

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA
FACULTAD DE DERECHO

CENTRO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS Y SOCIALES

ANUARIO XIX

AGUADA, Yasmín; AGUILERA MARTURANO, R. Augusto; ÁVILA PAZ, Rosa A.; BARBARÁ, Jorge A.; BARBARÁ, Jorge E.; BARBARÁ Martín D.; BARRAL, Rosario; BARRIOS, Verónica; BERTOSI, Roberto F.; CALDERÓN Laura A.; CAMPANA Maximiliano; COPETTI, Agustina B.; CRESPO, Gonzalo; DEL CAMPO, Cristina; DELGADO Samanta J.; DI PIETRO, María C.; DOMÍNGUEZ, Marisa; ETCHICHURY, Horacio J.; FERREYRA Josefina; FERREYRA María E.; FORADORI, María L.; GARCÍA CHIPLE Edgardo; JEIFETZ, Laura M.; JUÁREZ CENTENO, Carlos; JULIÁ Marta S.; LEDESMA, María de los A.; LLAMOSAS Esteban F.; LLORENS María P.; LOZA SERRA, Rocío; MACÍAS, Fanny; MORENO, Patricia G.; PARMIGIANI Matías; PEDERNERA ALLENDE, Matías; PEREYRA, Joaquín; PEZZANO Luciano; ROSSI, José A.; SAAD Carla; SALA MERCADO, María V.; SALOMÓN, Laura; SÁNCHEZ, Lorena; SÁNCHEZ, Mariana; SEGURA, Camila; STICCA, María A.; TELLO ROLDÁN, María C.; TUNINETTI, Adrián; URIONDO, Amalia; VERCELLONE Adriana L.; VILLAFAÑE MOLINA, Eduardo; VILLALBA, María E.; YUNIS Yamila Carolina; ZAVATTI, Adriana

La reproducción de este libro, ya sea total o parcial, en forma idéntica o con modificaciones, escrita a máquina por el sistema Multigraph, mimeógrafo, impreso, etc., que no fuera autorizada por esta Editorial, es violatoria de derechos reservados. Toda utilización debe ser solicitada con anterioridad.

ISSN: 1667-6122

Editado por:



Universidad
Nacional
de Córdoba

C I J S

Impreso en:

ADVOCATUS

Obispo Trejo 181 - Córdoba

editorial@eadvocatus.com.ar

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en Argentina

Indexado en Catálogo y Directorio en el “Sistema Regional de Información
en línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y
Portugal (Latindex)”

EL REGRESO DE LA LIBERTAD DE CONTRATAR: UNA CAUTELAR POR DESPIDO DISCRIMINATORIO ANTE LA CORTE SUPREMA *

*Horacio Javier Etchichury***

Resumen: En junio de 2020, la Corte Suprema argentina revirtió –por mayoría– una medida cautelar otorgada a un empleado que impugnó su despido como discriminatorio por razones gremiales. La Corte consideró que la cautelar –consistente en la reinstalación del trabajador– podía afectar la libertad de contratar del empleador y sus facultades organizativas y disciplinarias en el ámbito laboral. Este artículo analiza los argumentos de la mayoría a la luz del principio constitucional protectorio del trabajo, además de conectar esta decisión con una serie de fallos que presentan lecturas restrictivas o regresivas de derechos sociales, contenidas en el historial reciente de la Corte.

Palabras clave: Despido discriminatorio – Medida cautelar – Corte Suprema –

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo analizamos el fallo “Laurenzo” (2020)¹, emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de despido discriminatorio. El alto tribunal ordena a la Suprema Corte bonaerense revisar una medida cautelar consistente en la reinstalación de un trabajador que impugna su despido como discriminatorio.

* Artículo recibido el 15/9/2020 ~ aprobado para su publicación el 15/3/2021.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Master of Laws (LL. M.), Yale University (Estados Unidos). Profesor Adjunto, Facultad de Derecho, UNC. Investigador Adjunto, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Director del Grupo de Investigación en Derechos Sociales (GIDES) [GidesCordoba.blogspot.com]. Correo electrónico: etchichury74@gmail.com

¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Laurenzo, Juan Manuel c/ Unión Platense S.R.L. s/amparo”. *Fallos*, 343:341. 04 de junio de 2020.

Despedido con causa (según el art. 242 de la Ley de Contrato de Trabajo) de su trabajo como chofer de la empresa Unión Platense SRL, Juan Manuel Lorenzo interpone un amparo. Sostiene que el cese obedece a motivos discriminatorios de carácter gremial, ya que él integra la comisión organizativa de la seccional La Plata del sindicato Unión de Conductores de la República Argentina. Reclama la nulidad del despido, su reincorporación y los salarios caídos. Además, solicita como medida cautelar la reinstalación en el puesto, la que es concedida.

