nacional y la Convención Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad (del voto del Dr. Spuler -en mayoría-).

En relación al derecho a contratar y ejercer toda industria lícita no se pone en consideración un régimen general de estabilidad propia o absoluta como protección contra todo despido arbitrario, sino la reincorporación, para el litigio y en el litigio derivada del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación (del voto del Dr. Spuler -en mayoría-).

Al no haber sido debidamente cuestionada en un plano constitucional la afirmación en cuanto a que en el caso aconteció un despido susceptible de ser calificado como "discriminatorio", lo decidido en cuanto a las consecuencias que tal desvinculación provoca, por reputarlo un acto nulo, que impone volver las cosas al estado anterior a través de la reinstalación del trabajador a su puesto de trabajo con más los salarios debidos desde la comunicación rescisoria hasta el reingreso, no corresponde sea tachada de arbitraria desde que lo decidido guarda coherencia con la postura asumida por la mayoría de la Corte nacional en torno a esta temática (del voto del Dr. Spuler -en mayoría-).

La aplicación lisa y llana de un dispositivo legal general del derecho, como es la ley 23592, habilitando la reinstalación del trabajador, podría llegar a desnaturalizar y desequilibrar el sistema específico diseñado por el legislador para esta especial rama del derecho, tal como lo pone de manifiesto la minoría en "Alvarez" al afirmar que ha de procurarse la armonía de los derechos y deberes constitucionales y que -en ese contexto- no se puede obligar a un empleador contra su voluntad a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia (del voto del Dr. Spuler -en mayoría-).

La aplicación de la ley 23592 requiere que no se distorsione el equilibrio de derechos, al que responde cada sector del ordenamiento jurídico, tanto público como privado, por lo que las

consecuencias jurídicas de un acto discriminatorio han de ser definidas en consideración del contexto que ofrece la relación de trabajo privada y el principio de estabilidad impropia que gobierna el derecho laboral argentino, que contempla una reparación agravada para estos supuestos y no incluye la reinstalación forzosa del trabajador, salvo previsión expresa; pudiéndose recurrir a la analogía para reparar debidamente los perjuicios sufridos por el trabajador, como son los casos de despido discriminatorio por maternidad o matrimonio (del voto del Dr. Spuler -en mayoría-).

La solución propuesta por la minoría en "Alvarez" impediría el riesgo de que en los hechos se vea concretada una afectación ilimitada en el tiempo a la libertad de contratar del empleador y del principio de estabilidad relativa que impera en el derecho laboral, dado que el trabajador reinstalado, de querer ser despedido sin justa causa, contaría a su favor con una presunción de una nueva discriminación (del voto del Dr. Spuler -en mayoría-).

Siendo la ley 23592 una ley general y transversal a todas las ramas del derecho, la carencia de normas específicas es lo que va marcando conflictividad, en desmedro de la seguridad jurídica que debe reinar en la materia, lo que se superaría sin lugar a dudas con una ley especial prevista para el ámbito propio de las relaciones laborales (del voto del Dr. Spuler -en mayoría-).

Reg.: A y S t 263 p 492/499.

En la ciudad de Santa Fe, a los treinta días del mes de junio del año dos mil quince se reunieron en acuerdo los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, doctores María Angélica Gastaldi, Rafael Francisco Gutiérrez y Mario Luis Netri, con la Presidencia del señor Ministro decano doctor Eduardo Guillermo Spuler a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados "**VERA, GUSTAVO MARTÍN C/ MAXICONSUMO S.A. -PEDIDO DE NULIDAD DE DESPIDO- (EXPTE. 100/10) sobre RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD**" (Expte. C.S.J. CUIJ21-00508781-0). Se resolvió someter a decisión las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿es admisible el recurso interpuesto?; SEGUNDA: en su caso, ¿es procedente?; y TERCERA: en consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar?. Asimismo se emitieron los votos en el orden que realizaron el estudio de la causa, o sea, doctores Spuler, Gutiérrez, Netri y Gastaldi.

A la primera cuestión -¿es admisible el recurso interpuesto?- el señor Ministro decano doctor Spuler dijo:

Mediante resolución registrada en A. y S. T. 246, págs. 114/116 esta Corte admitió la queja interpuesta por denegación del recurso de inconstitucionalidad con fundamento en que, desde el análisis mínimo y provisorio que correspondía a ese estadio, la postulación de la impugnante ostentaba entidad constitucional suficiente y resultaba idónea para operar la apertura de la instancia de excepción.

En el nuevo examen de admisibilidad que impone el artículo 11 de la ley 7055, efectuado con los autos principales a la vista y teniendo especialmente en cuenta los derechos constitucionales involucrados en los planteos recursivos, he de propiciar la ratificación de dicha conclusión, de conformidad a lo dictaminado por el señor Procurador General (fs. Fs.441/445vto.)

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, los señores Ministros doctores Gutiérrez y Netri y la señora Ministra doctora Gastaldi expresaron idéntico fundamento al vertido por el señor Ministro decano doctor Spuler y votaron en igual sentido.

A la segunda cuestión -en su caso ¿es procedente?-, el señor Ministro decano doctor Spuler dijo:

1. Surge de las constancias de autos que el señor Gustavo Martín Vera inició demanda contra MAXICONSUMO S.A. tendente a que se declare la nulidad del despido dispuesto por ésta por entender que resultaba discriminatorio por motivos antisindicales y, en consecuencia, se proceda a reincorporarlo a su puesto de trabajo y a la reparación integral del daño moral y material ocasionado, conforme a lo establecido en el artículo 1 de la ley nro. 23592. Planteó subsidiariamente, para el supuesto e improbable caso de que el Juez estime inadecuado el reingreso del trabajador a la empresa accionada, demanda laboral por cobro de pesos conforme a los rubros que detalla y entrega del certificado de trabajo previsto en el artículo 80 de la L.C.T.

En fecha 18 de mayo de 2010 la Jueza de Distrito en lo Laboral de la 5ta. Nominación de esta ciudad, en oportunidad de dictar sentencia -y en lo que es de estricto interés al caso-, consideró con apoyo en doctrina que resultaba aplicable al sub judice el artículo 1ro. de la ley 23592, pero con efecto limitado en cuanto a sus consecuencias, atento al régimen especialmente seleccionado por el legislador en esta particular rama del derecho. Por ello, entendió que aunque estaba probada la conducta discriminatoria, no correspondía la reincorporación del trabajador discriminado, sino que - en el marco del empleo privado- debía resolverse por medio de la reparación del daño moral infringido al otrora trabajador. Aclaró que la indemnización por daño material se encontraba concernida en la tarifa (indemnización por antigüedad, art. 245 L.C.T.) que oportunamente percibiera el actor, con más las diferencias apuntadas en el pronunciamiento.

Impugnada la sentencia dictada en Baja Instancia, la Sala Primera de la Cámara de Apelaciones en lo Laboral de esta ciudad resolvió, en fecha 1 de diciembre de 2011, revocar el fallo impugnado, con excepción de lo relativo al certificado del artículo 80 LCT y a las diferencias salariales adeudadas, rubros éstos que mantiene. Dispuso en su lugar la reinstalación del actor en su puesto de trabajo e igualmente el pago de los salarios caídos en el período que va desde la comunicación rescisoria hasta el reintegro del trabajador, debiéndose deducir de este último crédito las sumas percibidas por éste con posterioridad a la aludida comunicación de despido, todo con los correspondientes intereses y costas a la demandada.

2. Contra dicho pronunciamiento deduce la accionada recurso de inconstitucionalidad manifestando que la sentencia atacada le causa un gravamen irreparable al imponerle la obligación de reincorporar un empleado, obligándola a celebrar un contrato de trabajo, violando los derechos constitucionales de propiedad, la libertad de contratar, de ejercer el comercio e industria lícita y la autonomía de la voluntad. Añade que los sentenciantes se expiden desconociendo las normas de fondo aplicables al caso, dejando incumplido el deber de motivación suficiente que exige el artículo 95 de la Constitución provincial.

Luego de referir a la libertad de contratar, comerciar y ejercer industria lícita concluye que el fallo cuestionado resulta irrazonable y excesivo, ya que ha invadido un ámbito de decisión exclusivamente privado.

Por otra parte, se agravia porque a su criterio la Sala crea un supuesto de estabilidad absoluta en el empleo privado. Explica que a éste le corresponde la tutela específicamente regulada en la Ley de Contrato de Trabajo para el despido sin causa y que esta estabilidad impropia impone que el empleador pueda resolver de manera unilateral el contrato de trabajo, haciéndose cargo de las indemnizaciones previstas en la ley. En el caso de autos -dice- el empleador ejerció regularmente un derecho subjetivo consistente en la resolución unilateral o denuncia del contrato laboral. Ello, a su entender, no puede considerarse que fue realizado de manera abrupta, abusiva ni mucho menos discriminatoria.

Sostiene que el fallo cuestionado, al imponer la reincorporación del trabajador despedido, se está arrogando el papel de legislador al crear un nuevo efecto no previsto en la ley para el despido sin causa. Destaca que la estabilidad absoluta no tiene razón de ser en el empleo privado, lo que fue

declarado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos "De Lucca" y "Alzaga" y "Figueroa".

Posteriormente, aduce que la Sala aplica una sanción de nulidad no prevista en la ley, violentando el artículo 19 de la Constitución nacional. Manifiesta que la Ley de Contrato de Trabajo no prevé la sanción de nulidad para el despido arbitrario, sino que la "sanción" es la responsabilidad del empleador de indemnizar los daños causados en la forma prefijada por la ley; y que cuando el legislador quiso fulminar con la sanción de nulidad, lo hizo de manera expresa. Agrega que de ninguna manera puede entenderse que la ley 23592 impone una sanción de nulidad al referirse a "dejar sin efecto el acto discriminatorio".

Señala que no estamos ante un acto prohibido por la ley, dado que la normativa laboral, al reglamentar la protección constitucional contra el despido arbitrario, termina de perfilar el sistema de estabilidad relativa: el acto de despido es válido, tiene efectos plenos y no está vedado por la ley. Reitera que la sanción prevista por la norma no es la nulidad, sino el pago de una indemnización tarifada, por lo tanto no resulta aplicable la sanción subsidiaria del artículo 18 del Código Civil. Aclara que la nulidad es una sanción legal que debe aplicarse con criterio restrictivo.

Afirma, en otro orden de ideas, que la calificación del despido como "discriminatorio" no puede surgir sino de una interpretación forzada de los hechos planteados y probados en autos. Expresa que la aplicación de la ley 23952 es injustificada y los hechos, a su criterio, no lo ameritan, dado que el empleado no revestía prerrogativas gremiales ni de otro estilo, por lo que la pretensión de ser reincorporado es inviable y no encuentra fundamento normativo alguno.

Insiste finalmente en que no existió acto discriminatorio y que el actor fue despedido sin causa en concordancia con el ordenamiento jurídico laboral.

3. La Sala mediante pronunciamiento de fecha 29 de mayo de 2012 resolvió denegar la concesión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto, accediendo la impugnante a esta instancia de excepción por vía del recurso directo previsto en la ley 7055.

4. a. Surge de las constancias de autos que en el presente caso nos encontramos frente a un despido que fue calificado como "discriminatorio" por los Jueces de ambas instancias en los términos de la ley 23592, pero asumiendo distintas posturas en cuanto a la manera en que debía ser reparado el trabajador.

La Sala, a diferencia de la Jueza a quo, entendió con apoyo en normas legales y constitucionales y jurisprudencia de la Corte nacional que correspondía la nulificación del despido discriminatorio y la reinstalación del trabajador en su puesto de trabajo.

