

MARINA PISACCO

El Despido Discriminatorio y el Derecho a la Estabilidad

Prólogo de **Eduardo O. Álvarez**

 **AbeledoPerrot®**

ÍNDICE GENERAL

Prólogo	XV
---------------	----

INTRODUCCIÓN

I. Importancia del tema	1
II. Problema que abordaremos.....	3
III. Hipótesis.....	4
IV. Marco teórico	5

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I

DERECHO A LA ESTABILIDAD

I. Concepto	9
II. Clasificaciones doctrinarias de la estabilidad.....	10
III. El derecho a la estabilidad en el ámbito privado. De la ley 11.729 a la Ley de Contrato de Trabajo (20.744)	14
IV. El derecho a la estabilidad relativa propia en el estatuto bancario..	16
V. Extensión al personal de seguros.....	17
VI. Alcances del derecho a la estabilidad consagrado en la ley 12.637. Las reformas y contra-reformas de las que fue objeto el sistema	18
VII. Un nuevo intento de restaurar el derecho a la estabilidad del personal bancario y de seguros. La ley 23.080 y el veto presidencial	22
VIII. Conclusiones parciales	23

CAPÍTULO II

EL ART. 14 BIS DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

I. Introito. Pautas interpretativas.....	25
II. Aclaración previa	26

III.	Debate de la Convención Constituyente de 1957. La "protección contra el despido arbitrario".....	28
	1. Influencia de la doctrina de Horacio D. J. Ferro.....	28
	2. Influencia de la doctrina de Mario Deveali.....	29
IV.	Razones que inspiraron un régimen de estabilidad propia en el sector público.....	31
V.	Conclusiones parciales.....	34

CAPÍTULO III

EL DERECHO A LA ESTABILIDAD Y LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

I.	Introito.....	37
II.	La Corte de Frondizi e Illia. 1960 (mayo)-1966 (junio).....	38
III.	Cambio de paradigma. 1966-1973.....	40
IV.	La ratificación de la doctrina "De Luca".....	45
V.	Una nueva Corte ¿la misma doctrina? A propósito de la reforma del estatuto bancario. 1973-1976.....	47
VI.	Otra Corte, la misma doctrina. La estabilidad consagrada en normas convencionales. 1976-1983.....	48
VII.	La Corte del '83. Se ratifica, una vez más, la doctrina "De Luca". 1983-1990.....	50
VIII.	<i>Quietus</i> jurisprudencial. 1990-2004.....	51
IX.	La Corte en su actual composición. 2004 a la actualidad.....	55
X.	Conclusiones parciales.....	58

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO IV

EL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN

I.	Algunas precisiones conceptuales.....	63
II.	Normativa constitucional, legal e internacional.....	66
III.	El principio de igualdad y no discriminación pertenece al <i>ius cogens</i>	68
IV.	El principio de igualdad y no discriminación con especial referencia al Derecho del Trabajo.....	70
V.	¿Qué es discriminar?.....	75
	1. Una diferencia de tratamiento (Elemento de hecho).....	78
	2. Un motivo (prohibido) determinante de la diferencia de trato..	79
	3. El resultado objetivo de tal diferenciación (efectos o propósitos).....	82
VI.	¿Existen discriminaciones no arbitrarias?.....	83
VII.	Discriminaciones directas e indirectas.....	89

VIII.	El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones <i>inter privados</i>	91
	1. La teoría del <i>Drittwirkung der Grundrechte</i>	99
	2. La OC 18/2003 de la Corte IDH: La eficacia inmediata de los derechos fundamentales.....	101
IX.	La ley 23.592 y las categorías sospechosas.....	103
X.	Conclusiones parciales.....	105

CAPÍTULO V

EL DESPIDO DISCRIMINATORIO EN LA LEY 25.013

I.	Introito.....	109
II.	El debate parlamentario.....	110
	1. Los motivos discriminatorios.....	110
	2. La indemnización agravada del 30%.....	111
	3. La carga de la prueba.....	112
III.	El veto del Poder Ejecutivo Nacional.....	113
IV.	Ámbito de aplicación temporal.....	114
V.	Su derogación. Crónica de una muerte anunciada.....	114
	1. Cámara de Senadores.....	115
	2. Cámara de Diputados.....	117
	3. Conclusiones del debate parlamentario.....	118
VI.	Posibles razones de la efímera vigencia del art. 11 de la ley 25.013	119
VII.	Conclusiones parciales.....	121