La empresa recurre esa decisión ante la Suprema Corte de Justicia bonaerense, que rechaza el planteo porque no se trata de una sentencia definitiva. Finalmente, Unión Platense SRL llega en 2017 en queja ante la Corte Suprema. El 4 de junio de 2020, el máximo tribunal –por un voto mayoritario suscripto por los ministros Rosenkrantz, Highton y Lorenzetti– revierte el fallo de la instancia provincial –con costas– y lo reenvía para que se dicte uno nuevo según las pautas que establece. La disidencia –integrada por los ministros Maqueda y Rosatti– se pronuncia por desestimar el recurso, ya que no se dirige contra una sentencia definitiva.

El fallo fija criterios para analizar la admisibilidad de una medida cautelar de reinstalación ante un despido supuestamente fundado en discriminación por razones gremiales. Es posible, además, inscribir la decisión en una sucesión de fallos que –como exponemos más adelante– adoptan lecturas regresivas y restrictivas de los derechos sociales. Cabe señalar también que es una decisión publicada mientras rigen normas prohibitivas de despidos sin causa, dictadas en virtud de la pandemia.

2. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO ANTE LA CORTE SUPREMA

El principio constitucional de igualdad siguió una lógica expansiva. Inicialmente configurado como igualdad formal o ante la ley (artículo 16 de la Constitución Nacional)², la reforma de 1994 la amplió para incluir la “igualdad real de oportunidades y de trato” y las “acciones positivas” a favor de ciertos grupos postergados (artículos 37 y 75 inc. 23), como así también la “igualdad real de oportunidades y de posibilidades sin

² SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Elementos de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 754.

discriminación alguna” en materia educativa (artículo 75 inc. 19)³. La “igualdad *de facto*” entre hombres y mujeres, por otra parte, es un objetivo incluido en el art. 4 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, uno de los tratados con jerarquía constitucional. También cabe recordar que a partir del fallo de la Corte Suprema en “Kot” (1958) y de la redacción adoptada en 1994 para el art. 43 en la Constitución, los derechos son oponibles también a personas particulares⁴.

Como parte del desarrollo de este principio constitucional, en los primeros años de la restauración democrática el Congreso sancionó la ley 23.592 (o Ley Antidiscriminatoria)⁵. En su primer artículo, la norma encuadra los actos discriminatorios. Quien se vea afectado por uno de ellos en el ejercicio igualitario de derechos, puede exigir el cese de tal acto y la reparación del daño infligido, tanto moral como material⁶. Entre los motivos discriminatorios prohibidos, la ley incluye la opinión gremial.

Este marco protectorio de la igualdad comenzó a emplearse para analizar despidos que –más allá de tener una causa alegada, o carecer de ella– podían considerarse discriminatorios, es decir, originados en alguno de los elementos o características prohibidas por las normas. Si el motivo era la opinión o la actividad gremial, también podía aplicarse el art. 47 de la ley 23.551 (o Ley de Asociaciones Sindicales), que protege a representantes sindicales en el ejercicio de sus funciones.

En general, la pregunta central en esta materia consistía en determinar cuál era el remedio adecuado en estos casos: ¿bastaba la indemnización, como para cualquier despido sin causa? ¿O correspondía una reparación

³ ROSSETTI, ANDRÉS, “La igualdad en el sistema constitucional argentino”, en ANDRÉS ROSSETTI y MAGDALENA ÁLVAREZ (coord.), *Derecho a la igualdad. Un análisis desde el método de casos*, Advocatus, Córdoba, 2010, pp. 15-34.

⁴ ÁLVAREZ, MAGDALENA INÉS, “El principio de igualdad y la prohibición de discriminar. Proyección sobre las relaciones privadas”, en SILVINA RIBOTTA y ANDRÉS ROSSETTI (editores), *Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 222-223.

⁵ QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, BENEDETTI, MIGUEL ÁNGEL y CENICACELAYA, MARÍA DE LOS ÁNGELES, *Derecho Constitucional Argentino*, 2da. edición, tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 407.

⁶ GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2005, pp. 193-195.

integral, que incluyera –por ejemplo– el retorno al puesto de trabajo? Por otra parte, si el cese obedecía a cuestiones gremiales, también debía ponderarse el efecto de las medidas adoptadas en la relación social general entre el capital y el trabajo. Preciso es recordar, además, que el artículo 14 *bis* de la Constitución garantiza “protección contra el despido arbitrario”. Según explicó el constituyente Carlos Bravo en la Convención reformadora de 1957, los despidos “originados por caprichos o motivos fútiles [...] pueden hundir al trabajador y a su familia en la miseria y la desesperación, deben ser evitados”; y agregó que “la estabilidad importa, con la seguridad del trabajo al asalariado, un factor de tranquilidad y seguridad social”⁷. Esta postura se refuerza, a partir de 1994, con la jerarquía constitucional otorgada al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo artículo 6 consagra el “derecho a trabajar”, que “comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”. El mismo artículo obliga a los Estados a tomar “medidas adecuadas” para garantizarlo, incluyendo “programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir (...) la ocupación plena y productiva”, esto es, la situación en que toda persona tenga un trabajo con salario adecuado⁸. De modo que la igualdad real debe analizarse en relación a los derechos a no ser discriminado y a trabajar.