Tal decisión es tachada de arbitraria por la compareciente por entender que resulta violatoria de sus derechos constitucionales vinculados a la libertad de contratar, comerciar y ejercer industria lícita, creando un supuesto de estabilidad absoluta incompatible con la normativa sobre la que se estructura el empleo privado.

Sin embargo, pese a la seriedad de tales planteos, forzoso es señalar que el pronunciamiento atacado no puede ser tachado de arbitrario en tanto se enrola en el criterio doctrinario jurisprudencial que fue receptado por la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de la causa "Alvarez, Maximiliano c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo" del 7 de diciembre de 2010.

Ello así, ya que, como es sabido, no obstante que la Corte "...sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos y sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos..." (Fallos: 25:364; 212:51 y 160), toda vez que "...por disposición de la Constitución nacional y de la correspondiente ley reglamentaria, la Corte Suprema tiene autoridad definitiva para la justicia de la República" (arts.116 C.N. y 14, ley 48; Fallos

212:51), lo que no importa imponer un puro y simple acatamiento de su jurisprudencia (doctrina de Fallos 212:51; 312:2007) sino reconocer su carácter de intérprete supremo de la Constitución nacional y leyes dictadas en su consecuencia (Fallos 311:1644 y 2004; A. y S. T. 215, pág. 449; T. 217, pág. 299, etc).

En efecto, el tema central traído a consideración en el recurso extraordinario se vincula con el despido discriminatorio, más específicamente: si la ley 23592 es aplicable al caso, es decir a una relación de trabajo privado, y si la reinstalación dispuesta con sustento, esencialmente, en el artículo 1 de dicho texto legal resulta lesiva de los derechos constitucionales que invoca la demandada basándose en los artículos 14, 14 bis, 16 y 19 de la Constitución nacional, como así también si resulta compatible con el cuerpo sistemático de regulación de la relación laboral -lo que ha generado por cierto un interesante y fuerte debate en doctrina y jurisprudencia con distintos puntos de vista (ver por todos "El despido discriminatorio..." Confalonieri, Juan, en Revista Argentina de Derecho Laboral y de la Seguridad Social y sus citas; y "Derechos fundamentales y relaciones laborales" Rodríguez Mancini, Jorge, Ed. Astrea).

Respecto a estas cuestiones, el Máximo Tribunal nacional -por voto mayoritario-, afirmó in re "Alvarez" citado, por un lado, que resulta aplicable al ámbito del derecho individual del trabajo la ley 23592 y, por otro, que no existe incompatibilidad alguna entre la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita.

En cuanto a esto último, puntualizó que no pone en consideración "un régimen general de estabilidad propia o absoluta como protección contra todo despido arbitrario, sino la reincorporación, para el litigio y en el litigio derivada del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación". Además la mayoría sostuvo que la reinstalación guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales en materia de derechos humanos, tendentes a la plena reparación de los daños irrogados, por ejemplo, por un despido. Entendió también que "el objetivo primario de las reparaciones en materia de derechos humanos, debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación, pues esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen expresamente lo que le fue sacado o quitado".

Por otra parte, descartó que la reinstalación del empleado conlleve una supresión de las facultades discrecionales del empleador, de organización y dirección de la empresa e integración del personal, señalando que son los poderes del empleador los que habrán de adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad.

Concluyó la mayoría que "si bien la Constitución nacional es individualista en el sentido de reconocer a la persona derechos anteriores al Estado, de que éste no puede privarlo, no lo es en el sentido de que la voluntad individual y la libre contratación no puedan ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias".

De la confrontación de tales argumentos, con lo resuelto por la Sala, cabe concluir que al no haber sido debidamente cuestionada en un plano constitucional la afirmación en cuanto a que en el caso aconteció un despido susceptible de ser calificado como "discriminatorio", lo decidido en cuanto a las consecuencias que tal desvinculación provoca, por reputarlo un acto nulo, que impone volver las cosas al estado anterior a través de la reinstalación del trabajador a su puesto de trabajo con más los salarios debidos desde la comunicación rescisoria hasta el reingreso, no corresponde sea tachado de arbitrario. Ello así, toda vez que la revisión que compete efectuar en el presente a través del remedio excepcional previsto en la ley 7055 no es la propia de una tercera instancia ordinaria, sino que se trata de un control excepcional tendente a verificar si la sentencia satisface adecuadamente el derecho a la jurisdicción que asiste al justiciable.

Y, se reitera, en tanto lo decidido guarda coherencia con la postura asumida por la mayoría de la Corte nacional en torno a ésta temática -y que fuera mantenido en posteriores precedentes ("Parra Vera" del 23.08.2011 y "Cejas" del 26.03.2013)- no cabe su descalificación desde una óptica constitucional.

4.b. Lo dicho hasta aquí es sin perjuicio de la razón que estimo, desde mi punto de vista, asistiría al voto minoritario de los Ministros del Máximo Tribunal nacional expuestos in re "Alvarez". Ello así, toda vez que la aplicación lisa y llana de un dispositivo legal general del derecho, como es la ley 23592, habilitando la reinstalación del trabajador, podría llegar a desnaturalizar y desequilibrar el sistema específico diseñado por el legislador para esta especial rama del derecho, tal como lo pone de manifiesto la minoría al afirmar que ha de procurarse la armonía de los derechos y deberes constitucionales y que -en ese contexto- no se puede obligar a un empleador contra su voluntad a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia.

Y si bien la minoría no descartó la aplicación de la ley 23592 a las relaciones laborales, recordó que en el ámbito de la relación de empleo privado rige la estabilidad llamada impropia o relativa, que admite la extinción de la relación laboral mediante el pago de una indemnización. De allí que entendió con acierto que tal aplicación requiere que no se distorsione el equilibrio de derechos, al que responde cada sector del ordenamiento jurídico, tanto público como privado, por lo que las consecuencias jurídicas de un acto discriminatorio han de ser definidas en consideración del contexto que ofrece la relación de trabajo privada y el principio de estabilidad impropia que gobierna el derecho laboral argentino, que contempla una reparación agravada para estos supuestos y no incluye la reinstalación forzosa del trabajador, salvo previsión expresa; pudiéndose recurrir a la analogía para reparar debidamente los perjuicios sufridos por el trabajador, como son los casos de despido discriminatorio por maternidad o matrimonio.

Asimismo es destacable la conclusión en cuanto a que la decisión minoritaria no resultaría incompatible con la interpretación de esta problemática en la esfera del derecho internacional, en tanto se expresó en dicho ámbito que la restitución o reinstalación es una de las modalidades de la reparación adecuada, pero ante la negativa del empleador de reinstalar al trabajador discriminado en su puesto de trabajo, debía reconocerse a éste el derecho a una compensación adicional que atienda esa legítima expectativa, como suma adicional.

Por otra parte, creo oportuno puntualizar que, a mi entender, la solución propuesta por la minoría impediría el riesgo de que en los hechos se vea concretada una afectación ilimitada en el tiempo a la libertad de contratar del empleador y del principio de estabilidad relativa que impera en el derecho laboral, dado que el trabajador reinstalado, de querer ser despedido sin justa causa, contaría a su favor con una presunción de una nueva discriminación.

Por último, cabe agregar que siendo la ley 23592 una ley general y transversal a todas las ramas del derecho, comparto la opinión de quienes sostienen que la carencia de normas específicas es lo que va marcando conflictividad, en desmedro de la seguridad jurídica que debe reinar en la materia, lo que se superaría sin lugar a dudas con una ley especial prevista para el ámbito propio de las relaciones laborales ("Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina", Grupo experto en relaciones laborales, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 254).

4.c. En suma, y más allá de la necesidad de expresar mi propia visión sobre el debate que genera la cuestión propuesta, siendo ésta -como ya se señalara- una instancia excepcional de control de adecuación de las sentencias al ordenamiento jurídico fundamental, por las razones expuestas en el punto 4.a. de mi voto, corresponde declarar improcedente el recurso intentado.

Voto, pues, por la negativa.

A la misma cuestión, los señores Ministros doctores Gutiérrez y Netri expresaron idénticos fundamentos a los expuestos por el señor Ministro decano doctor Spuler y votaron en igual sentido.

A la misma cuestión la señora Ministra doctora Gastaldi dijo:

Coincido con el relato de los antecedentes de la causa y con los fundamentos vertidos en el voto del doctor Spuler, con excepción de las consideraciones desarrolladas en el punto 4.b. y por consecuencia, la resolución que corresponde adoptar es la de declarar la improcedencia del recurso interpuesto.

Voto, pues, por la negativa.

A la tercera cuestión -¿qué resolución corresponde adoptar?-, el señor Ministro decano doctor Spuler dijo:

Conforme al resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores corresponde declarar improcedente el recurso interpuesto, con costas a la vencida (artículo 12, ley 7055).

Así voto.

A la misma cuestión, los señores Ministros doctores Gutiérrez y Netri y la señora Ministra doctora Gastaldi dijeron que la resolución que correspondía adoptar era la propuesta por el señor Ministro decano doctor Spuler y así votaron.

En mérito a los fundamentos del acuerdo que antecede, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia RESOLVIÓ: Declarar improcedente el recurso interpuesto, con costas a la vencida.

Registrarlo y hacerlo saber.

Con lo que concluyó el acto, firmando el señor Ministro decano y los señores Ministros por ante mí, doy fe.

FDO.: SPULER GASTALDI GUTIÉRREZ NETRI FERNÁNDEZ RIESTRA (SECRETARIA)

AMPARO - DISCRIMINACIÓN – AGENTE POLICIAL - MUJER EMBARAZADA.

Carátula: “DE LUCA, JORGELINA SOLEDAD c/ PROV. SANTA FE s/ AMPARO”

Fecha: 02.11.2017

Tribunal: Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Laboral Nro. 1 de Rosario

### Sumarios

En la disputa de autos se encuentran en tensión -conforme exponen las partes en los escritos iniciales- diversos derechos constitucionales con distinta jerarquía.

En efecto, se postula la vigencia y efectividad de los derechos constitucionales a trabajar (carrera policial), enseñar y aprender, igualdad ante la ley y propiedad, todos detallados por la amparista; y la idoneidad y aptitud para el cargo público, protección de la mujer embarazada y de la persona por nacer, todos enunciados por la provincia de Santa Fe.

Corresponde realizar un análisis tanto desde el punto de vista constitucional, como convencional, y desde esa óptica concluyo que corresponde dar preeminencia a la protección de la integridad psicofísica de la mujer embarazada y de la persona por nacer (art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y art. 11.1.F de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer).

El derecho a la igualdad luce garantizado, toda vez que la amparista no se encuentra en igual situación que el resto de los cursantes en base a que su estado de embarazo impone diferenciarla del resto y adoptar las medidas de protección y cuidado que su estado exige.

El estudio de subunidad Beta HCG está previsto para todas las aspirantes femeninas y no sólo para la reclamante, lo que descarta una posible desigualdad de trato.

La actora se incorporó en el curso aceptando su reglamentación que da cuenta de la necesidad de contar con aptitud física para la realización de actividades de entrenamiento, ya que existen materias en el curso (defensa personal, acondicionamiento físico y nutrición, práctica policial operativa, tiro y uso gradual de la fuerza) que involucran el esfuerzo físico del cursante.

La reclamante no ha invocado que las actividades del curso no impliquen un riesgo para su integridad física o de la persona por nacer, ni ha acompañado documentación médica en orden a descartar tal riesgo y que la calificara como “apta” para el desarrollo de esfuerzo físico.

Al no surgir de manera patente, manifiesta o de forma superficial al análisis jurisprudencial la arbitrariedad o ilegitimidad de la actuación de la administración que resulta cuestionada por la amparista (como lo exige el art. 43 de la Constitución Nacional y el art. 17 de la Constitución de la provincia de Santa Fe), no resulta procedente el recurso de amparo deducido.