CAPÍTULO VI

LA LEY 23.592 Y EL DESPIDO DISCRIMINATORIO

I.	La ley 23.592. Antecedentes.....	123
II.	La ley 23.592 y su aplicación al ámbito del Derecho del Trabajo...	125
	1. A propósito de la voluntad del legislador. El debate parlamentario.....	125
	1.1. El carácter reglamentario del art. 16 de la Constitución Nacional.....	126
	1.2. Norma de carácter civil. El Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo.....	126
	1.3. Los motivos "gremiales".....	129
	2. Acerca de la interpretación doctrinaria y jurisprudencial de la C. Nac. Trab.....	131
	3. Nuestra opinión.....	136
	4. Estado actual de la cuestión.....	137
III.	Recepción jurisprudencial de la figura del despido discriminatorio	139
IV.	Las acciones comprendidas en el art. 1° de la ley 23.592.....	141

V.	La obligación de dejar sin efecto el acto discriminatorio. A propósito de la voluntad del legislador	145
1.	Despido discriminatorio: ¿nulidad absoluta o relativa?	149
2.	Despido discriminatorio: ¿acto nulo o anulable?	151
VI.	La reparación del daño moral y material ocasionado. Nuevamente, a propósito de la voluntad del legislador	153
VII.	El acto discriminatorio y su adecuada reparación	157
1.	¿Qué significa reparar?	157
2.	Las distintas formas de reparación	160
2.1.	La <i>restitutio in integrum</i>	160
2.2.	Indemnizaciones	164
2.3.	Otras formas de reparación	164
VIII.	Conclusiones parciales	165

TERCERA PARTE

CAPÍTULO VII

EL DESPIDO DISCRIMINATORIO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

I.	El caso "Álvarez, Maximiliano y otros v. Cencosud SA s/acción de amparo"	169
1.	Hechos del caso "Álvarez". Breves consideraciones	170
2.	Particularidades que presentaba el caso	170
II.	La cuestión federal resuelta por el Alto Tribunal en el caso "Álvarez"	171
1.	La ley 23.592 es aplicable al ámbito de la relación de trabajo privada	172
2.	La reinstalación del trabajador discriminado y su compatibilidad con el régimen de estabilidad	172
III.	Descalificación del despido <i>ad nutum</i> y el régimen de estabilidad relativa	174
1.	El art. 6.1 del PIDESC	174
2.	La Observación General del Comité DESC 18: "El Derecho al Trabajo"	176
3.	El Convenio 158 OIT sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador (1982)	178
4.	El art. 7º, inc. d) del Protocolo de San Salvador	181
IV.	Descalificación del despido discriminatorio. La <i>restitutio in integrum</i>	185
1.	El caso "Baena, Ricardo y otros v. Panamá" (2001) de la Corte IDH	185
2.	La Observación General 31 del Comité de Derechos Humanos sobre la naturaleza jurídica general impuesta a los Estados Partes	187

3.	El objetivo primario de los <i>remedies</i> en materia de Derechos Humanos	188
4.	El Asunto C-271/1991 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea	189
5.	El caso "Chorzów" de la Corte Permanente de Justicia Internacional	191
6.	El <i>Estudio General Igualdad en el Empleo y Ocupación</i> de la OIT (1988)	192
7.	El caso "Milliken" de la Corte Suprema de Estados Unidos	193
V.	El voto de la minoría en el caso "Álvarez"	196
VI.	Los interrogantes que suscita el caso "Álvarez"	199

CAPÍTULO VIII

LA OBLIGACIÓN DE REINCORPORAR Y EL RÉGIMEN DE ESTABILIDAD

I.	Naturaleza jurídica de la obligación de reincorporar. ¿Obligación de dar, hacer o no hacer?	203
II.	¿Es la obligación de reincorporar susceptible de ejecución forzada?	208
1.	El principio <i>nemo praecise coegi ad factum</i>	211
2.	Las <i>astreintes</i>	216
III.	¿La declaración de nulidad del despido es incompatible con el régimen de estabilidad que rige en el ámbito privado?	218
1.	Respuesta 1: Ausencia de incompatibilidad	219
2.	Respuesta 2: Existencia de incompatibilidad. A propósito de la teoría de la conversión	222
IV.	Críticas a la teoría de la conversión	225
V.	La tesis de la discriminación en el despido	227
VI.	La tesis del acto discriminatorio bajo la forma del despido	228
VII.	¿Límite temporal a la reinstalación?	229
VIII.	Los temores del "día después" a la reinstalación	233
IX.	La obligación de reincorporar y los salarios caídos	237
1.	Naturaleza jurídica de los salarios caídos. ¿Indemnización o remuneración?	237
2.	Momento a partir del cual se devengan los salarios caídos	241
3.	Inexistencia de un plazo de caducidad de la acción e incidencia en el pago de los salarios caídos	243
4.	El incumplimiento de la obligación de reincorporar no obsta el devengamiento de los salarios caídos	246
X.	¿Qué ocurre si, pese a demandar la nulidad del despido, en el ínterin el dependiente obtiene otro empleo?	247
XI.	Percepción de las indemnizaciones. ¿Consentimiento?	248