Finalmente, en “Álvarez” (2010)⁹ la Corte Suprema –por mayoría– estableció la inadmisibilidad del despido por razones discriminatorias. De ocurrir, la reparación consiste en reincorporar a la persona cesada. La prohibición de discriminar pertenece –según el voto mayoritario– al *ius cogens*, esto es, al conjunto de normas imperativas del derecho internacional; se refleja en la ley 23.592 (o Ley Antidiscriminatoria) y exige incluso –de acuerdo a citas de la OC 18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos– medidas positivas.

⁷ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente – Año 1957*, tomo II, Imprenta del Congreso, Buenos Aires, 1958, pp. 1225-1226.

⁸ HARVEY, PHILIP, “Human rights and economic policy discourse: taking economic and social rights seriously”, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 33, 2002, pág. 405.

⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S. A. s/ acción de amparo”. *Fallos*, 333:2306. 07 de diciembre de 2010.

La mayoría en aquel fallo –integrada por los ministros Fayt, Maqueda, Petracchi y Zaffaroni– ordenó reinstalar un grupo de empleados despedidos de una empresa privada por intentar la formación de un sindicato que los representara. El ámbito laboral, destacó la Corte, no está exento de la prohibición de discriminar: la relación de empleo involucra al trabajo que –en tanto actividad humana– pone en juego la dignidad de la persona.

La minoría, en cambio, entendió –con las firmas de Argibay, Highton y Lorenzetti– que cuando se trata de actos discriminatorios que extinguen la relación laboral, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminar entran en conflicto con la libertad de contratar. Corresponde armonizar todos estos derechos, por lo que propone un remedio diferente: permitir el despido, imponiendo una indemnización agravada, como la prevista para el caso de la mujer embarazada¹⁰.

Un año más tarde, la Corte –en un voto único firmado por quienes integraron la mayoría en “Álvarez” (2010)– estableció en “Pellicori” (2011)¹¹ criterios para la distribución de la carga de la prueba en casos donde se analiza un acto de discriminación. Quien afirme ser víctima de tal acto, solo debe acreditar hechos que, *prima facie*, permitan inducir la existencia de la conducta discriminatoria. Luego, la parte demandada podrá eximirse de responsabilidad si muestra que existieron motivos “objetivos y razonables” para la decisión impugnada, ajenos a la discriminación¹².

En síntesis, a partir de estos fallos, despedir a alguien por su actividad gremial configura un acto discriminatorio, cuya reparación consiste en reinstalar a la persona en su puesto. La libertad de contratar –que incluye la

¹⁰ Se ha señalado que la equiparación no resulta correcta, ya que el despido de una trabajadora embarazada puede obedecer a razones económicas, mientras que el despido discriminatorio abarca otra amplia gama de causales irracionales, frente a las cuales no basta con encarecer el costo del acto discriminatorio; véase ZAYAT, DEMIÁN, “El principio de igualdad. Razonabilidad, categorías sospechosas, trato desigual e impacto desproporcionado”, EN JULIO CÉSAR RIVERA, JOSÉ SEBASTIÁN ELÍAS, LUCAS SEBASTIÁN GROSMAN y SANTIAGO LEGARRE (directores), *Tratado de los derechos constitucionales*, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, pp. 924-925.

¹¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”. *Fallos*, 334:1387. 15 de noviembre de 2011.

¹² El análisis de ambos fallos, en ÁLVAREZ, MAGDALENA INÉS, *ob. cit.* Los posibles efectos de la sentencia en el mercado laboral son uno de los puntos de interés en GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “El principio de igualdad y la aplicación de la Ley contra la Discriminación en las relaciones de empleo privado. Los casos ‘Álvarez’ y ‘Pellejero’”, *JA* 2011-I-174.

facultad de poner fin al convenio– no justifica conductas discriminatorias. No se reconoce libertad para discriminar.

3. UNA LECTURA REGRESIVA SOBRE LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL DESPIDO

En “Varela” (2018)¹³, la Corte –con su integración renovada en 2016– volvió a tratar un caso de despido discriminatorio. Aparentemente, confirmó la línea iniciada en 2010; sin embargo, una lectura más atenta muestra algunos elementos nuevos que podemos calificar de regresivos en relación al derecho a no sufrir discriminación por motivos gremiales.

Calificamos como “regresiva” aquella interpretación que implica “un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido”¹⁴. Es decir, disminuye el alcance previamente reconocido a un derecho, reduciendo el conjunto de supuestos de hecho abarcados por esa norma.

Repasemos esta decisión emitida por la Corte en 2018. Un trabajador de Catamarca, con más de 10 años de antigüedad en su puesto, exigió –mediante notas presentadas al Ministerio de Trabajo y a su gremio– la elección de delegados sindicales en el supermercado donde prestaba servicios. La empresa lo suspendió por impuntualidades; el actor rechazó la sanción por considerarla una represalia contra su actividad gremial. Cuatro días después la empresa lo despidió invocando conducta agravante. El empleado, a través de un amparo, solicitó la nulidad del despido en virtud del art. 47 de la ley 23.551. Tras un fallo desfavorable del máximo tribunal provincial, el caso llegó en queja ante la Corte Suprema.