Y VISTOS: Los presentes caratulados: “DE LUCA, Jorgelina Soledad c/ Prov. SANTA FE s/ Amparo” (Expte. Nro. 905/2017), en trámite por ante este Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Laboral Nro. 1 de Rosario, de los que surge que:

A fs. 24/28 Jorgelina Soledad De Luca deduce acción de amparo contra el Superior Gobierno de la Provincia de Santa Fe (Isep- Ministerio de Seguridad), tendiente a que se deje sin efecto la orden que dispuso su separación del curso de ascenso para la jerarquía de suboficiales, por encontrarse cursando la 4ta. semana de embarazo.

Dice que la medida por el ISEP resulta violatoria del ordenamiento vigente y detalla las normas que considera transgredidas.

Realiza consideraciones en torno al acto lesivo, la legitimación activa, la falta de existencia de vías alternativas y la competencia.

Expresa que se inscribió al “Curso de perfeccionamiento para personal de ejecución”, destinado al personal comprendido en la jerarquía de suboficiales, a los efectos de poder participar en los concursos de antecedentes y oposición para el ascenso a la jerarquía inmediata superior.

Refiere que cursó con total normalidad las clases desde la fecha de inicio de las mismas (9/5/2017) y rindió y aprobó el primero de los exámenes.

Sostiene que sorpresivamente, el 6/6/2017, le fue notificada la orden en virtud de la cual se la excluía del curso por encontrarse embarazada de cuatro semanas.

Postula que la decisión violenta las normas del concurso, que en ninguno de sus párrafos consta una prohibición expresa tanto para presentarse, como para efectuar el curso por encontrarse embarazada.

Dice que violenta los claros lineamientos de la ley 12.521 (particularmente el art. 80 y ss) y las normas constitucionales que refiere.

Manifiesta que las “Normas del Curso”, bajo el ítem “Obligaciones del cursante”, no precisa que, de detectarse embarazo a través del estudio “subunidad beta HCG”, la aspirante debe ser apartada del curso.

Relata que la actora cursa la cuarta semana de embarazo y mientras tanto cumple sus funciones habituales, por lo que considera que “nunca una práctica física dentro de un curso, puede ser más riesgosa que la efectiva prestación del servicio policial”, por lo que entiende que si se le exige el cumplimiento de su servicio, no se la podría excluir del curso.

Reproduce el art. 80 de la ley 12.521 que establece pautas de protección a la mujer policía embarazada a partir del tercer mes de embarazo, por lo que entiende que no puede considerarse que sea más riesgosa para su vida o la de su hijo en gestación, las que pudieren desarrollarse dentro de un curso.

Expresa que la orden cuestionada resulta ilegal, inconstitucional y hasta podría considerarse discriminatoria.

Afirma que la exclusión del curso veda a la actora la posibilidad de aspirar a un ascenso, con el agravante que tampoco resulta del régimen vigente una periodicidad de los cursos que le permitiera poder realizar otro en fecha próxima.

Denuncia la afectación del principio de igualdad ante la ley y la violación del principio de razonabilidad del art. 28 de la CN.

Pide medida cautelar innovativa y funda su pretensión.

Ofrece pruebas y formula reservas.

A fs. 31 comparece la Fiscal de Primera Instancia N° 6 de Rosario.

Corrido el traslado de la demanda, es contestada por la Provincia de Santa Fe a fs. 52/62.

Afirma que la acción no puede prosperar en tanto resulta inadmisibles por haber otros medios judiciales más idóneos y no existir arbitrariedad o ilegalidad alguna -por el contrario, en la normativa aplicable demuestra un criterio tuitivo del niño por nacer y la mujer embarazada-.

Refiere la existencia de vías administrativas y judiciales eficaces para debatir el presente caso, tanto es así que en la propia notificación de la separación del curso surge que se transcribió el régimen recursivo previsto e el reglamento N° 4174/15.

Dice que la accionante bien pudo, en el marco de las actuaciones administrativas en trámite, requerir una de las cautelares autónomas previstas en el artículo 14 de la ley 11.330 y no lo hizo.

Realiza consideraciones en cuanto al control de los actos administrativos y expresa que nada justifica que no se siga la vía judicial idónea que cuenta con medidas cautelares autónomas y de no innovar expresamente reguladas.

Postula la ausencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, toda vez que la decisión se encontró fundada en las Normas de Curso que fueron notificadas y aceptadas por la Sra. De Luca.

Refiere que todo suboficial goza del derecho al ascenso (conforme art. 27 inc. C, ley 12.521), que entre las obligaciones del cursante se encuentra la de presentar un “apto deportivo cardiovascular” y para el personal femenino se agrega el estudio médico de “subunidad beta HCG”.

Dice que se detectó que la actora se encontraba cursando un embarazo reciente (en su 4ta. semana de gestación al momento del apartamiento), motivo por el cual se la notificó que resultaba separada del curso en fecha 6/6/2017.

Resalta que las normas del curso, en las obligaciones del cursante, luego de referirse a los requisitos, especifica que “cualquier patología detectada al inicio o durante el cursado, habilitará al Director a separar al cursante, hasta tanto recupere su estado fisiológico deportivo o 'alta' firmada por especialista”.

Sostiene que no puede negarse que la protección de la mujer embarazada y la del niño por nacer impiden someterla a los esfuerzos físicos que el curso representa, por lo que la actora carecía de aptitud física para el cursado y, por tal motivo, el funcionario competente procedió a separarla.

Refiere que la ley 12.521, en su artículo 78 inc. E), establece que no podrá presentarse a concursar para el ascenso policial el personal que no haya aprobado el examen de aptitud física que se reglamente para el grado que se concursa.

Dice que su separación no veda la posibilidad de ascender ya que al cesar la causa de inhabilitación podrá participar en el próximo concurso de ascenso, y De Luca podrá participar del curso una vez que tenga el “alta médica” firmada por un especialista, es decir, cuando cuente con el alta ginecológica u obstétrica.

Puntualiza, en cuanto a la razonabilidad de la medida, que de las normas del curso surge que las materias son de continuo e intenso rigor físico, pues entre las cinco materias del curso se destaca que los aspirantes deberán cursar y aprobar “defensa personal, acondicionamiento físico y nutrición”, “práctica policial operativa” y “tiro y uso gradual de la fuerza” y expresa que durante una jornada completa de doce semanas, debería someterse a un régimen intensivo de actividad física.

Refiere que si la suboficial De Luca entendía que el cursado no implicaba riesgos para su salud, hubiera -cuanto menos- ofrecido como prueba documental un certificado médico de su ginecólogo o de un obstetra.

Señala que el art. 74 de la ley 12.521 establece una frecuencia anual para la convocatoria a concursos para cubrir vacantes policiales, por lo que cuestiona la falta de periodicidad afirmada por la contraria.

Concluye señalando que la separación de la actora responde a la reglamentación del cursado y al régimen de ascenso del personal policial (ley 12521), que es una medida razonable y tuitiva de la mujer policía embarazada y del niño por nacer.

Se opone a la cautelar.

Ofrece pruebas e introduce cuestión constitucional.

A fs. 69 se dicta Resolución rechazando la cautelar peticionada.

A fs. 79/81 la provincia de Santa Fe informa que el Isep le informó la finalización de las actividades del Curso de Capacitación en cuestión -conforme constancia que acompaña- y, en base a ello, pide que se declare la sustracción de la materia litigiosa y que las costas se impongan en el orden causado.

A fs. 87 contesta el traslado la amparista, respecto de la sustracción de materia, solicitando su rechazo afirmando que lo que se torna abstracto es -en todo caso- el dictado de la medida cautelar, manteniéndose la materia litigiosa en torno a si la actuación de la administración fue legítima o ilegítima y declarar si la orden del 6 de junio de 2017 violenta las normas y principios detallados en la propia acción de amparo.

Señala que declarada que fuere la ilegitimidad de la medida, será la administración la que deberá arbitrar los medios conducentes para restablecer los derechos vulnerados.

Obran producidas las siguientes pruebas informativas: I.S.E.P. (fs. 92/104).

A fs. 108 obra dictamen de la Fiscalía N° 6 de Rosario, concluyendo que no hay sustracción de materia litigiosa, pero que la acción de amparo deducida no es admisible, en virtud de las normas que menciona.

Quedan así los autos en estado de dictar sentencia.

Y CONSIDERANDO: Liminarmente, considero imperioso recordar que, “en orden al recaudo de 'arbitrariedad o ilegalidad manifiesta' (art. 43 Constitución Nacional) del acto, la calificación de manifiesta implica que los vicios 'deben aparecer visibles al examen jurídico más superficial'; es decir, cuando el 'ataque es tan patente que se manifiesta -podría decirse en forma física- visible, ostensible y notoria'; la pretensión del amparo no es viable cuando la situación fáctica que le sirve de sustento aparece opinable o discutible y, por ende, requiere amplitud de debate y prueba, cuestión que se entronca con el requisito de la inexistencia de un medio judicial más idóneo (ver por todos, 'Bacchetta')” (C.S.J.S.F., en “Ridley, Francisco A. y otro c. Municipalidad de Rosario -Amparo- sobre Recurso de Inconst.”, 2.11.2010, A. y S., T. 237, p. 445-459; igualmente en “Gricer S.A. c. Provincia de Santa Fe -Amparo- sobre Recurso de Inconst.”, 14.6.2006, A. y S., T. 214, p. 125-132, y “Suárez, Marcelo G. y otros c. Municipalidad de Rosario -Acción de Amparo- sobre Recurso de Inconst.”, 7.9.2005, A. y S., T. 209, p. 312-319).

En el sub lite, el amparo deducido por Jorgelina Soledad De Luca se inicia a fin de que se deje sin efecto la orden que dispuso su separación del curso de ascenso para la jerarquía de suboficiales, para lo cual cuestiona la constitucionalidad de la decisión (siente afectados sus derecho a la igualdad y a trabajar -afectación a la carrera profesional dentro de la fuerza-) y la tilda de arbitraria.

Agrega la falta de disposición expresa que habilite a su exclusión en el curso y postula la incongruencia entre la normativa que regula el mismo y su actividad diaria policial.

Por su parte, la accionada se opone al progreso del amparo deducido ,en base a que entiende que la decisión de apartarla del curso tiene como fundamento la normativa del cursado a la cual la actora se sometió; la protección de la salud de la propia reclamante y de su hijo por nacer.

Resultan coincidentes las partes en punto a que el resultado del estudio Subunidad Beta HCG detectó el estado de embarazo de la amparista y que la normativa del curso establece que “los concursantes serán habilitados para la realización de actividades de entrenamiento físico y policial por la División Sanidad del Isep, para lo cual deberá cumplimentar los siguientes requisitos:

...b) presentar el “apto deportivo cardiovascular” firmado por médico cardiólogo. El personal femenino deberá agregar el estudio “subunidad Beta HCG”.

Cualquier patología detectada al inicio o durante el cursado, habilitará al Director a separar al cursante, hasta tanto recupere su estado fisiológico deportivo o 'alta' firmada por especialista” (ver fs. 15 y 31).

A partir de la reproducción sucinta del texto que tiene gravitación en la litis, es dable apreciar sin mayor esfuerzo que la normativa permite el cursado a aquellos agentes que se encuentren aptos para la misma, para lo cual exige un examen general a todos los postulantes y agrega uno específico para el personal femenino.

También se destaca que el Director tiene la posibilidad de apartar a cualquier postulante que no se encuentre apto para desarrollar las actividades físicas que derivan del cursado.

De allí que, resulta lógico y prudente, que se requiera al personal femenino el estudio “subunidad Beta HCG”, toda vez que al detectarse la existencia de un embarazo, resulta coherente- con aquella exigencia adicional que la normativa del curso previó para la mujer policía- separar del curso a la aspirante ,a fin de no poner en riesgo su integridad psicofísica y la de la persona por nacer, producto de los riesgos que entrañan las actividades impuestas por las materias que componen el cursado.