CUARTA PARTE

CAPÍTULO IX

EL DESPIDO DISCRIMINATORIO DEL ACTIVISTA SINDICAL

I.	Planteo de la cuestión. Su importancia	253
II.	Modelo sindical argentino. Sus principales características.....	254
III.	El modelo sindical argentino a la luz de los casos "ATE" y "Rossi" de la Corte Suprema.....	256
IV.	Deslinde conceptual. Delegado de personal v. Activista.....	260
V.	La protección gremial en la Constitución Nacional. Fundamento de la tutela sindical	264
VI.	La tutela sindical en la ley 23.551	268
VII.	El amparo sindical del art. 47 de la ley 23.551.....	269
	1. Interpretación amplia del art. 47 de la ley 23.551.....	270
	2. Interpretación restringida. Trascendencia del fallo "Borda" de la Corte Suprema (1990).....	272
	3. El silencio de la Corte Suprema en el caso "Álvarez"	274
VIII.	¿Discriminación en el despido discriminatorio del activista sindical?	275
IX.	Los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo.....	278

QUINTA PARTE

CAPÍTULO X

LA PRUEBA DEL ACTO DISCRIMINATORIO

I.	Introito	285
II.	Nociones básicas en torno a la carga de la prueba y el despido discriminatorio	285
III.	¿Quién debe probar en un juicio por despido discriminatorio?	289
IV.	La carga de la prueba del acto discriminatorio en la jurisprudencia de la Corte Suprema.....	293
	1. Breves consideraciones sobre el caso "Pellicori"	294
	2. La distribución del <i>onus probandi</i> en el despido discriminatorio según la Corte Suprema	295
	3. Fundamentos de esta forma de distribución del <i>onus probandi</i>	298
	4. La normativa y jurisprudencia internacional sobre la que la Corte estructura la sentencia del caso "Pellicori"	299
	5. La doctrina sentada por la Corte Suprema en el caso "Pellicori" ..	304
V.	Observación crítica. Jurisprudencia norteamericana	305
VI.	¿Qué se debe probar en un juicio por despido discriminatorio?	314
VII.	¿Cómo se debe probar en un juicio por despido discriminatorio? ..	316
VIII.	Conclusiones parciales	318

CAPÍTULO XI

CONCLUSIONES

	Aclaraciones previas.....	323
I.	La aplicación de la ley 23.592 al ámbito de las relaciones laborales. Precisiones conceptuales.....	324
II.	Elementos que definen al despido discriminatorio	327
	1. Un accionar discriminatorio del empleador que se encubra bajo la forma de un despido	328
	2. La prueba del acto discriminatorio	331
	3. La reparación adecuada del trabajador	335
IV.	Inexistencia de incompatibilidad entre la figura del despido discriminatorio y el régimen de estabilidad.....	342
V.	La vigencia del régimen de estabilidad en el ámbito del empleo privado.....	345
VI.	Acerca de una posible reforma legislativa del régimen de estabilidad.....	348
VII.	La proliferación de las causas por discriminación sindical en el despido	351
	1. El <i>statu quo</i> jurisprudencial	351
	2. Cuestionamiento al modelo sindical argentino.....	353
	3. Las exiguas indemnizaciones.....	360
VIII.	Interrogantes que suscita el despido discriminatorio. Necesidad de su regulación legislativa	361
IX.	<i>De lege ferenda</i>	363
X.	Colofón.....	371

ANEXO I

CUADROS COMPARATIVOS

.....	377
-------	-----

ANEXO II

LISTA DE SENTENCIAS DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO

Sentencias de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.....	387
--	-----

ANEXO III

HISTORIA DEL CASO "MILIKEN" DE LA SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS

1. Contexto jurisprudencial. De "Brown" a "Milliken".....	407
2. Los casos "Milliken"	410

Bibliografía	415
--------------------	-----