El voto firmado por los ministros Highton, Maqueda y Rosenkrantz en “Varela” (2018) reconoce la dificultad para conseguir pruebas fehacientes de un motivo discriminatorio: por ello es suficiente acreditar “de modo verosímil” que existió. Se trata, en este caso, de las gestiones sindicales del trabajador: es necesario entonces demostrar que tal actividad se halla

¹³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ amparo sindical”. *Fallos*, 341:1106. 04 de septiembre de 2018.

¹⁴ Véase COURTIS, CHRISTIAN, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Christian Courtis (compilador), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Del Puerto, Buenos Aires, pág. 6.

incluida en la ley 23.551 y es ejercida “de modo regular”; o bien que configura una “opinión gremial” tal como se la prevé en la ley 23.592.

Luego, los tres ministros explican qué puede hacer la patronal para rechazar el reclamo por discriminación. Debe demostrar –afirman– que el despido se debió a “cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere”, siempre que no sea discriminatorio (cons. 9).

Comparemos los criterios fijados en “Pellicori” (2011) y en “Varela” (2018) desde el punto de vista de la parte empleadora. Para desvirtuar la intención discriminatoria acreditada como “verosímil”, debe aportarse un motivo “objetivo y razonable” (según el fallo de 2011) o bien “cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere” (de acuerdo al voto de los tres ministros en 2018). La primera alternativa abarca menos motivos aceptables que los habilitados por la segunda. En otras palabras, la fórmula de 2018 amplía la libertad de despedir para la patronal, y –correlativamente– reduce la protección contra la discriminación¹⁵. Según la decisión de 2018, “cualquier otro motivo” (no necesita ser “objetivo” ni “razonable”) habilita el despido, salvo que sea discriminatorio.

Esta posición regresiva se suma a una línea de casos que adoptan lecturas de carácter restrictivo (no necesariamente regresivo) sobre ciertos derechos sociales. Esto significa que, sin dejar de reconocer la existencia –e incluso la exigibilidad judicial– de tales derechos, la Corte niega la titularidad en ciertos casos planteados ante ella. Por ejemplo, en “P., A.” (2015)¹⁶, resolvió que solo quienes no tienen cobertura de salud ni medios económicos para pagar el tratamiento tienen derecho a exigir al Estado prestaciones de salud, incluso en situaciones de discapacidad. En “Orellano” (2016)¹⁷, la Corte indicó que únicamente los sindicatos inscriptos tienen derecho a la huelga, lo que excluye a lo que el tribunal definió como “grupos informales de trabajadores”. Luego de reconocer de modo amplio

¹⁵ Véase SERRANO ALOU, SEBASTIÁN, “La Corte y el cambio: lecciones para discriminar”, 24 de septiembre de 2018, disponible en: <http://trabajoderechohumano.blogspot.com/2018/09/el-cambio-y-la-corte-lecciones-para.html>

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “P., A. c/ Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro s/ amparo”. *Fallos*, 338:488. 16 de junio de 2015.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S. A. s/ juicio sumarísimo” *Fallos*, 339:760. 07 de junio de 2016.

la estabilidad propia en el empleo público en “Madorrán” (2007)¹⁸, negó ese derecho en “Ramos” (2010)¹⁹ al personal bajo contratos temporales, incluso renovados sucesivamente; también quedó excluida la planta de Sociedades del Estado en “Luque” (2015)²⁰. La decisión en “Sindicato Policial” (2017)²¹ negó a quienes integran las fuerzas de seguridad el derecho a sindicalizarse; la misma posición marcó respecto al personal penitenciario el fallo dictado en “Rearte” (2020)²².

4. LA PROTECCIÓN CAUTELAR: UN NUEVO FALLO DE LA CORTE SUPREMA

En ese marco, la decisión en “Laurenzo” marca límites a la protección judicial anticipada contra el despido discriminatorio. En particular, define hasta qué punto puede tutelarse a través de una medida cautelar. Así como “Varela” (2018) limitó el alcance de la protección desde el punto de vista sustantivo, “Laurenzo” (2020) acota la posibilidad de conceder una tutela judicial anticipada y efectiva, como exige el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dotada de jerarquía constitucional.

Como se sabe, el otorgamiento de una medida cautelar exige analizar dos condiciones: (a) la verosimilitud del derecho alegado y (b) el peligro que genera la demora en resolver²³. El primer requisito no necesita debate y prueba completa, ya que ello estaría anticipando el fondo de la cuestión. La segunda condición, por su parte, alude al riesgo de que la

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación”. *Fallos*, 330:1989. 03 de mayo de 2007.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Ramos, José Luis c/ Estado Nacional s/ indemnización por despido”. *Fallos*, 333:311. 06 de abril de 2010.

²⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Luque, Rolando Baltazar c/ Sociedad del Estado Casa de Moneda s/ despido”. *Fallos*, 338:1104. 27 de octubre de 2015.

²¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ ley de asociaciones sindicales”. *Fallos*, 340:437. 11 de abril de 2017.

²² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Rearte, Adriana Sandra y otro c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/ amparo – recurso de apelación”. *Fallos*, 343:767. 13 de agosto de 2020.

²³ CASSAGNE, EZEQUIEL, “Las medidas cautelares contra la Administración” en Juan Carlos Cassagne (director), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, tomo 2, Buenos Aires, La Ley, 2007.

sentencia definitiva resulte ineficaz, debido a que el derecho en juego haya perecido en el tiempo transcurrido hasta su dictado²⁴. La presencia de ambos requisitos justifica la medida que –antes de que se dicte una decisión final– introduce cambios o bien impide que se produzcan en la situación existente al comienzo del litigio.

La concesión de una medida cautelar no puede recurrirse, ya que no se trata de una decisión definitiva. Sin embargo, la Corte admite –excepcionalmente– tales recursos si la medida puede causar un daño de difícil o imposible reparación posterior.

En “Laurenzo” (2020), el trabajador despedido obtuvo –con este carácter cautelar– su reincorporación. La empresa, por su parte, recurrió la medida infructuosamente, hasta llegar a la Corte Suprema.

La posición de la mayoría

Los ministros Highton y Lorenzetti, junto a Rosenkrantz, presidente del tribunal, revierten la decisión de la Corte bonaerense, que había rechazado los recursos de la empresa porque no estaba en juego una decisión definitiva, sino apenas una medida cautelar.

Para dejar sin efecto esa resolución de la instancia provincial, los tres ministros utilizan dos argumentos centrales, reseñados en el considerando 5:

- i)* que la empresa había introducido “planteos serios acerca de la existencia de un perjuicio de imposible reparación ulterior”;
- ii)* que la medida solicitada en realidad coincide con el resultado de fondo esperado por el trabajador, lo que también puede generar perjuicios de difícil o imposible reparación posterior.

El argumento (*ii*) ha sido utilizado previamente por la Corte; por ejemplo, en “Asociación de Maestros y Profesores” (2004)²⁵. Allí el tri-

²⁴ BERARDO, MATÍAS, “El plazo de duración de las medidas cautelares en la acción de amparo constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho*, vol. 7, núm. 2, nueva serie II, 2016, pp. 163-178.

²⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Asociación de Maestros y Profesores (A.M.P.) de La Rioja c/ La Rioja, Provincia de y otro s/ acción declarativa de inconstitucionalidad – incidente sobre medida cautelar”. *Fallos*, 327:2490. 24 de junio de 2004.

bunal señaló que no puede calificarse como cautelar una medida cuyos efectos son iguales a los producidos si se hiciera lugar al planteo de fondo. Agregó en aquella oportunidad que el objetivo de esas tutelas consiste en “asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia favorable, mas no lograr anticipadamente el fin perseguido” (cons. 4).

El razonamiento deja cabos sueltos²⁶. En rigor, la medida cautelar –al menos en este caso– no coincide con lo que brindaría una sentencia definitiva. Si bien a primera vista existe concordancia, porque el trabajador sería reinstalado en su puesto, la situación sería diferente en una u otra instancia. En efecto, volver al trabajo como resultado de una medida cautelar implica que ello está condicionado al resultado del litigio. No es una situación estable; por el contrario, en cualquier momento es posible perder el cargo y –probablemente– verse obligado a reparar el daño o las pérdidas, o entregar la contracautela, si fue requerida. Ninguno de esos riesgos se halla presente cuando el trabajador retorna a su empleo como resultado de una sentencia definitiva. De modo que no se estaría “logr[ando] anticipadamente” el resultado: ello solo podrá configurarse con un fallo firme que resuelva el fondo del planteo.

5. LA LIBERTAD DE CONTRATAR

El argumento *(ii)* sobre la coincidencia entre la tutela anticipada y la decisión de fondo bastaría –según señala el propio tribunal– para rechazar el pedido de la cautelar. Por lo tanto, cabe inferir que la mención del argumento *(i)* tiene un objetivo específico: dejar en claro su importancia o valor como fundamento jurídico. Revisemos con más detalle, entonces, esta línea de razonamiento.

En el considerando 3, la mayoría reseña los agravios presentados por la empresa:

- 1) “forzar al empleador a asignar y a confiar unidades de transporte público de pasajeros a alguien en quien no puede depositar su confianza”;

²⁶ PALACIO, LINO ENRIQUE, *Derecho Procesal Civil*, 4ta. edición (actualizada por Carlos Enrique Camps), tomo IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, pp. 467-468.

- 2) “las facultades de organización y dirección del empleador, en particular las disciplinarias, no podrán ser ejecutadas adecuadamente”;
- 3) “se afecta gravemente su libertad de contratar en tanto no solo se fuerza el reingreso de un trabajador despedido sino que se obliga al empleador a mantenerlo en su puesto sin plazo cierto, independientemente de la conducta que despliegue”.