A mayor abundamiento diré que la reglamentación del curso no fue cuestionada por la aspirante al momento de inscribirse y actuó en consecuencia al practicarse el análisis.

La facultad del Director de separar a la cursante en caso de detectarse el embarazo, surge del último párrafo de las normas del curso cuando reza “...cualquier patología detectada al inicio o durante el cursado, habilitará al Director a separar al cursante, hasta tanto recupere su estado fisiológico, deportivo o “alta” firmada por especialista.”

Y si bien el precepto utiliza un término poco feliz para la situación de autos (“patología”), ya que el embarazo no es una enfermedad, lo que verdaderamente debemos observar es la intención de la norma, su finalidad, que reposa en el control y tutela de la salud de los aspirantes por parte de la entidad que organiza el curso de perfeccionamiento. Mas aún, en el caso de la mujer policía embarazada, esa protección debe aumentar - incluso- pues se trata de no poner en riesgo la salud de la madre, ni de la persona por nacer.

A partir de ello se comienza a vislumbrar que en la disputa de autos se encuentran en tensión -conforme exponen las partes en los escritos iniciales- diversos derechos constitucionales con distinta jerarquía.

En efecto, se postula la vigencia y efectividad de los derechos constitucionales a trabajar (carrera policial), enseñar y aprender, igualdad ante la ley y propiedad, todos detallados por la amparista; y la idoneidad y aptitud para el cargo público, protección de la mujer embarazada y de la persona por nacer, todos enunciados por la provincia de Santa Fe.

Corresponde entonces realizar un análisis tanto desde el punto de vista constitucional, como convencional, y desde esa óptica concluyo que corresponde dar preeminencia a la protección de la integridad psicofísica de la mujer embarazada y de la persona por nacer (art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,

art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y art. 11.1.F de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer).

Y dicha solución armoniza con el resto de los derechos involucrados en la controversia, en la medida de que el derecho a la igualdad luce garantizado, toda vez que la amparista no se encuentra en igual situación que el resto de los cursantes en base a que su estado de embarazo impone diferenciarla del resto y adoptar las medidas de protección y cuidado que su estado exige.

Asimismo, el estudio de subunidad Beta HCG está previsto para todas las aspirantes femeninas y no sólo para la reclamante, lo que descarta una posible desigualdad de trato.

Por otro lado, la actora - reitero- se incorporó en el curso aceptando su reglamentación que da cuenta de la necesidad de contar con aptitud física para la realización de actividades de entrenamiento , ya que existen materias en el curso (defensa personal, acondicionamiento físico y nutrición; práctica policial operativa; tiro y uso gradual de la fuerza) que involucran el esfuerzo físico del cursante. De allí que la amparista, al momento de la inscripción, haya presentado un certificado de salud y aptitud física, conforme da cuenta la documental en copia acompañada por la accionada (ver a fs. 50).

No puedo compartir la afirmación realizada por De Luca en orden a considerar la existencia de una incongruencia entre la decisión adoptada y el hecho de continuar cumpliendo funciones habituales -postulando la mayor exigencia física en esta última que en el cursado-, como así también en que la ley 12.521, art. 80 párrafo 2do, protege a la mujer embarazada a partir del tercer mes , por los siguientes motivos: 1) no hay dudas que el curso contiene materias que implican un continuo despliegue y desarrollo físico del aspirante. Por el contrario, prima facie, las labores habituales de la actora pueden ser múltiples, tener una exigencia física mínima, y hasta ser eventual, lo cual me veo imposibilitada de cotejar, en la medida de que no han sido descriptas por la trabajadora en su escrito de inicio;

2) la reclamante no ha invocado que las actividades del curso no impliquen un riesgo para su integridad física o de la persona por nacer, ni ha acompañado documentación médica en orden a descartar tal riesgo y que la calificara como “apta” para el desarrollo de esfuerzo físico.

Por otra parte, debo resaltar que en ningún pasaje del escrito inicial la actora ha tildado de inconstitucionalidad a la normativa que regula el curso y que establece la realización del estudio subunidad Beta HCG para las mujeres, y solo ha propuesto se declare “ la inconstitucionalidad de la orden de fecha 6 de junio de 2017, que dispuso separar a la actora del curso de ascenso para la jerarquía de soboficiales” Y en base a lo analizado precedentemente respecto de la problemática, resulta evidente que la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta dista de ser visible, ostensible y notoria.

De este modo, al no surgir de manera “patente”, “manifiesta” o de forma “superficial” al análisis jurisdiccional la arbitrariedad o ilegitimidad de la actuación de la administración que resulta cuestionada por la amparista (como lo exige el art. 43 de la Constitución Nacional y el art. 17 de la Constitución de la provincia de Santa Fe), no resulta procedente el recurso de amparo deducido.

Vale recalcar que en el mismo sentido se ha pronunciado la Sra. Fiscal a fs. 108 de autos.

Tal conclusión torna innecesario el análisis del resto de las defensas opuestas por la accionada al contestar el amparo, como también el abordaje de la sustracción de materia deducida durante la tramitación del expediente (fs. 80).

Las costas han de imponerse a la actora.

Por lo expuesto precedentemente;

FALLO: 1) Rechazar la acción de amparo deducida; 2) Imponer las costas a la amparista; 3) Los honorarios de los profesionales intervinientes se regularán una vez determinada la cuantía del pleito y la situación que revisten frente al IVA. Insértese, déjese copia y hágase saber.

FDO: Susana Victoria Perkins (jueza) – Ricardo Sullivan (secretario)

## AMPARO - DISCRIMINACIÓN – AGENTE POLICIAL - MUJER EMBARAZADA

Carátula: “DE LUCA, JORGELINA SOLEDAD c/ PROV. SANTA FE s/ AMPARO”

Fecha: 02.11.2018

Tribunal: Cámara de Apelación en lo Laboral, Sala 1, Rosario

### Sumarios

En el marco de un amparo deducido por una trabajadora que consideró que se la había discriminado por habérsela separado del curso de ascenso para la jerarquía de suboficiales por encontrarse cursando la 4ta semana de embarazo, luce garantizada la igualdad. Es que la amparista no se encontraba en igual situación que el resto de los cursantes en base a que, su estado de embarazo, impone diferenciarla del resto y adoptar las medidas de protección y cuidado que su estado exige y, asimismo, el estudio de subunidad Beta HCG está previsto para todas las aspirantes femeninas y no sólo para ella.

Ante un amparo deducido por una trabajadora embarazada por sentirse discriminada por haber sido separada de un curso de ascenso, el rechazo de la acción no sólo fue conteste con lo dispuesto en la reglamentación del curso que la propia actora aceptó y no cuestionó, sino que justamente luego de realizar un análisis constitucional y convencional de los principios y garantías aludidos por cada una de las partes, se concluyó que corresponde dar preeminencia a la protección de la integridad psicofísica de la mujer embarazada y de la persona por nacer por sobre los derechos a trabajar (carrera judicial), enseñar y aprender.

La razón de ser del amparo es la de dispensar una tutela jurisdiccional rápida cuando la violación de un derecho aparece presuntamente como “manifiestamente arbitraria”, y no se da en casos donde, la orden cuestionada dispuesta por la accionada lo fue de conformidad a un reglamento que la propia actora consintió y que, además, luce razonable en atención a la garantía constitucional de protección al niño por nacer y a la mujer embarazada.

El amparo no está previsto para actos de la administración que no fueren manifiestamente ilegales, y en un juicio de comprobación inmediata y palpable, no surge que la resolución cuestionada por la amparista lo fuera.

Acuerdo Nro. 331 En la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, a los 02 días del mes de noviembre del año dos mil dieciocho, se reunieron en Acuerdo el Sr. Vocal de la Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Laboral, Dr. Sergio Fabián Restovich, e integrada con las Vocales de la Sala Segunda, Dra. Lucía Aseff y Dra. Adriana Mana, a fin de dictar sentencia en los autos caratulados “DE LUCA JORGELINA SOLEDAD c/PROVINCIA DE SANTA FE s/AMPARO”, CUIJ 21-00091259-7 (N° 338/18), venidos para resolver los recursos interpuestos contra el fallo dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Laboral N° 1 de Rosario. Efectuado el estudio de la causa, se resolvió plantear las siguientes cuestiones:

- I) ¿Es procedente el recurso de nulidad?
- II) ¿Resulta ajustada a derecho la sentencia apelada?

III) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Dr. Restovich, Dra. Mana y Dra. Aseff.

A la primera cuestión el Dr. Restovich dijo: El recurso de nulidad interpuesto por la actora no ha sido fundado, y no advirtiendo vicios de procedimiento ni de pronunciamiento que ameriten su declaración de oficio, cabe desestimarlos.

Voto, pues, por la negativa.

A la misma cuestión la Dra. Mana dijo: Adhiero en los fundamentos y conclusiones del Dr. Restovich, y voto en idéntico sentido.

A la misma cuestión la Dra. Aseff dijo: Que habiendo tomado conocimiento de los autos y advirtiendo la existencia de dos votos totalmente coincidentes que hacen sentencia válida, me abstengo de emitir opinión.

A la segunda cuestión el Dr. Restovich dijo: 1. Contra la sentencia N° 2.180 de fecha 2 de noviembre de 2017 (fs. 113/117 vta.) dictada en autos, que rechaza la acción de amparo, con costas a la amparista, interpone ésta a fs. 119 y ss. recurso de apelación, expresando y fundando los agravios que atribuye al decisorio.

Elevadas las actuaciones a esta Sala y habiéndose consentido la intervención de los vocales que deberán dirimir el presente, a fs. 146 y ss. luce el memorial previsto en el art. 10 de la ley 10.456 presentado por la parte demandada, dejando los presentes en estado de ser resueltos.

2. Que liminarmente cabe destacar que los reproches esgrimidos por la accionante no constituyen verdaderos agravios desde que a los fines de cumplir cabalmente la carga que impone el artículo 118 del CPL, es menester rebatir adecuadamente las razones volcadas en el pronunciamiento apelado. Y el modo de hacerlo es poniendo de manifiesto los errores de hecho o de derecho en que el sentenciante hubo incurrido a criterio del apelante, tales como defectuosa aplicación de la ley, fractura en el proceso lógico seguido por el juzgador, o prescindencia o irrazonable valoración de algún elemento de convicción con entidad de variar lo decidido.

Y en el supuesto de análisis, por el contrario, la amparista se limitó a reproducir los argumentos plasmados en su escrito de demanda, lo cual en modo alguno puede considerarse una crítica concreta y razonada de la sentencia apelada, en tanto no refuta las conclusiones y fundamentos allí esbozados. En efecto, casi el total del memorial recursivo consta de la transcripción de doctrina y jurisprudencia sobre el modo de interpretar y valorar las normas -la cual compartimos-, pero sin desarrollar ni explicar qué relación tienen las mismas con los fundamentos dados por la a quo.

No obstante ello, aún obviando dicha insuficiencia, de todos modos los reproches deben ser desestimados.

Así, manifiesta la recurrente que “en función de estos principios se advierte en el presente caso que existe una violación al principio de no discriminación, asociado a la faz negativa de la igualdad, toda vez que se encuentra consagrado constitucionalmente el derecho de acceso a los cargos públicos en mérito a la idoneidad (art. 16 CN) y en condiciones de igualdad (art. 14 CP)” (fs. 123).

Pero lo cierto es que la a quo expresamente analizó la aludida discriminación arribando a la conclusión, no refutada por la recurrente y la cual compartimos, de que luce garantizada la igualdad, todas vez que la actora no se encuentra en igual situación que el resto de los cursantes en base a que su estado de embarazo impone diferenciarla del resto y adoptar las medidas de protección y cuidado que su estado exige y, asimismo, el estudio de subunidad Beta HCG está previsto para todas las aspirantes femeninas y no sólo para ella.

Por otra parte, como muy bien destacó la jueza de grado y no expresó agravios contra ello la recurrente, la actora se incorporó al curso aceptando su reglamentación que establece la necesidad de contar con aptitud física, la obligación de presentar un certificado de salud y el estudio subunidad Beta HCG, y la facultad del Director de apartar a cualquier postulante que no se encuentre apto para desarrollar las actividades físicas que derivan del cursado. Alega la recurrente que “la normativa no refiere cuál sería la consecuencia en caso de que en tal estudio se detectara la existencia de un embarazo” y que por lo tanto tratarla como patología “sería una interpretación 'contra legem'” (fs. 120).

En primer lugar, en el Reglamento de las Normas de Cursado claramente se estipula la obligación del personal femenino de presentar el estudio referido a los fines de ser “habilitados para la realización de actividades de entrenamiento físico y policial por la División Sanidad del IseP” (fs. 15). Es decir, no cabe otra interpretación posible que la de que tal estudio lo es a los fines de tener la aptitud física requerida para la realización del curso. Más aún, inmediatamente después de la enumeración de los “requisitos” exigidos para obtener la habilitación, se estipula la facultad del Director de separar al concursante ante cualquier patología detectada, por lo que, no obstante la inconveniencia del término utilizado -como bien señaló la a quo- razonable resulta concluir que la solicitud de ese estudio es para detectar la existencia de un embarazo y que ello tiene relación directa con la potestad del Director de separar a un postulante del curso.

Ergo, no puede decirse que la a quo ha dictado una sentencia que no aplica la ley, o que se aparta de ella sin declarar su inconstitucionalidad, pues no sólo fue conteste con lo dispuesto en la reglamentación del curso que la propia actora aceptó y no cuestionó, sino que justamente luego de realizar un análisis constitucional y convencional de los principios y garantías aludidos por cada una de las partes, concluyó que corresponde dar preeminencia a la protección de la integridad psicofísica de la mujer embarazada y de la persona por nacer por sobre los derechos a trabajar (carrera judicial), enseñar y aprender.

Mas todavía, aún si la amparista estuviera disconforme con el juicio de ponderación efectuado por la magistrada de grado, lo cierto es que la razón de ser del amparo es la de dispensar una tutela jurisdiccional rápida cuando la violación de un derecho aparece presuntamente como “manifiestamente arbitraria”, y en el caso de autos ello claramente no se da, porque -reitero-, la orden cuestionada dispuesta por el IseP lo fue de conformidad a un reglamento que la propia actora consintió y que, además, luce razonable en atención a la garantía constitucional de protección al niño por nacer y a la mujer embarazada.

3. En conclusión, siendo que técnicamente el amparo no está previsto para actos de la administración que no fueren manifiestamente ilegales, y que en un juicio de comprobación inmediata y palpable, no surge que la resolución cuestionada o fuera, corresponde desestimar los reproches y confirmar en su totalidad la sentencia venida en revisión.

4. En cuanto a las costas de esta instancia, conforme lo normado por el art. 17 de la ley 10.456, corresponde imponérselas a la actora apelante perdedora.

5.- Voto, pues, a la presente cuestión por la afirmativa.

A la misma cuestión, la Dra. Mana dijo: Adhiero en los fundamentos y conclusiones del Dr. Restovich, y voto en idéntico sentido.

A la misma cuestión la Dra. Aseff dijo: Que habiendo tomado conocimiento de los autos y advirtiendo la existencia de dos votos totalmente coincidentes que hacen sentencia válida, me abstengo de emitir opinión.

A la tercera cuestión, el Dr. Restovich dijo: Los fundamentos que anteceden me permiten concluir en: I) Declarar desierto el recurso de nulidad interpuesto por la amparista. II) Rechazar el recurso

de apelación deducido por la accionante. III) Confirmar la sentencia venida en revisión. IV) Imponer las costas de esta instancia a la actora. V) Fijar los honorarios de segunda instancia en el cincuenta por ciento (50%) de los que, en definitiva, correspondan regular en baja instancia por los principales.

A la misma cuestión, la Dra. Mana dijo: Visto el resultado obtenido al votarse las cuestiones anteriores, corresponde dictar pronunciamiento en la forma propuesta por el Dr. Restovich.

A la misma cuestión, la Dra. Aseff dijo: Que se abstiene al votar por análogas razones a las expresadas en las cuestiones anteriores.

A mérito del Acuerdo que antecede, la Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Laboral de Rosario, integrada, RESUELVE: I) Declarar desierto el recurso de nulidad interpuesto por la amparista. II) Rechazar el recurso de apelación deducido por la accionante. III) Confirmar la sentencia venida en revisión. IV) Imponer las costas de esta instancia a la actora. V) Fijar los honorarios de segunda instancia en el cincuenta por ciento (50%) de los que, en definitiva, correspondan regular en baja instancia por los principales. Insértese, hágase saber y bajen. . Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Laboral n° 1 de Rosario.

FDO: Dr. Restovich – Dra. Mana – Dra. Aseff -Art.26, ley 10160- (jueces de Cámara); Dra. Orta Nadal (Secretaria).

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. PROCEDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL. JURISPRUDENCIA. DESPIDO. DISCRIMINACION. INDEMNIZACION LABORAL. EMPLEADO. REINCORPORACION. DERECHO A CONTRATAR. DERECHO DE LIBERTAD DE CONTRATACION. DERECHOS CONSTITUCIONALES. INTERPRETACION. EMPLEADOR. FACULTAD DE ORGANIZACION Y DIRECCION.

Carátula: "ESTRADA, PEDRO Y OTROS c/ SANCOR CUL -NULIDAD DESPIDOS- s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD" "

Fecha: 03.12.2018

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de Santa Fe

### Sumarios

La solución propuesta por la Alzada y los argumentos utilizados para sustentarla resultan descalificables constitucionalmente, ya que bajo una aparente fundamentación el voto mayoritario se aparta de la jurisprudencia que resulta aplicable, tanto de la Corte nacional como local, -a la luz de la correcta lectura de los antecedentes relevantes del caso y del derecho que lo rige-. En efecto, el criterio expuesto por el Alto Tribunal en "Alvarez, Maximiliano c. Cencosud SA" de que no existe incompatibilidad alguna entre la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita, fue respetado por esta Corte -más allá de la opinión personal de algunos de sus miembros-; y es sabido que los precedentes conservan su autoridad mientras no haya un cambio en la jurisprudencia, cosa que en el sub judice y contrariamente a la interpretación efectuada por la mayoría de Sala, no ha sucedido. (Del voto del Dr. Spuler, al que adhiere el Dr. Gutiérrez) - CITAS: CSJN: Alvarez, Maximiliano c/ Cencosud SA / acción de amparo, del 7/12/2010; Parra, del 23/8/2011; Cejas, del 26/3/2013. - Jurisprudencia vinculada: Vera c/ Maxiconsumo SA, AyS T 263, p 492/499, sumarios J0041011 y J0041012.

Lo afirmado eventualmente por los sentenciantes en torno a la imposibilidad de la reinstalación pretendida por el cierre del establecimiento donde los actores prestaban tareas, y a que la indemnización agravada resguarda en forma suficiente la situación de los trabajadores, no correspondiendo la propia del despido injustificado por no haber sido requerida por los actores, también resulta irrazonable y no satisface adecuadamente el derecho a la jurisdicción que asiste al justiciable, desde que se apartan con un argumento insuficiente de la reparación que, conforme al criterio de la Corte nacional que dice seguir, hubiera correspondido otorgar para cubrir razonablemente los perjuicios sufridos ante un acto grave, ilícito y que requiere una reparación especial. (Del voto del Dr. Spuler, al que adhiere el Dr. Gutiérrez)

En cuanto a la reinstalación de los trabajadores como consecuencia de la nulidad de los despidos por motivos discriminatorios, la cuestión a resolver guarda analogía con la abordada por esta Corte en "Vera c/ Maxiconsumo SA", por lo que brevitatis causae corresponde remitir a las consideraciones allí expuestas, haciendo hincapié en que, el hecho de que una decisión judicial disponga la reinstalación de trabajadores a sus puestos, por haber decretado la nulidad del despido calificado de discriminatorio por motivos gremiales en el marco de la ley 23592, no colisiona con la regla de la estabilidad relativa, es decir, dicha decisión no implica que el actor en el futuro no pueda ser despedido sin causa o que se confiera a la relación de trabajo el carácter de estabilidad absoluta, sino que sólo se pretende impedir la ilicitud de la conducta del empleador, exteriorizada en el acto de denuncia, en el marco de las normas jurídicas analizadas. (Del voto del Dr. Netri) - CITAS: CSJStaFe: Vera, AyS T 263, p 492/499. - REFERENCIAS NORMATIVAS: Ley 23592.

Conforme a los fundamentos esgrimidos en el precedente "Vera c/ Maxiconsumo" de este Tribunal, al momento de resolver y analizar las particularidades del sub lite, se deben tener en cuenta que

las consecuencias jurídicas de un acto discriminatorio han de ser definidas en consideración del contexto que ofrece la relación de trabajo privada y el principio de estabilidad impropia que gobierna el derecho laboral argentino, que contempla una reparación agravada para estos supuestos y no incluye la reinstalación forzosa del trabajador, salvo previsión expresa; pudiéndose recurrir a la analogía para reparar debidamente los perjuicios sufridos por el trabajador, como son los casos de despido discriminatorio por maternidad o matrimonio. (Del voto del Dr. Netri) - CITAS: CSJStaFe: Vera c/ Maxiconsumo SA, AyS T 263, p 492/499.

Corresponde declarar procedente el recurso de inconstitucionalidad deducido y anular el fallo impugnado, toda vez que el voto mayoritario de la Alzada, mediante una fundamentación meramente aparente, se apartó de la doctrina constitucional sentada por el Máximo Tribunal nacional -que no se ha visto modificada, y ha sido receptada por este Tribunal in re "Vera c/ Maxiconsumo" in re "Álvarez c/ Cencosud"-, oportunidad en la cual se confirmó el decisorio que condenó a la empleadora a la reincorporación y reparación económica de los actores, con fundamento en el artículo 1 de la ley 23592. (Del voto del Dr. Falistocco, al que adhiere el Dr. Erbetta) - CITAS: CSJN: Fallos 333:2306; CSJStaFe: Vera c/ Maxiconsumo, AyS T 263 p.492/499. - REFERENCIAS NORMATIVAS: Ley 23592, artículo 1.

Reg.: A y S t 287 p 176/184.

En la ciudad de Santa Fe, a los tres días del mes de diciembre del año dos mil dieciocho se reunieron en acuerdo los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, doctores Daniel Aníbal Erbetta, Roberto Héctor Falistocco, Mario Luis Netri y Eduardo Guillermo Spuler con la Presidencia de su titular Rafael Francisco Gutiérrez a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados "ESTRADA, PEDRO Y OTROS C/ SANCOR CUL -NULID. DESP. (EXPTE.146/15 CUIJ 21-05104916-8) SOBRE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD" (Expte. C.S.J. CUIJ NRO. 21-05104916-8). Se resolvió someter a decisión las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿es admisible el recurso interpuesto?; SEGUNDA: en su caso, ¿es procedente?; y TERCERA: en consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar?. Asimismo, se emitieron los votos en el orden que realizaron el estudio de la causa, o sea, doctores Spuler, Gutiérrez, Netri, Falistocco y Erbetta.