En este último punto, además, la empresa –según reseña el voto mayoritario de la Corte– invoca la disidencia de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay en “Álvarez” (2010). Diez años después de aquel fallo, entonces, la libertad de contratar –valorada en el voto minoritario de esa decisión– regresa al primer plano en la discusión sobre el despido discriminatorio. Ahora se acompaña de las “facultades” de organización, dirección y disciplinarias de la patronal.

La libertad de contratar –entendida como la facultad para celebrar o no convenios, como así también para modificarlos o extinguirlos-- no está consagrada con esos términos en la Constitución. La doctrina, en general, la considera una derivación de derechos consagrados en el art. 14 de la ley suprema: a trabajar, a ejercer toda industria lícita y a disponer de la propiedad²⁷.

La recuperación de este marco de análisis se debe a los votos de dos de los ministros que integraron el voto minoritario de entonces (Highton y Lorenzetti), a los que se une el presidente del tribunal. La referencia explícita –si bien como reseña del planteo de la empresa– a aquella disidencia podría leerse como un anticipo de la posible solución de fondo a la que arribarían: admisión de despidos discriminatorios a cambio de una indemnización agravada.

Como vemos, estos tres ministros no analizan la verosimilitud del derecho ni el peligro en la demora. Cabe concluir que dan por supuesto el cumplimiento de ambas condiciones; incluso la empresa parece no haber cuestionado este punto. De lo que se trata aquí –para quienes integran la mayoría– es de revisar si hay peligro de un daño irreparable causado por la afectación de esta libertad y estas facultades patronales. Porque si tal

²⁷ GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *op. cit.*, pág. 87. La misma autora agrega que las acciones positivas y el principio de no discriminación pueden plantearse como afectaciones a esa libertad.

riesgo existe, entonces la apelación de la empresa debe admitirse y quizá la medida cautelar no corresponda.

El fallo cita como precedente la decisión de la Corte en “Barrera Echavarría” (2017)²⁸, donde también revirtió –por mayoría– una medida cautelar que disponía reinstalar en su puesto a una empleada de Lotería Nacional Sociedad del Estado²⁹. Sin embargo, aquella sentencia no llevó a cabo un análisis similar al de “Laurenzo” (2020). Para dejar sin efecto la cautelar favorable a la trabajadora, la Corte también utilizó el argumento referido a la coincidencia entre el efecto de la medida solicitada y una eventual sentencia favorable. Pero al igual que en “Laurenzo” (2020), agregó otra línea argumental, aquella que exponía los elementos que le interesaba dar a conocer. En ese caso de 2017 la mayoría señaló que la determinación del vínculo laboral con la empresa estatal requería un mayor debate, imposible de cumplir en el marco acotado de una tutela anticipada. Destacó así la falta de verosimilitud del derecho: no existía claridad suficiente sobre el encuadre jurídico de la relación de empleo.

6. PRINCIPIO PROTECTORIO Y LIBERTAD DE CONTRATAR

“Laurenzo” (2020), como señalamos, no debate las dos condiciones requeridas para una cautelar. No hay debate sobre la verosimilitud del derecho ni sobre el peligro en la demora. La discusión gira en torno a los posibles daños irreparables a la empresa. El examen que la mayoría ordena hacer a la corte bonaerense implica poner a la libertad de contratar y las atribuciones patronales en un pie de igualdad con los derechos al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario, a la igualdad y a la no discriminación. La Corte –al hacer lugar a la línea argumental basada en los “planteos serios” de la empresa– indica que ambos grupos de derechos tienen un mismo grado de “irreparabilidad”. Esa equiparación aconseja –para la mayoría del tribunal– revisar la medida concedida.

²⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Barrera Echavarría, María y otros c/ Lotería Nacional Soc. del Estado s/ acción de amparo”. *Fallos*, 340:1136. 29 de agosto de 2017.

²⁹ El ministro Rosatti, en disidencia, desestimó el recurso por no estar dirigido contra una sentencia definitiva, o equiparable a ella; es la misma posición que sostiene ahora en “Laurenzo” (2020), junto a Maqueda.

Planteamos aquí una objeción a la postura de la Corte. El voto mayoritario prescinde –y sin ofrecer argumentos para ello– del principio protectorio adoptado en el art. 14 *bis*³⁰. El primer párrafo del art. 14 *bis* establece la “protección de las leyes” al “trabajo en sus diversas formas”. Con estas palabras, según ha señalado la Corte Suprema en “Vizzotti” (2004)³¹, se establece una tutela constitucional preferente sobre el trabajador, lo que también se conoce como “principio protectorio”, en beneficio de quien se presume la parte más débil (el empleado), que está en condiciones más difíciles para protegerse a sí mismo³². La persona que trabaja es un sujeto protegido especialmente por la Constitución.

Por el contrario, la libertad de contratar rescatada en el fallo se presenta allí como un derecho que ambas partes disfrutaban de igual manera, mientras que en una relación laboral la verdadera “libertad” para pactar se alcanza a través de las protecciones y derechos laborales reconocidos a la parte más débil. El fundamento de las medidas cautelares, en general, es precisamente asegurar la igualdad de las partes mientras se lleva adelante el proceso³³.