A la primera cuestión -¿es admisible el recurso interpuesto?- el señor Ministro doctor Spuler dijo:

1. Surge de las constancias de autos que los señores Pedro Estada, Gustavo Ariel Chavez, Federido Pablo Chappel, Lucas Ariel Machuca y Leonardo Augusto Jesus Ravello interpusieron demanda contra SANCOR CUL solicitando la nulidad de los despidos que calificaron de discriminatorios, reinstalación a sus puestos de trabajo, declaración de práctica desleal de la conducta de la demandada e imposición de la multa correspondiente, pago de salarios caídos e indemnización de daños y perjuicios.

Manifestaron que todos han sido representantes y/o delegados y/o activos militantes sindicales, participantes en asambleas, reuniones, congresos y elecciones gremiales, de reclamos colectivos del personal, convirtiéndose en interlocutores obligados de las autoridades de la empresa; que han resistido de diversas formas -junto a sus compañeros- que ésta concretara el cierre de la sucursal de Rosario, haciendo ostensible la decisión común de defender el mantenimiento del centro de distribución y los puestos de trabajo; que en fecha 15 de mayo de 2010, en forma sorpresiva y sin que hubiere mediado informe previo, violando su propio reglamento interno, la empresa los despide invocando casi los mismos argumentos, imputándoles "alterar de manera constante el clima laboral dentro de sucursal Rosario creando de esta manera y con esta actitud una inaceptable división dentro del establecimiento"; que la causa alegada por la empresa adolece de graves imprecisiones

dejando entrever el carácter discriminatorio y antisindical de los despidos; que éste se produce cuando bregaban para que el personal del establecimiento pudiera ejercer su legítimo derecho constitucional de elegir y/o ser elegido como representantes gremiales dentro de la empresa; que sus despidos no sólo son arbitrarios, sino ilícitos. Invocaron la ley 23592 en sustento de su demanda, como así también la Constitución nacional, Pactos y Tratados internacionales; afirmando que el despido es un acto ilícito que sólo puede repararse reponiendo las cosas al estado anterior a la fecha del acto, es decir dejándolo sin efecto y reinstalando al trabajador en su puesto de trabajo, con más los daños y perjuicios ocasionados.

La demandada compareció a estar a derecho y contestó la demanda solicitando su rechazo. En fecha 10 de febrero de 2015 la Jueza de Primera Instancia en lo Laboral de la Sexta Nominación de la ciudad de Rosario resolvió -en lo que es de interés al caso- hacer lugar a la demanda condenando a SANCOR CUL a la reinstalación de los actores a sus puestos de trabajo en las mismas condiciones que existían antes de los despidos declarados nulos; y a pagar a los accionantes las sumas que surjan de la planilla a practicarse en autos, por capital e intereses accogados según los considerandos; con costas a cargo de la demandada.

Impugnado dicho pronunciamiento por ambas partes, la Sala Tercera de la Cámara de Apelación en lo Laboral de la ciudad de Rosario resolvió: hacer lugar parcialmente a la apelación de la demandada, rechazando el pedido de reinstalación de los demandantes y los salarios caídos; hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la actora distribuyendo por su orden las costas por las tachas de Bertune y Mijoevich; confirmar en lo demás la sentencia en lo que fue materia de recurso y agravios. Mediante aclaratoria dispuso que las costas de ambas instancias sean por su orden (art. 102 C.P.L.).

2. Contra tal decisorio interponen los actores recurso de inconstitucionalidad con fundamento en el artículo 1ro., inciso 3ro., de la ley 7055.

Aducen contradicción en el voto de la mayoría. Explican que, por una parte, éstos adhieren a los fundamentos del voto del Dr. Pastorino y al resultado propuesto, que es la inexistencia de justa causa y reconocimiento del carácter discriminatorio de los despidos; pero no obstante ello, sostienen la validez de los mismos y la "no reincorporación de los otrora trabajadores activistas a su anterior puesto de trabajo".

Por otro lado, manifiestan que es inexistente el "estado actual de la jurisprudencia" que invocan. Expresan que la mayoría del Tribunal sostiene que el antecedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Alvarez c/ Cencosud" del 7.12.2010, que ordena la reinstalación de un trabajador despedido por razones gremiales, responde a un momento histórico en el que la Corte contaba con siete integrantes, y que ahora conforme a la actual composición del Máximo tribunal, el otrora voto en minoría -de mantenerse las respectivas posturas- resultaría ser actual voto mayoritario. Añaden que la mayoría de la Sala hace propios dogmáticamente los argumentos del voto minoritario en "Alvarez" y -olvidando su adhesión al voto del doctor Pastorino- refieren a la pretensa nulidad del despido, y que las consideraciones expuestas como mejor solución para el caso es la no reincorporación de los trabajadores activistas a su anterior puesto de trabajo.

Insisten en la arbitrariedad del fallo ya que el invocado "estado actual" de la jurisprudencia del más Alto Tribunal de la nación, atento a su nueva conformación, no existe, dado que no hay pronunciamiento alguno que revea la doctrina de los casos "Alvarez" y "Cejas", entre otros. La presunción que invoca la Sala es un mero cálculo de probabilidades carente de relevancia jurídica.

Añaden que también incurre en una lectura no objetiva de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia en el caso "Vera c/ Maxiconsumo" en la que se afirmó, respecto a una sentencia que ordenó la reinstalación de un trabajador despedido, que no cabía su descalificación desde una óptica constitucional.

Sostienen que en el fallo se hacen apreciaciones sociológicas subjetivas que no se fundan en prueba alguna y en vaticinios sobre las consecuencias perniciosas que la reinstalación tendría sobre la empresa, los trabajadores y los propios actores, no existiendo ninguna prueba que amerite la posibilidad de "imaginar" alguna de las hipótesis planteadas, lo que vulnera el artículo 95 de la Constitución provincial.

Manifiestan que uno de los argumentos de la revocatoria de la reinstalación que ordenara la Jueza a quo se basó en que sería de cumplimiento imposible, puesto que el local donde se desempeñaban los actores "no existe más". Cuestionan dicha afirmación señalando que el rechazo del "hecho nuevo" denunciado por Sancor, en los términos del ordenamiento procesal local, quedó firme; que no puede ponerse en duda que Sancor existe y opera comercialmente en Rosario como en el resto de la Provincia, y que el levantamiento de un depósito no significa en modo alguno el cese de actividades; que el establecimiento como unidad técnica de ejecución continua en el domicilio de Güemes 1847 de Rosario; que además existe otro establecimiento en la ciudad de Gálvez; que los hechos en cuestión planteados por la demandada en su expresión de agravios no fueron objeto de debate procesal y prueba; que lo resuelto en torno a esta temática viola el derecho de defensa y el principio de congruencia.

También aducen omisión de considerar pruebas sustanciales y desconocimiento de pactos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad. Aseveran la falta absoluta de prueba que demuestre que los actores incurrieron en las conductas que les imputa la empleadora y que -contrariamente a ello- existen numerosas constancias y presunciones de trato discriminatorio que permiten concluir que los actores han sido víctimas de despidos ilícitos.

Se quejan porque la Sala asigna un valor superior a la "libertad de contratar", cuando el valor fundamental es la dignidad del ser humano.

Por último destacan la insuficiencia de la reparación económica reconocida, dado que a su entender no puede repararse un acto discriminatorio tan grave con una indemnización equivalente a doce sueldos, negando incluso las indemnizaciones por despido injustificado.

3. Mediante pronunciamiento de fecha 1 de noviembre de 2017 la Sala resolvió -por mayoría- conceder el recurso de inconstitucionalidad interpuesto al entender que en el caso están en juego derechos ampliamente consagrados por el bloque de constitucionalidad federal y supranacional, entre ellos la protección contra el despido arbitrario, la libertad sindical, la prohibición de toda forma de discriminación y la dignidad de la persona humana, cuya implicancia en la especie resulta insoslayable; considerando a la cuestión con trascendencia institucional.

4. En el nuevo examen de admisibilidad que impone el artículo 11 de la ley 7055, efectuado con los autos principales a la vista, he de propiciar la confirmación de la concesión del recurso dispuesta por la Sala al comprobar que los agravios esgrimidos por los impugnantes tienen entidad suficiente como para configurar un caso constitucional con idoneidad para lograr la apertura de la instancia extraordinaria intentada, de conformidad a lo dictaminado por el señor Procurador General ( fs. 971/978).

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión el señor Presidente doctor Gutiérrez y los señores Ministros doctores Netri, Falistocco y Erbeta expresaron idéntico fundamento al expuesto por el señor Ministro doctor Spuler y así votaron.

A la segunda cuestión -en su caso ¿es procedente?- el señor Ministro doctor Spuler dijo:

1. Conforme a lo resuelto en el presente, queda fuera de discusión que los actores -activistas sindicales de hecho- fueron despedidos por motivos discriminatorios, encontrando éstos amparo en las previsiones de la ley 23592.

Frente a este panorama, la mayoría de la Sala consideró que no correspondía reinstalar a los trabajadores en sus tareas, al entender que -además de resultar de cumplimiento imposible- no se compadecía con la debida interpretación que cabía dar al fáctico de autos, en virtud del "estado actual de la jurisprudencia existente" referida al tema; la que -a su criterio- autorizaría a desestimar la pretensión nulificatoria de los despidos y reincorporación de los actores, teniendo a éstos por válidos. Consideró también que la indemnización fijada en 12 sueldos mensuales resguardaba suficientemente su situación.

Cabe señalar que esta solución propuesta por la Alzada y los argumentos utilizados para sustentarla resultan descalificables constitucionalmente, ya que bajo una aparente fundamentación el voto mayoritario se aparta de la jurisprudencia que resulta aplicable, tanto de la Corte nacional como local, -a la luz de la correcta lectura de los antecedentes relevantes del caso y del derecho que lo rige-, la que mantiene su vigencia en la actualidad.

En efecto, ante todo cabe destacar que el más Alto Tribunal nacional afirmó que es deseable y conveniente que los pronunciamientos de esa Corte "sean debidamente considerados y consecuentemente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía clara para la conducta de los individuos; mas con parejo énfasis cabe igualmente aceptar que esa regla no es absoluta ni rígida con un grado tal que impida toda modificación en la jurisprudencia establecida ... debiendo existir causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio" (Fallos: 248:115; 329:759; 337:47).

Dicho tribunal en el tema que hoy nos convoca sentó jurisprudencia -como lo reconoce la Sala- en la causa "Alvarez, Máximiliano c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo", el 7.12.2010, siendo su doctrina ratificada en posteriores causas, así "Parra" del 23.8.2011 y "Cejas" del 26.03.2013., dejando en claro el voto mayoritario que no existe incompatibilidad alguna entre la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita.

Tal criterio fue respetado por esta Corte -más allá de la opinión personal de algunos de sus miembros- en la causa "Vera c/ Maxiconsumo S.A." (A. y S. T. 263, pág. 492) al considerar que no resulta arbitraria una sentencia de Cámara que, siguiendo el criterio de la mayoría de la Corte nacional en "Alvarez", dispuso la nulificación de un despido discriminatorio y la reinstalación del empleado a su lugar de tareas, con más los salarios caídos.

Es que es sabido que los precedentes conservan su autoridad mientras no haya un cambio en la jurisprudencia, cosa que en el sub judice, y contrariamente a la interpretación efectuada por la mayoría de Sala, no ha sucedido. Por ello, las razones brindadas en el fallo atacado vinculada a un cambio en la composición de la Corte resultan insuficientes e irrazonables para justificar el haber seguido el criterio minoritario del precedente "Alvarez" citado, apartándose a su vez, del fallo de la Corte local en la causa "Vera" antes mencionada.

El Máximo Tribunal nacional en un reciente pronunciamiento volvió a referir a la autoridad institucional de sus precedentes, por lo que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones deben ser debidamente consideradas y seguidas, tanto por la misma Corte, como por los tribunales inferiores (causa "Viñas" del 22.05.2018).

Resulta, pues, arbitrario que la mayoría de la Sala funde su postura en cuanto a la validez de los despidos y, en consecuencia, la no reincorporación de los otrora trabajadores activistas a su anterior

puesto de trabajo, en el "estado actual de la jurisprudencia del más alto Tribunal de la Nación", la que -como se expusiera- no ha variado.

Lo dicho hasta aquí torna descalificable constitucionalmente el pronunciamiento impugnado por la irrazonabilidad de los argumentos utilizados para apartarse de jurisprudencia decisiva aplicable al caso.

2. Por otra parte, lo afirmado eventualmente por los sentenciantes en torno a la imposibilidad de la reinstalación pretendida por el cierre del establecimiento donde los actores prestaban tareas, y a que la indemnización establecida en 12 sueldos mensuales resguarda en forma suficiente la situación de los trabajadores, no correspondiendo la propia del despido injustificado por no haber sido requerida por los actores, también resulta irrazonable y no satisface adecuadamente el derecho a la jurisdicción que asiste al justiciable.

En efecto, se advierte que el voto minoritario de la Corte Nacional, cuyos fundamentos comparte la mayoría de la Sala, entiende que en supuestos como el de autos, ante la no reinstalación correspondería una indemnización agravada conforme sucede con otros supuestos de despidos "discriminatorios" legislados por la Ley de Contrato de Trabajo -así, maternidad y matrimonio- a efectos de resarcir adecuadamente los daños sufridos por el trabajador, sin perjuicio del resarcimiento previsto en el artículo 1 de la ley 23592.

Lo señalado deja en claro que, aún desde la óptica de la Sala, ésta se aparta con un argumento insuficiente -vinculado a la no petición subsidiaria de los actores de la indemnización por despido injustificado- de la reparación que, conforme al criterio de la Corte nacional que dice seguir, hubiera correspondido otorgar para cubrir razonablemente los perjuicios sufridos ante un acto grave, ilícito y que requiere una reparación especial.

Y, por otro lado, lo argumentado en torno al cierre del establecimiento ubicado en calle José María Rosa 3509 bis de la ciudad de Rosario, no alcanza para sustentar adecuadamente su conclusión respecto a que la reinstalación no sería una alternativa válida, ya que al asumir tal postura omite considerar y dar respuesta al planteo de los actores efectuado al resistir la invocación del hecho nuevo denunciado por la demandada y en la contestación de agravios, vinculado a que se continúan realizando tareas en el inmueble de calle Güemes 1847 de la ciudad de Rosario; como así también que la sentencia no ordena una "conducta imposible", dado que no puede ponerse en duda que Sancor CUL existe y opera comercialmente tanto en Rosario como en la ciudad de Gálvez, y que el levantamiento de un depósito no significa el cese de las actividades en la ciudad (ver fs, 787 y 897vto./898/898vto.).

En suma, lo expuesto pone en evidencia el déficit de fundamentación que exhibe el voto mayoritario de la Sala, por lo que el pronunciamiento impugnado debe ser dejado sin efecto en esta instancia excepcional.

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión el señor Presidente doctor Gutiérrez expresó idénticos fundamentos a los expuestos por el señor Ministro doctor Spuler y votó en igual sentido.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Netri dijo:

Coincido sustancialmente con los fundamentos y la solución propuesta en orden a declarar procedente el recurso interpuesto.

En efecto, lo detallado en cuanto a la reinstalación de los trabajadores como consecuencia de la nulidad de los despidos por motivos discriminatorios, revela que la cuestión a resolver guarda analogía con la abordada por esta Corte provincial en la causa "Vera, Gustavo Martín

c/Maxiconsumo S.A." (A. y S. t.263 pág. 492/499) que se enrojan en el criterio doctrinario jurisprudencial que fue receptado por la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de la causa "Alvarez, Maximiliano c/Cencosud S.A." (Fallos: 333:2306), por lo que "brevitatis causae" corresponde remitir a las consideraciones allí expuestas.

A lo que cabe hacer hincapié que, el hecho de que una decisión judicial disponga la reinstalación de trabajadores a sus puestos, por haber decretado la nulidad del despido calificado de discriminatorio por motivos gremiales en el marco de la ley 23592, no colisiona con la regla de la estabilidad relativa, es decir, dicha decisión no implica que el actor en el futuro no pueda ser despedido sin causa o que se confiera a la relación de trabajo el carácter de estabilidad absoluta, sino que sólo se pretende impedir la ilicitud de la conducta del empleador, exteriorizada en el acto de denuncia, en el marco de las normas jurídicas analizadas.

Sin perjuicio de lo expuesto, se debe tener en cuenta también al momento de resolver y analizar las particularidades del "sub lite" que, conforme a los fundamentos esgrimidos en el precedente de este Tribunal mencionado, las consecuencias jurídicas de un acto discriminatorio han de ser definidas en consideración del contexto que ofrece la relación de trabajo privada y el principio de estabilidad impropia que gobierna el derecho laboral argentino, que contempla una reparación agravada para estos supuestos y no incluye la reinstalación forzosa del trabajador, salvo previsión expresa; pudiéndose recurrir a la analogía para reparar debidamente los perjuicios sufridos por el trabajador, como son los casos de despido discriminatorio por maternidad o matrimonio".

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Falistocco dijo:

Coincido con los fundamentos propuestos por el señor Ministro doctor Spuler en el primer punto de su voto, y con la solución en orden a declarar procedente el recurso de inconstitucionalidad deducido y -en consecuencia- anular el fallo impugnado.

En efecto, el voto mayoritario de la Alzada, mediante una fundamentación meramente aparente, se apartó de la doctrina constitucional sentada por el Máximo Tribunal nacional in re "Álvarez c/ Cencosud", oportunidad en la cual se confirmó el decisorio que condenó a la empleadora a la reincorporación y reparación económica de los actores, con fundamento en el art. 1° de la ley 23.592 (Fallos 333:2306).

El criterio así establecido por la Corte de la Nación no se ha visto modificado, y ha sido receptado por este Tribunal in re "Vera c/ Maxiconsumo" (A y S t. 263 p. 492/499).

Por las razones expuestas, voto por la afirmativa.

A la misma cuestión el señor Ministro doctor Erbetta expresó idénticos fundamentos al expuesto por el señor Ministro doctor Falistocco y votó en igual sentido.

A la tercera cuestión -¿que resolución corresponde adoptar?- el señor Ministro doctor Spuler dijo:

Atento al resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores corresponde declarar procedente el recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, anular la sentencia impugnada. Remitir los autos al Tribunal subrogante que corresponda a fin de que dicte nuevo pronunciamiento. Costas a la vencida (artículo 12, ley 7055).

Así voto.

A la misma cuestión, el señor Presidente doctor Gutiérrez y los señores Ministros doctores Netri, Falistocco y Erbetta dijeron que la resolución que correspondía dictar era la propuesta por el señor Ministro doctor Spuler y así votaron.

En mérito a los fundamentos del acuerdo que antecede, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia RESOLVIÓ: Declarar procedente el recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, anular la sentencia impugnada. Remitir los autos al Tribunal subrogante que corresponda a fin de que dicte nuevo pronunciamiento. Costas a la vencida.

Registrarlo y hacerlo saber.

Con lo que concluyó el acto, firmando el señor Presidente y los señores Ministros, por ante mí, doy fe.

Fdo.: GUTIÉRREZ - ERBETTA - FALISTOCCO - NETRI - SPULER- FERNÁNDEZ Riestra  
(SECRETARIA)

**Comentario al fallo de la CSJSF “ESTRADA, PEDRO Y OTROS C/ SANCOR CUL -NULID. DESP. (EXPTE.146/15 CUIJ 21-05104916-8) SOBRE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD”, por el Dr. Aníbal Cuadrado.**

**“La Corte Suprema de Santa Fe ratifica la compatibilidad de la orden de reinstalación por nulidad de despido discriminatorio con el sistema de estabilidad relativa y el derecho empresarial de contratar y ejercer la industria lícita.”**

**El thema decidendum y la vigencia del precedente**

En el último mes del año 2018, el máximo Tribunal de nuestra Provincia dictó un importante fallo en materia laboral, abordando la tan discutida acción de reinstalación frente a los despidos discriminatorios. Durante mucho tiempo se discutió en nuestro País si cabía o no, frente a un despido discriminatorio declarado nulo por la Justicia, la orden judicial forzosa de reinstalar al Trabajador que así lo peticionaba, obligando en tal sentido al Empleador a receptorlo nuevamente en su establecimiento y a continuar con el contrato de trabajo, debatiéndose si ello encontraría compatibilidad con la regla de estabilidad relativa que presenta nuestro Orden Público Laboral. Aclaramos que tal discusión no versaba, ni versa, sobre aquellos trabajadores que cuentan con estabildades especialmente garantizadas por las leyes, tales como los representantes gremiales elegidos en comicios convocados por el Sindicato con personería gremial<sup>1</sup>, sino sobre aquellos otros que, habiendo sido extinguido su contrato por despidos discriminatorios, la justicia declaró nulo los mismos o bien los dejó sin efecto.

Este debate encontró resolución a fines del año 2010 en la Corte Suprema Nacional, dictándose el fallo “*Alvarez c/ Cencosud*”<sup>2</sup>. En dicho precedente todos los miembros de la Corte acordaron que la ley 23.592, sobre “*Actos Discriminatorios*”, -o comúnmente denominada ley antidiscriminación- era aplicable a los Contratos Individuales de Trabajo, más disintieron sobre los efectos de la aplicación de dicha especial normativa en materia de despido discriminatorio, específicamente sobre qué remedio otorgar de configurarse el supuesto del artículo 1 de dicha norma<sup>3</sup>. Mientras que el voto de la mayoría -integrado por los Dres. Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni- estableció como efecto la orden forzada de reinstalar al trabajador discriminado, el voto de la minoría -representado por los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay- consideró que, ante la negativa empleadora de acatar la reinstalación, no podría forzarse la misma por no armonizar tal solución con el sistema de estabilidad relativa de nuestro orden normativo, correspondiendo en tal caso al trabajador una compensación adicional<sup>4</sup> equivalente -por vía de analogía- a la prevista en la LCT para otros supuestos de discriminación<sup>5</sup>.

La doctrina emanada de este precedente, a la fecha no fue modificada por el Alto Tribunal Federal e incluso fue ratificada en fallos posteriores y seguida por nuestra Corte Provincial **en el precedente “Vera c/ Maxiconsumo S.A.”**<sup>6</sup>. Sin embargo, cierto es, que de los cuatro miembros de la Corte

<sup>1</sup> O bien, por el Sindicato simplemente inscripto, a partir de la doctrina emanada de los precedentes “*ATE c/ Ministerio de Trabajo*” Fallos 331:2499 y “*ROSSI ADRIANA MARIA c/ ESTADO NACIONAL*” Fallos 332:2715

<sup>2</sup> Fallos 333:2306. C.S.J.N. Recurso de Hecho. Álvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ Acción de Amparo. 07de Diciembre de 2010.

<sup>3</sup> “*Quien arbitrariamente impida, ..., 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.*”

<sup>4</sup> Adicional a los daños y perjuicios que manda a reparar la ley 23.592.