La mayoría tampoco analiza el carácter alimentario del derecho en juego, y la desigual situación que –en este caso concreto al menos– atraviesan las partes en conflicto: mientras que para el trabajador ese empleo tiene importancia central como fuente de subsistencia, para la empresa el vínculo en cuestión es uno entre otros varios, sobre los que conserva todas las facultades de dirección, organización y disciplina.

³⁰ ELFMAN, JONÁS, “Derecho constitucional laboral”, en ROBERTO GARGARELLA y SEBASTIÁN GUIDI (directores), *Constitución de la Nación Argentina. Comentada*, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2019, pág. 366.

³¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa S. A. s/ despido”. *Fallos*, 327:3677. 14 de septiembre de 2004.

³² La parte empleada es definida como “la parte más débil de la contratación” laboral en el informe por mayoría de la Convención de 1957; véase CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, *ob. cit.*, pág. 1224.

³³ FASSI, SANTIAGO y YÁÑEZ, CÉSAR, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, 3ra. Edición, tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 2005, pág. 40.

7. PALABRAS FINALES

El análisis de los efectos sociales o políticos de este fallo corresponde a otras ciencias; ello excede los alcances del presente trabajo, encuadrado en la disciplina del derecho. Nos limitamos aquí a señalar un elemento obvio: la decisión de la Corte habilita, en los hechos, el despido de activistas gremiales brindando a la parte empleadora una herramienta sencilla para evitar las reinstalaciones cautelares. Invocar la afectación a la libertad de contratar y las facultades patronales tiene chances altas de prevalecer sobre un derecho laboral verosímil, incluso si corre riesgo de destruirse a lo largo del tiempo. A ello se deben, seguramente, las críticas gremiales al fallo³⁴, que afecta a un directivo de un sindicato minoritario³⁵.

Por otra parte, al momento de firmarse esta sentencia, se halla en vigor el Decreto de Necesidad y Urgencia 487/2020 –luego renovado por DNU 624/2020– que prohíbe por un plazo de 60 días los despidos sin justa causa, o por falta o disminución de trabajo o fuerza mayor. Dictada con la finalidad de preservar los empleos durante la pandemia de COVID-19, esta medida también ha sido objetada como una afectación de la libertad de contratar³⁶. En virtud del DNU, precisamente, se han dictado una serie de medidas cautelares de reinstalación cuando se producen los despidos³⁷.

³⁴ Al día siguiente de la sentencia, la CTA (Central de Trabajadores Argentinos) - Autónoma bonaerense dio a conocer un comunicado expresando su preocupación por las proyecciones de la decisión; véase <http://ctabuenosaires.org.ar/2020/06/05/preocupante-fallo-de-la-corte-suprema-de-la-nacion-contra-proteccion-judicial-en-casos-de-despidos-antisindicales/>

³⁵ La Unión de Conductores de la República Argentina logró su personería jurídica en 2003 (Resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social 43/2003). Incluida en la CTA-Autónoma, disputa con la tradicional Unión Tranviarios Automotor (UTA) la representación del gremio de choferes; véase <https://www.agenciacta.org/spip.php?article26558>

³⁶ Véase, por ejemplo, MONTENEGRO, LUIS, “Comentarios sobre la prohibición de despedir (decretos 329/2020 y 487/2020)”, 27 de mayo de 2020, disponible en <https://abogados.com.ar/comentarios-sobre-la-prohibicion-de-despedir-dnu-32920-y-dnu-48720/25978>

³⁷ Para un panorama de los despidos y conflictos laborales asociados desde marzo de 2020, véase BASUALDO, VICTORIA y PELÁEZ, PABLO (2020): “Procesos de conflictividad laboral en el marco de la pandemia del COVID-19 en Argentina (marzo-mayo 2020)”, Documento de Trabajo FLACSO, disponible en <https://www.flacso.org.ar/wp-content/uploads/2020/07/Procesos-de-conflictividad-laboral-COVID-19-V-Basualdo-y-P-Pelaez.pdf>. También puede consultarse OBSERVATORIO DE DESPIDOS DURANTE LA PANDEMIA,

En este marco, la decisión de la Corte en “Laurenzo” (2020) fue presentada por algunos expertos como una señal o mensaje del alto tribunal respecto a las tutelas otorgadas durante la pandemia³⁸. Cabe señalar –de todos modos– que la relación parece forzada: Laurenzo fue desvinculado hace tiempo, en un contexto de normalidad sanitaria, y la empresa lo despidió invocando alguna causa. De todas formas, cabe preguntarse si las cautelares dictadas durante la pandemia no podrían objetarse bajo el argumento de la coincidencia entre medida anticipada y sentencia de fondo.

Recapitulando lo que efectivamente consta en el fallo, tres ministros de la Corte han restaurado –en conexión con la posición minoritaria de una década atrás– la importancia de la libertad de contratar como un derecho que merece tratamiento paritario con el derecho a trabajar y a la libertad sindical de una persona que alega haber perdido su empleo debido a su actividad gremial. El despido arbitrario –un evento contra el que la Constitución otorga “protección” – generaría daños potencialmente tan “irreparables” como los surgidos de los límites a las facultades patronales o a la libertad de dar por terminado un contrato. La disparidad de los sujetos que se hallan a uno y otro lado de la discusión –reconocida incluso en las normas aplicables– hace difícil comprender el ánimo nivelador de los ministros que, sin cuestionar la verosimilitud del derecho ni el peligro en la demora, han dejado sin protección al trabajador y han devuelto el conflicto a la Suprema Corte bonaerense –con precisas claves de resolución.

OBRAS CITADAS

ÁLVAREZ, Magdalena Inés, “El principio de igualdad y la prohibición de discriminar. Proyección sobre las relaciones privadas”, en Silvina Ribotta y Andrés Rossetti (editores), *Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 215-242.

Informe cuatrimestral, 21 de julio de 2020, disponible en <http://www.laizquierdadiario.com/A-cuatro-meses-de-la-cuarentena-como-están-los-trabajadores-Informe-del-Observatorio-de-Despidos#nb1>

³⁸ Así se plantea, por ejemplo, en DE DIEGO, JULIÁN A., “La Corte Suprema pone límites a las medidas cautelares durante la cuarentena”, *Diario La Ley*, 25 de junio de 2020, pp. 8-9.

- BERARDO, Matías, “El plazo de duración de las medidas cautelares en la acción de amparo constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho*, vol. 7, núm. 2, nueva serie II, 2016, pp. 163-178.
- BASUALDO, Victoria y PELÁEZ, Pablo (2020): “Procesos de conflictividad laboral en el marco de la pandemia del COVID-19 en Argentina (marzo-mayo 2020)”, Documento de Trabajo FLACSO, disponible en <https://www.flacso.org.ar/wp-content/uploads/2020/07/Procesos-de-conflictividad-laboral-COVID-19-V-Basualdo-y-P-Pelaez.pdf>
- CASSAGNE, Ezequiel, “Las medidas cautelares contra la Administración” en Juan Carlos Cassagne (director), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, tomo 2, Buenos Aires, La Ley, 2007.
- CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente – Año 1957*, tomo II, Imprenta del Congreso, Buenos Aires, 1958.
- COURTIS, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Christian Courtis (compilador), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 3-50.
- DE DIEGO, Julián A., “La Corte Suprema pone límites a las medidas cautelares durante la cuarentena”, *Diario La Ley*, 25 de junio de 2020, pp. 8-9.
- ELFMAN, Jonás, “Derecho constitucional laboral”, en ROBERTO GARGARELLA y SEBASTIÁN GUIDI (directores), *Constitución de la Nación Argentina. Comentada*, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2019, pp. 363-384.
- FASSI, Santiago y YÁÑEZ, César, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, 3ra. edición, tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 2005.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2005.
- GELLI, María Angélica, “El principio de igualdad y la aplicación de la Ley contra la Discriminación en las relaciones de empleo privado. Los casos ‘Álvarez’ y ‘Pellejero’”, *JA* 2011-I-174.
- HARVEY, Philip, “Human rights and economic policy discourse: taking economic and social rights seriously”, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 33, 2002, pp. 363-471.
- MONTENEGRO, Luis, “Comentarios sobre la prohibición de despedir (decretos 329/2020 y 487/2020)”, 27 de mayo de 2020, disponible en <https://abogados.com.ar/comentarios-sobre-la-prohibicion-de-despedir-dnu-32920-y-dnu-48720/25978>
- OBSERVATORIO DE DESPIDOS DURANTE LA PANDEMIA, *Informe cuatrimestral*, 21 de julio de 2020, disponible en <http://www.laizquierdadiario.com/A-cuatro-me->

ses-de-la-cuarentena-como-estan-los-trabajadores-Informe-del-Observatorio-de-Despidos#nb1

- PALACIO, LINO ENRIQUE, *Derecho Procesal Civil*, 4ta. edición (actualizada por Carlos Enrique Camps), tomo IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017.
- QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, BENEDETTI, MIGUEL ÁNGEL y CENICACELAYA, MARÍA DE LOS ÁNGELES, *Derecho Constitucional Argentino*, 2da. edición, tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- ROSSETTI, ANDRÉS, “La igualdad en el sistema constitucional argentino”, en ANDRÉS ROSSETTI y MAGDALENA ÁLVAREZ (coord.), *Derecho a la igualdad. Un análisis desde el método de casos*, Advocatus, Córdoba, 2010, pp. 15-34.
- SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Elementos de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999.
- ZAYAT, DEMIÁN, “El principio de igualdad. Razonabilidad, categorías sospechosas, trato desigual e impacto desproporcionado”, en JULIO CÉSAR RIVERA, JOSÉ SEBASTIÁN ELÍAS, LUCAS SEBASTIÁN GROSMAN y SANTIAGO LEGARRE (directores), *Tratado de los derechos constitucionales*, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, pp. 903-929.