<sup>5</sup> La indemnización contemplada en el art. 245 LCT con más un año de remuneraciones según dispone el art. 182 LCT.-

<sup>6</sup> AyS T 263, p 492/499

Nacional que integraron la mayoría de aquella doctrina, hoy solo sobrevive en su puesto uno de ellos, el Dr. Maqueda, mientras que de los miembros que emanó la postura minoritaria dos de ellos integran la composición actual de la Corte, el Dr. Lorenzetti y la Dra. Higton de Nolasco, Corte Suprema que a la fecha se integra por 5 miembros a diferencia de aquella que dispuso la mencionada doctrina integrada por 7 jueces supremos. Y esto parece haber sido el argumento que motivó al voto mayoritario de la Sala 3 de la Cámara de Apelaciones de Rosario, integrada en dicha oportunidad por los Dres. Anzulovich, Vitantonio y Pastorino –este último en disidencia- a rechazar en Mayo de 2016 una petición de reinstalación de despidos discriminatorios motivada en activismo sindical, en los autos “*Estrada Pedro y otros c/ Sancor Cul*”, apartándose con tal fundamento de la doctrina emanada del precedente “*Álvarez*” ya referenciado, todo lo cual generó la declaración de nulidad de dicho fallo por nuestra Corte de Justicia Provincial en el importante precedente que aquí se comenta.

En el acuerdo de la Sala 3 de la Cámara de Apelaciones de Rosario, todos sus vocales coincidieron en que se encontraban acreditados los presupuestos de un despido discriminatorio motivado en el activismo sindical de los actores, los cuales –aclaramos- no revestían la calidad de *representantes gremiales* en los términos *formales* de los arts. 40 a 46 de la ley 23.551. Más los vocales de dicha Sala disintieron, tal como sucedió en el precedente *Álvarez* de la Corte Federal, sobre qué efecto darle a dicho acto declarado nulo. El primer voto del Dr Pastorino confirmó la sentencia del Juzgado Laboral número 6 de Rosario que ordenaba la reinstalación, rechazando el agravio de la empleadora referente a que dicha reincorporación forzosa violentaba su derecho de *libre contratación* fundando su voto, en dicho aspecto, en el precedente de la corte Federal *Sisneros*<sup>7</sup>, más quedó el mismo en disidencia pues la mayoría del acuerdo de la Sala 3 fue conformada por el segundo voto de la Dra Anzulovich, al cual adhirió el Dr. Vitantonio, y que revocó el fallo de primera instancia en cuanto al agravio referente a la reinstalación, la nulidad del despido y los salarios caídos posteriores a la extinción, otorgando en cambio a los actores una compensación adicional de 12 sueldos en concepto del artículo 1 de la ley 23.592. En tal voto, la vocal que fundó la mayoría, sostuvo que la doctrina que emanaba de *Álvarez* había sido dictada en un momento histórico de contar ese Tribunal con siete integrantes, de los cuáles tres votaron en disidencia, situación numérica que hoy no subsiste y que ahora en el tiempo, conforme la actual composición del máximo tribunal, el otrora voto en minoría -de mantenerse las respectivas posturas- resultaría ser actual voto mayoritario, continuando luego sus fundamentos en mismo sentido que aquél voto minoritario del máximo Tribunal Federal, por supuesto, adoptándolo al fáctico particular del caso y a las circunstancias especiales del mismo. La propia Sala de la Cámara de Apelaciones concedió el recurso extraordinario ante la Corte Provincial, frente a la interposición del mismo por los actores a su Acuerdo, situación que podría evidenciar la razonabilidad del planteo actoral frente al fundamento del fallo de la mayoría del Tribunal a quo.

### **Los fundamentos supremos**

Nuestra Corte Provincial, en este precedente que comentamos, ha seguido una vez más su línea estricta de no apartamiento de la doctrina emanada de la Corte Federal, como ya lo ha hecho en otros precedentes en materia laboral, cuyo resultado final del acatamiento pueda uno disentir o no<sup>8</sup>. Y éste, justamente, es el reproche que la Corte local le formula a la Sala a quo, al distanciarse esta de la doctrina emanada del precedente *Álvarez* sin dar mayores fundamentos que una posible especulación de cambio de criterio ante un nuevo caso similar que podría eventualmente tratar la actual integración. Indica que el apartamiento a una clara postura emanada de un precedente de la

---

<sup>7</sup> Fallos 337:611. C.S.J.N. Recurso de Hecho. “*Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo*” 20/05/2014.

<sup>8</sup> Tal como lo ha hecho en el precedente “*Britos c/ Federación Patronal*” respecto al fallo “*Espósito*” de la Corte Federal modificando su anterior criterio respecto a la aplicación temporal de la ley 26.773.

Corte Nacional o de la emanada de su propio Tribunal, debe ser por motivos serios y graves debidamente fundados, todo lo cual considera no aconteció en el Acuerdo de la Sala. En lo que a la compatibilidad de la reinstalación con el orden normativo refiere, la Corte Provincial no ingresa al fondo de la cuestión ni desarrolla fundamentos propios en este fallo, sino que ratifica fuertemente la postura ya adoptada por la Corte Nacional en *Álvarez* como así también en su propio precedente *Vera*, declarando tal doctrina vigente, por lo que declara nulo el fallo de la Sala y manda a dictar uno nuevo.

### **Los efectos de la Reinstalación. Del voto del Dr. Netri:**

La Corte Provincial en este precedente se encarga de aclarar, específicamente a través del voto del Dr. Netri, que la reinstalación judicial del trabajador discriminado no implicará modificar el régimen de estabilidad relativa de nuestro orden jurídico, ni le otorgará al trabajador afectado una estabilidad absoluta en lo sucesivo, de allí su compatibilidad. Es que, a diferencia de las garantías que otorgan las leyes a quienes gozan de estabilidad propia por revestir una específica calidad de representación<sup>9</sup>, la acción judicial que persigue la reinstalación reprocha en cambio un acto en particular que imputa y condena discriminatorio, dejando sin efecto al mismo, más no le otorga de allí en más al trabajador afectado por ese acto una garantía o inmunidad de no despido en el futuro. En tal sentido, los efectos de la reinstalación se terminan en su ejecución y a partir de allí nada impedirá que el empleador en el futuro pueda despedir a dicho empleado. Claro está, y así debe entenderse este fallo, que un eventual despido en el futuro deberá estar alejado de toda sospecha de discriminación motivada en el acto ya declarado nulo y en su ejecución. Entender lo contrario implicaría el absurdo que a los días de ser reinstalado vuelva a ser despedido. Ante un supuesto que pueda ser tildado de haber sido motivado en el hecho anterior que motivó la reinstalación, deberá cargar la empleadora con acreditar su alejamiento del mismo y que responde a otras causas, debiendo -a mi entender- darse plena aplicación a la doctrina emanada del precedente "*Pellicori*"<sup>10</sup> de la Corte Nacional, esto es, ante las especiales y sospechosas circunstancias que, en el caso especial y teniéndose en cuenta los antecedentes judiciales -acción de reinstalación firme y ejecutada- deberá cargarse a la empleadora con la prueba de la existencia de un motivo ajeno y objetivo al acto de la discriminación que se le imputa.

Por otra parte, del voto del Dr Netri puede extraerse que, si bien adhiere al voto de sus pares, fundando tal decisorio en el respeto al precedente nacional, dejaría una duda sobre si la reinstalación forzosa procedería ante todo caso, indicando la necesidad de estudiar la litis en particular y a la necesidad de compatibilizar los efectos del despido declarado discriminatorio con el sistema de estabilidad relativa, debiendo pensarse también en una opción de reparación complementaria, acercándose -en tal sentido- el desarrollo de su voto al de la minoría de *Álvarez*. Más entiendo que refiere, quizás con buen tino, a estarse al fáctico específico del caso y a la posibilidad "cierta" de llevarse a cabo la orden de reinstalación, ya que de existir un impedimento real e independiente de la voluntad de las partes, tal como intentaba instalar en el caso de análisis la demandada al alegar que había cerrado el establecimiento -situación que luego fue descartada por la Corte conforme constancias de la causa ya que el cierre no era total ni tal-, deberá estarse entonces a dicho contexto y evaluar una condena dineraria agravada, de reparación integral, pudiéndose recurrir a la analogía para reparar los perjuicios sufridos por trabajador, y no a una orden de imposible cumplimiento que, en definitiva, dejaría huérfano de ejecución y sin justicia al afectado.

### **La reinstalación y el planteo subsidiario:**

---

<sup>9</sup> Arts. 47 a 52 Ley de Asociaciones Sindicales.

<sup>10</sup> Fallos 334:1387 CSJN. "*Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo*". 15/11/2011.

Un interesante reproche de la Corte Provincial al Tribunal a quo, lo constituye el hecho que la Sala al rechazar la reinstalación, si bien otorgó una indemnización de 12 sueldos en concepto del artículo 1 ley 23.592, no condenó a la empleadora al pago de la indemnización establecida en el art. 245 LCT, fundando la Sala tal decisorio en que tal indemnización no había sido peticionada en autos, siquiera en forma subsidiaria por los actores. El reproche entonces que le formula la Corte se funda en que, aún en la tesis de la postura minoritaria de *Álvarez* en la que se apoyó la Sala, debió en tal caso condenar a pagar no solo los daños y perjuicios en función del art. 1 ley 23.592, sino también en forma adicional una indemnización agravada, recurriendo para ello a la analogía con otros supuestos de despidos discriminatorios legislados por la Ley de Contrato de Trabajo –*maternidad y matrimonio*- en el que se dispone la condena de un año de remuneraciones acumulada con la indemnización establecida en el art 245 LCT. De allí que podamos extraer dos conclusiones, una será que frente al despido discriminatorio, en caso de no poderse llevar a cabo la reinstalación, deberá condenarse a pagar los daños y perjuicios en concepto de art 1 ley 23.592, como ser por ejemplo el daño moral, adicionando a estos una indemnización agravada que, pudiéndose recurrir a la analogía, comprenderá un año de remuneraciones *acumulada* con la indemnización establecida en el art. 245 LCT. Y la segunda conclusión que podemos extraer es que dichas indemnizaciones serán, en cuanto a su extensión, facultad de determinación del magistrado, no implicando una violación al principio de congruencia que el eventual actor no las ya haya identificado específicamente en su demanda.

#### **Cierre del establecimiento y reinstalación:**

Un último extracto de interés a resaltar de este fallo lo representa la orden de la Corte de reinstalar aún con el cierre del establecimiento donde los actores prestaban sus tareas, en tanto la empresa continúe funcionando comercialmente. En tal sentido, el máximo Tribunal Provincial indicó que, sin perjuicio de la falta de prueba concreta del cierre del establecimiento y las discusiones que se dieron en cuanto al planteo oportuno del mismo, lo cierto es que la demandada continúa operando tanto en Rosario como en la ciudad de Gálvez, no significando el levantamiento de un depósito –donde los actores prestaban tareas- el cese de las actividades en la ciudad. Se advierte entonces una aprobación de la Corte, respecto a la posibilidad de llevar a cabo la reinstalación en cualquiera de los otros establecimientos de la empleadora, para el caso de cierre de la unidad donde el trabajador afectado prestó servicios, claro está respetando razonablemente las mejores condiciones que se adapten a la situación preexistente del contrato de trabajo interrumpido.

**Autor: Aníbal Carlos Cuadrado<sup>11</sup>**

---

<sup>11</sup> Abogado. Representante y asesor de Asociaciones Sindicales. Docente Universitario Invitado de la *Carrera de posgrado Especialización en Derecho del Trabajo* U.N.R.- Coordinador y Docente del *Curso Teórico-Práctico de Formación de Conciliadores Laborales*, Escuela de graduados U.N.R.- Abogado litigante desde el año 2004 en la Provincia de Santa Fe, con exclusividad profesional en conflictos de Derecho del Trabajo a nivel Individual y Colectivo. Socio activo de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Autor de “El Descuelgue del CCT” publicado en Rubinzal Culzoni On line RC D 1262/2018. Participante de numerosas actividades académicas del Derecho del Trabajo. Matrícula Colegio Público de Abogados Capital Federal T°121 F°62, Colegio de Abogados Rosario L. XXXV F°249, C.S.J.N. T 400 F°888.